ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS CASATORIAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL

Secretaría Técnica de la Comisión Especial de
Implementación del Código Procesal Penal

EMITIDAS POR LAS SALAS PENALES
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DURANTE EL PERIODO 2016 - 2019

TOMO II

PERÚ
Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos

NCPP
Nuevo Código
Procesal Penal

PERÚ | Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS CASATORIAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL - TOMO II

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal

Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 18
Teléfono (+511) 204-8020 Anexo 1397
www.minjus.gob.pe/reforma-procesal-penal/

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2020-08050

Primera Edición (virtual)
Diciembre de 2020

Impreso en:
Digital Print Publicidad y Diseño SAC
RUC: 20566457050
Av. 2 de Mayo N° 433 Int. A P.J. Nueva Esperanza Piso 1 Villa María del Triunfo

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS CASATORIAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL - TOMO II

DR. EDUARDO ERNESTO VEGA LUNA
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Presidente de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal

DR. FELIPE ANDRÉS PAREDES SAN ROMÁN
Viceministro de Justicia

Edición al cuidado de:
Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal
Dr. Armando Plazolles Portugal
(Secretario Técnico)

Equipo Responsable:
Rosa Encarnación Guardia Díaz
Henrry Miller Abanto Castro
Oscar Sebastián Mejía Gonzales
Dalmiro Huachaca Sánchez
Luis Eduardo Rodríguez Vergara
Héctor Vicente Najarro Torres
Carlos Alberto Alonso Quispe
Andy Nail Flores Navarro
Gilda Che Piu Deza
Paola Asunción Cuya Sumalavia
Brando Gabriel Espinoza Paz de la Vega

Agradecimiento Especial:
Liz Anabel Rebaza Vásquez
(Coordinadora de Plenos y Capacitaciones del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial)

Esta obra es de circulación nacional y está destinada a los jueces, fiscales, policías, defensores públicos, defensores privados, estudiantes de derecho y a la ciudadanía en general.

Reservados todos los derechos al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del titular de copyright.

Esta publicación es de carácter gratuito y acepta canjes con publicaciones de temas jurídicos y de ciencias sociales en general.

AGRADECIMIENTO INSTITUCIONAL

La presente obra es gracias al valioso aporte y contribución de los siguientes magistrados y abogados especialistas en materia penal y procesal penal, a quienes la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal expresa el agradecimiento correspondiente.

- Marcial Eloy Paucar Chappa
- Frank Carlos Valle Odar
- Paul Antonio Ruiz Cervera
- Jesús Heradio Viza Ccalla
- Víctor Burgos Mariños
- Mardelí Elízabeth Carrasco Rosas
- Giammpol Taboada Pilco
- Juan Humberto Sánchez Córdova
- Fernán Guillermo Fernández Ceballos
- Nayko Techy Coronado Salazar
- Silvia Noemí Huisa Alvarado
- William Enrique Arana Morales
- Jaime Francisco Coaguila Valdivia
- Miguel Ángel Vásquez Rodríguez
- Francisco Celis Mendoza Ayma
- Julio César Tapia Cárdenas
- Héctor Fidel Rojas Rodríguez
- Luis Alberto Tisnado Solís
- Octavio César Sahuanay Calsín
- Constante Carlos Avalos Rodríguez
- Jorge Wayner Chávez Cotrina
- Dalmiro Huachaca Sánchez

PRÓLOGO

El trabajo de recopilación de las ejecutorias y pronunciamientos de la suprema instancia penal, reunidos constituye, en principio, un notable esfuerzo de excogitación y que luego ha permitido convocar a un grupo de expertos para expresar sus criterios analíticos sobre el contenido de esas decisiones; todo ello con la finalidad de ofrecer a la comunidad jurídica, y a la colectividad, elementos adicionales para evaluar más cabalmente desde diversas perspectivas las materias penales y procesal penales ínsitas en el sentido de las decisiones seleccionadas.

La Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal ha cumplido una tarea trascendente en aras del progreso del conocimiento y debate específicos, todo ello en favor de la elevación del nivel del conocimiento y de la aplicación de los precedentes jurisdiccionales en el Perú.

Un señalado privilegio para el suscrito, el haber sido convocado para presentar este importante trabajo, lo que me permite al mismo tiempo emitir unos criterios sobre el particular, en la expectativa de que la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal persista indesmayablemente en sus notables afanes académicos de fomentar los exámenes no solo de los precedentes jurisdiccionales, sino de todas las materias relacionadas.

Brevemente, me permito hacer algunas referencias de las resoluciones recopiladas.

1. Casación Nº 1438-2018-La Libertad. Sala Penal Permanente. Corte Suprema de Justicia de la República

El veinticuatro de febrero de dos mil trece, el señor A.C.R. y W.O.C.B., realizaban funciones de servicio de serenazgo de la Municipalidad de Trujillo, mientras que el señor M.L.H., servía como policía. En esas circunstancias, en el ejercicio de sus funciones, mantuvieron contacto con el señor M.C.M.E., quien se encontraba en estado de ebriedad y vestía únicamente ropa interior, además de que molestaba a los transeúntes y comerciantes del lugar. Por ese motivo, los dos miembros del serenazgo y el personal de la Policía Nacional del Perú lo trasladaron a un sector lejano del centro de la ciudad donde fue abandonado. Posteriormente, el veinticuatro de febrero, el señor M.C.M.E. estuvo varios días perdido y fue el diecisiete de marzo que lo hallaron muerto en unos cañaverales en el distrito de Moche.

En ese contexto, debe indicarse que en la Municipalidad de Trujillo se tenía institucionalizado el "Plan de erradicación" que consistía en trasladar a personas con enfermedades mentales, entre ellas el alcoholismo, que alteraban el orden público hacia lugares alejados a fin de conservar el orden de la localidad.

En la sentencia casatoria se estableció que para encuadrar la conducta de los procesados en el delito de secuestro se debe constatar que la autoridad que detiene

Ir al índice

a una persona, en el ejercicio de sus funciones, priva de libertad con un motivo real o justificado que satisfaga una necesidad personal, situación que no concurre en este caso concreto, debido a que aprehendieron al agraviado en el cumplimiento del "Plan de erradicación". Siendo esto así, se señala en la casación que se está ante un concurso aparente de leyes y, en aplicación del principio de especialidad, se sostuvo que se estaría ante un delito de abuso de autoridad, por lo que se absuelve a los acusados del delito de secuestro.

El problema de la tipicidad tiene varias implicancias. La absolución cancela la persecución penal. Si el hecho constituye otro delito previsto en el ordenamiento jurídico penal como conducta reprochable, probablemente la recalificación del suceso permitiría dar curso a la acción penal ejercitada que tendría que ejercitarse en tiempo oportuno por el titular de la acción penal.

2. Casación Nº 392-2016-Arequipa. Segunda Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

Se está ante un delito de violación sexual de menor de edad (inciso 2, del artículo 173, del Código Penal), en el que en primera instancia se condenó a la persona de iniciales F.F.S.A. a treinta años de pena privativa de libertad, mientras que en segunda instancia se revocó la condena y se le absolvió bajo el criterio de proceder la aplicación de la atipicidad relativa al no haber señalado el Ministerio Público cuál es el objeto con el cual se habría cometido el delito.

Al respecto, se señala en la casación que el Tribunal Superior interpretó de manera errónea el literal b, del artículo 6, del Código Procesal Penal, debido a que confundió la excepción de improcedencia de acción con el principio de imputación necesaria. Por un lado, la improcedencia de acción es un medio de defensa contra la acción penal que procede siempre que el hecho denunciado no constituya delito o no sea justiciable penalmente. Así, cuando en la norma se señala que el hecho no constituye delito debe entenderse bajo dos supuestos: (i) que la conducta incriminada no se encuentre prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente (atipicidad absoluta) y (ii) que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica del tipo penal preexistente que es invocada en la investigación o acusación fiscal (atipicidad relativa).

Por otro lado, el principio de imputación necesaria emana del artículo 159, de la Constitución Política del Perú, en la que se señala que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal y tiene el deber de la carga de la prueba, que, a su vez, es una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal (literal d, del inciso 2, del artículo 24, de la Constitución e inciso 14, del artículo 139, de la Constitución, respectivamente). Conforme a este principio, la imputación que realiza el Ministerio Público debe ser clara, precisa y circunstanciada a un hecho concreto, lo cual implica describir un acontecimiento con las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Ir al índice

Con lo expuesto, en la sentencia casatoria se señaló que si bien es cierto que el Ministerio Público no precisó cuál era el objeto o parte del cuerpo del acusado con el que se realizó el delito de violación sexual de menor de edad, no se puede señalar que se está ante un supuesto de atipicidad relativa, toda vez que ello supondría la inexistencia de algún elemento del tipo penal del delito de violación sexual.

En este caso, todos los elementos del tipo preexisten; sin embargo, lo que sucedió fue que se produjo una omisión respecto a la parte del cuerpo que el acusado introdujo en la vagina de la menor agraviada, lo cual debió ser corregido o subsanado a través de la nulidad de actuados que se regula en el Código Procesal Penal y no a través de una improcedencia de acción, ya que la imputación necesaria no es un supuesto para amparar la excepción de improcedencia de acción.

Así mismo, se señaló que en la sentencia de vista no se consideró la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema con relación a la imputación necesaria, puesto que cuando el Ministerio Público no cumple con el principio de imputación necesaria se incurre en la causa de nulidad de actuados, de conformidad con lo establecido con motivo del Recurso de Nulidad Nº 956-2011-Ucayali, Acuerdo Plenario N° 2-2012, Casación Nº 388-2012-Ucayali y Recurso de Nulidad Nº 265-2012-Cajamarca.

Finalmente, en la sentencia casatoria se estableció que tanto la sentencia de vista como la de primera instancia, donde se originó el vicio procesal, devienen en nulas por haberse transgredido el principio de imputación necesaria. En ese sentido, se declaró nulo todo lo actuado a partir de la audiencia de control de acusación fiscal y se mandó a que el juez penal de investigación preparatoria realice una nueva audiencia de control de acusación, considerado los fundamentos establecidos en esta sentencia casatoria.

Una referencia trascendental sobre la necesaria tipicidad y la debida imputación de cargos.

3. Casación Nº 1503-2017-Tumbes. Sala Penal Permanente. Corte Suprema de Justicia de la República

En esta sentencia casatoria se cuestionó que se estableciera un acuerdo de terminación anticipada en una audiencia de prisión preventiva por delito de tráfico ilícito de drogas. En este caso, la fiscalía se desistió del requerimiento de prisión preventiva y junto con el imputado instaron la terminación anticipada del proceso, que posteriormente el órgano jurisdiccional le dio trámite y dictó la sentencia de terminación anticipada que luego fue confirmada por el Tribunal Superior.

Por ese motivo, se señaló que este caso ya había sido abordado y resuelto mediante el Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, de trece de noviembre de dos mil nueve, en el que se estableció que el proceso especial de terminación anticipada tiene reglas propias de iniciación y que, además, tiene una estructura singular con diversas fases, que van

Ir al índice

desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada hasta la realización de la audiencia principal y la emisión del auto desaprobatorio o de la sentencia anticipada.

Por ello, se indicó la materialización de una desnaturalización del proceso de terminación anticipada, con la vulneración de las garantías de tutela jurisdiccional y defensa procesal en perjuicio de la Procuraduría Pública del Estado. En ese sentido, no puede aprovecharse una audiencia de prisión preventiva para realizar actos distintos, toda vez que la solicitud, individual o conjunta, de la terminación anticipada se encuentra sujeta a un trámite especial establecido en los artículos 468 a 471 del Código Procesal Penal.

Con ello, se precisó que se debía notificar a la Procuraduría, confiriendo un plazo razonable para que pueda decidir constituirse o no en actora civil, para lo cual debía conocer las actuaciones realizadas y contar con un término prudente para definir sus posibilidades de intervención, en virtud del derecho a un juicio sin prisas excesivas. Por ese motivo, se concluyó que "el aceleramiento procesal no puede plasmarse en perjuicio de las garantías de tutela jurisdiccional y de defensa procesal", toda vez que ello merma el derecho de defensa y la tutela jurisdiccional efectiva.

Se fijaron criterios para considerar la trascendencia de la terminación anticipada como procedimiento autónomo.

4. Casación Nº 353-2019-Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

En este caso, se impuso a la persona de iniciales A.D.S., en segunda instancia, prisión preventiva por doce meses, decisión en que se consideró la existencia de peligro de fuga, en la investigación que se le siguió por el delito contra la tranquilidad pública, asociación ilícita, en agravio del Estado. En ese contexto, el procesado interpuso recurso de casación contra el auto emitido por el Tribunal Superior a fin de que el Supremo Tribunal determine si se infringió o no la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

Con lo expuesto, en la casación se establece que la medida de coerción personal de prisión preventiva es excepcional, por lo que no debe ser utilizada de manera desproporcionada. En específico, respecto a la determinación del peligro de fuga que se cuestiona, se utilizaron los argumentos desarrollados en el Acuerdo Plenario Nº 01-2019/CIJ-116, del diez de septiembre de dos mil diecinueve, así como también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos contra Rusia, Alemania, Austria y Francia, en que se desarrollaron cuatro causas de riesgo procesal.

Bajo tales criterios, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que la Sala Penal Superior no observó de manera adecuada los criterios que constituyen peligro de fuga, de conformidad con lo establecido en el artículo 269 del Código Procesal Penal. Además, se señaló que en ciertos casos se habían realizado inferencias probatorias, conforme a máximas de la

Ir al índice

experiencia, que admitían cursos causales paralelos, por lo que resultaba cuestionable que no se hubieran descartado otras hipótesis alternativas que pudieron haber llevado a una decisión diferente. Por ese motivo, al ser la prisión preventiva una medida excepcional, se determinó que esta medida era injustificada al no existir peligro de fuga.

La excepcionalidad de la pérdida preventiva de la libertad es objeto de atención, afirmándose la importancia de puntualizar las variables de peligro de fuga para tenerlo por configurado.

5. Casación Nº 300-2018-Sullana. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

En este caso, el recurrente argumenta que existe una indebida motivación de la resolución judicial de segunda instancia que lo condenó por el delito de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas. Al tratarse de un recurso de casación, no se está ante una revaloración de la prueba, sino ante un control jurídico de la decisión adoptada por el Tribunal Superior con relación al juicio histórico emitido.

Siendo esto así, se señaló que en la sentencia de vista se hizo referencia al "cuerpo del delito", así como también se revisó la prueba pericial, documental, material y personal. Así mismo, se indicó que no puede confundirse entre descartar una declaración desde la perspectiva de su fiabilidad con no apreciarla, así como tampoco puede cuestionarse que el Tribunal Superior opte por una declaración anterior de un imputado frente a otras posteriores que han sido contradictorias entre sí, siempre que se actúen debidamente, con las garantías pertinentes, y se motive adecuadamente las razones de esta preferencia.

Además de ello, respecto a las pruebas por indicios, el Tribunal Supremo señaló que existen dos límites: (i) la acreditación de los indicios declarados probados por la sala sentenciadora, ya que si se ha realizado a través de prueba directa no es posible su cuestionamiento, pues, de lo contrario, se estaría yendo en contra del principio de inmediación y (ii) el control de la racionalidad de la inferencia que no implica que se sustituya el criterio valorativo del órgano jurisdiccional de mérito, toda vez que la ponderación de elementos tanto incriminatorios como de descargo deben ser respetadas si es que cumplen con las reglas de la lógica, máximas de experiencia y los conocimientos científicos.

Con lo expuesto, se señaló, entre otras cuestiones, que tanto en el tribunal de segunda instancia se esgrimieron motivos por los que se otorgó fiabilidad a la declaración de uno de los coimputados, declaración que no es contraria a las leyes de la lógica y de las máximas de experiencia. Así mismo, se indicó que no se utilizaron inferencias contrarias a las reglas de la sana crítica, así como tampoco se utilizaron inferencias inexistentes, impertinentes o genéricas; es decir, no hubo una condena basada en inferencias indebidas.

Ir al índice

El Supremo Tribunal Penal resalta la importancia del juicio lógico que sustenta la prueba por indicios, que debe consistir en (i) declarar los indicios acreditados y (ii) expresar la inferencia correspondiente.

6. Casación Nº 1450-2017-Huánuco. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

En este caso, la fiscalía acusó a los imputados por el delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos, tipificado en el artículo 296-B, del Código Penal. En ese contexto, en la audiencia de control de acusación, la parte acusada solicitó al juez de investigación preparatoria que modifique la tipificación incorrecta realizada por el Ministerio Público, por lo que se varió la calificación y se imputó delito tributario de comercio clandestino de mercadería o productos sujetos a control (artículo 272, del Código Penal).

Al respecto, el Supremo Tribunal aceptó el recurso de casación interpuesto bajo la causa de infracción de precepto material y quebrantamiento del precepto material e indicó que en la etapa intermedia no cabe cuestionar las bases probatorias de la acusación y sobre ella solicitar un cambio de tipo penal o una modificación de la pena. No se está ante una objeción formal, sino de fondo, por lo que no resultan admisibles en etapa intermedia.

Siendo esto así, se señaló que el juez de investigación preparatoria quebrantó la norma procesal y afectó los poderes de persecución del Ministerio Público concretados en la acusación fiscal y en el objeto del proceso. Por ello, se afectó el debido proceso, en específico, la legalidad procesal penal. De ahí que la casación promovida por el Ministerio Público lleve a una nulidad absoluta o insubsanable.

El cambio de calificación típica en la etapa intermedia no es facultad del juez de investigación preparatoria por afectar el principio acusatorio.

7. Casación Nº 179-2018-Ica. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

Esta casación se interpone en el marco de la comisión del delito de violación sexual en el que se le absolvió al procesado, principalmente, por no existir elementos que determinen que no hubo consentimiento por parte de la víctima. Conforme a ello, el Tribunal Supremo aceptó el recurso de casación, de conformidad con el inciso 4, del artículo 429, del Código Procesal Penal, referido a la falta de motivación e ilogicidad de la motivación.

En ese sentido, el Tribunal Supremo desarrolla, aunque no de manera taxativa, los supuestos en los que existe ilogicidad en la motivación:

1. Cuando el juzgador considera que la consecuencia valorativa respecto de lo que ha resultado probado es la única posible, pese a que existen otras posibilidades que este desconoce. Deben descartarse otras hipótesis alternativas.

Ir al índice

2. Falta de legibilidad y claridad en la narración de los hechos probados.

3. Proposiciones contradictorias, lo cual ocurre cuando se afirma y niega a la misma vez un mismo hecho. Exista una vulneración al principio de contradicción.

4. Cuando se realiza un mero relato de "hechos probados" sin establecer vinculación entre las pruebas y los hechos; es decir, sin explicar qué pruebas permiten deducirles y cuáles son las razones por las que se consideran efectivamente acreditados.

Con lo expuesto, se determina que ninguno de los jueces sentenciadores logró establecer los puntos específicos en los que la víctima realizó contradicciones, así como tampoco se evaluó la hipótesis contraria respecto al presunto consentimiento de la víctima, motivo por el que se determinó que tanto la sentencia de primera y segunda instancia presentan errores lógicos insubsanables, por lo que se declaró la nulidad de ambas sentencias.

La ilogicidad en la motivación ha sido objeto de tratamiento en esta casación para fijar criterios razonables y parámetros básicos de evaluación sobre el particular.

8. Casación Nº 358-2019-Nacional. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

En esta casación se aceptaron los recursos interpuestos por los procesados por varios cargos delictivos, uno de ellos el de lavado de activos. Se pidió el desarrollo de doctrina jurisprudencial acerca de la prisión preventiva, incluida la valoración de la declaración del testigo protegido.

Con relación a la declaración del testigo protegido, se señaló que la valoración diferenciada de algunos extremos de esta declaración resulta adecuada, toda vez que, si bien existían incongruencias en ciertos aspectos, ello no impedía valorar aspectos relacionado a la configuración del delito de lavado de activos, ya que el testigo brindó información específica que se ha corroborado periféricamente con otras declaraciones testimoniales y documentos.

Así mismo, se indicó que contar con la declaración de un testigo protegido no implica la afectación al derecho de defensa del procesado, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) la autoridad judicial conoce la identidad del testigo y tiene la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio a fin de formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración y (ii) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo en alguna de las etapas del proceso con relación a cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual a fin de que pueda desacreditarlo o, al menos, plantear dudas sobre su fiabilidad.

Por ese motivo, en el caso concreto se señaló que no se afectó el debido proceso con relación a la declaración del testigo protegido debido a que el Tribunal Superior

cumplió con precisar los elementos de corroboración de dicho testimonio y realizar una inferencia lógica correcta sobre su aporte probatorio a fin de probar los fundados y graves elementos de convicción de la comisión de un delito.

Con relación al peligro de obstaculización, el Tribunal Supremo señaló que al haber determinado la Sala Superior que no existió indicios razonables para presumir peligro de fuga por parte de la procesada, cesó el peligro procesal y, en consecuencia, a medida que se aseguran las fuentes de prueba no se justifica continuar privando de libertad a la imputada.

De este modo, al solo existir peligro de obstaculización, se debió fundamentar de manera específica el por qué seguir manteniendo el plazo máximo previsto para esta medida de coerción personal, puesto que es importante establecer un plazo proporcional para el plazo de la prisión preventiva. Por ello, se indicó que se está ante una falta de motivación suficiente con relación al plazo de duración de la prisión preventiva, por lo que, a fin de no ser arbitraria, se debe adecuar el plazo de prisión preventiva de manera proporcional a los fines de obtención de prueba.

Siendo esto así, el Tribunal Supremo indicó que resulta proporcional reducir el plazo de prisión preventiva a dieciocho meses a fin de que se adopten las medidas necesarias de aseguramiento que aún no se han efectuado con relación a los órganos de prueba cuya protección se estime pertinente para los fines del proceso. Para ello, se consideró que a la fecha, la investigación formalizada tenía diez meses.

Cabe resaltar que el Supremo Tribunal disminuyó el plazo de prisión preventiva bajo los mismos argumentos para los demás recurrentes.

El Supremo Tribunal remarcó los requisitos propios de la validez de la declaración del testigo protegido. De otra parte, fijó que la duración de la prisión preventiva ha de tener relación con el objeto concreto de la obtención de la prueba.

9. Casación Nº 317-2018-Ica. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

El recurso de casación es interpuesto por el condenado a un delito de parricidio en grado de autor directo. Debe indicarse que el examen casacional se circunscribe a cuatro cuestiones: (i) la inobservancia del debido proceso, acerca de la realización de la audiencia luego de lo decidido en sede de Habeas Corpus; (ii) las reglas procesales de la acusación complementaria, en orden a su legalidad, procedencia y tramitación ulterior, (iii) la contravención de la garantía de defensa procesal en el ámbito del derecho a la prueba pertinente; y, (iv) la falta de examen respecto a la presunta contradicción del testimonio de los hijos del imputado y a la fiabilidad de la declaración de la médico.

Con relación al cuestionamiento del debido proceso, el Tribunal Supremo sostuvo que hubieron varias sesiones previas (más de quince), además de que no se advirtieron cambios en el escenario procesal, ya que la interrupción del procedimiento del juicio

Ir al índice

oral se debió a la interposición de un hábeas corpus presentado por el procesado que fue declarado fundado, por lo que resulta intrascendente que la nueva fecha para el juicio oral se programe inmediatamente. Siendo esto así, no se afectó el debido proceso.

Por otro lado, respecto al cuestionamiento de las reglas procesales en la acusación complementaria, debe indicarse, como cuestión preliminar, que, en el ínterin del proceso de primera instancia, en el curso del nuevo juicio oral, cuando la causa se encontraba en el paso inicial del periodo decisorio, el señor fiscal provincial formuló acusación complementaria, por lo que se varió el título de intervención delictiva del imputado de autor mediato a autor directo.

Al respecto se indicó que la acusación escrita es provisional, por lo que puede sufrir modificaciones en el curso del juicio oral. Conforme a ello, el fiscal puede introducir un escrito de acusación complementaria para ampliar la acusación, la cual está sujeta a que se incluya un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación escrita que modifica la calificación legal o integra un delito continuado.

Así mismo, el fiscal también puede formular una acusación oral referida al petitum; es decir, puede pedir el aumento o disminución de la pena o de la reparación civil requerida en la acusación escrita, si es que advierte un mayor contenido de injusto o culpabilidad por el hecho o porque el daño se elevó o disminuyó en atención al material probatorio ejecutado en el acto oral.

Finalmente, el fiscal también puede formular una acusación oral corregida a fin de subsanar errores materiales o para incluir alguna circunstancia genérica no contemplada, siempre que no provoque indefensión y sin que sea considera una acusación complementaria.

Con lo expuesto, el Tribunal Superior indicó que, más allá de la errónea imputación como autor mediato al imputado, el título de imputación delictiva del acusado cambiado a autor material directo no generó un cambio ilícito de calificación jurídica o legal de los hechos. Además, no se mutó por completo los hechos, ni se trató de un factum radicalmente distinto, ya que solo se cambió parte de la ejecución típica del mismo y la exclusión de un sujeto en la comisión material del mismo.

En ese sentido, se estableció que la autoría atribuida al imputado no se alteró de manera radical, ya que toda clase de autoría tiene una misma respuesta legal: se pasó de autoría mediata a autoría material por exclusión de un individuo en el acto de disparar a la agraviada, ya que se determinó que no fue por orden del imputado, sino que él mismo disparó contra la víctima. La distinta calificación legal se condice con lo establecido en el inciso 2, del artículo 374, del Código Procesal Penal, por lo que este motivo casacional se desestimó.

Por otro lado, con relación a la contravención de la garantía de defensa procesal en el ámbito del derecho a la prueba pertinente, se señaló que en materia de criminalística

Ir al índice

forense existen tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio, así como da cuenta de una posibilidad de contaminación en escena y tanto de falsos positivos como de falsos negativos.

En ese sentido, se estableció que a pesar de que existieron dos informes periciales de parte en sentido contrario, era importante considerar la hipótesis alternativa propuesta por la defensa, lo cual no se produjo. Siendo esto así, la motivación en ese extremo ha sido parca y no explica por qué las pericias de parte se deben descartar. Por ese motivo, se concluyó que en este extremo sí era procedente el recurso de casación, puesto que la prueba pericial debió agotarse a través de pruebas de oficio a fin de esclarecer los hechos.

Finalmente, respecto al último motivo casacional referido al examen respecto a la fiabilidad de la declaración de la médico, se determinó que el juicio de fiabilidad se llevó a cabo, por lo que no era posible considerar que la motivación, en este punto central, fuese insuficiente o incompleta.

Siendo esto así, se estableció realizar un nuevo juicio oral a fin de subsanar el error referido a la defensa procesal.

Además de las importantes orientaciones sobre las formas de modificación de la acusación fiscal y de las precisiones en la calidad de autor en el delito de parricidio, se halla el establecimiento del deber de motivar suficientemente el descartamiento de las pruebas de parte propuestas, para agotar el debate, de ser el caso, mediante prueba de oficio.

10. Casación Nº 1690-2017-Amazonas. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

En la presente casación, se cuestiona el extremo de la reparación civil que fue impuesto en el marco de un proceso penal seguido contra el recurrente por el delito de homicidio imprudente por negligencia médica del cual fue absuelto.

Como primer punto, se interpuso recurso de casación bajo el supuesto de quebrantamiento procesal (inciso 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal). Al respecto, el Tribunal Supremo señaló que la Sala Superior, luego de ratificar la absolución emitida en primera instancia estuvo habilitada para fijar un monto por concepto de reparación civil, de conformidad con lo establecido en el inciso 3, del artículo 12, del Código Procesal Penal. Además, se precisa que la impugnación fue propuesta por el representante del Ministerio Público que en su momento postuló la pretensión civil en su requerimiento acusatorio.

Siendo esto así, pese a que existió absolución y, respecto a ese extremo existe calidad de cosa juzgada, el Tribunal Supremo indicó que la pretensión civil y la penal son autónomas y principales, de conformidad con los artículos 11 y 12, del Código Procesal Penal, por lo que no es amparable lo esgrimido por el recurrente quien sostiene que

Ir al índice

la absolución penal implica automáticamente la no declaración de responsabilidad y obligación civil.

Por otro lado, con relación al cuestionamiento de la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales, regulado en el inciso 4, del artículo 429, del Código Procesal Penal, se estableció que para determinar el monto de la reparación civil se debe cumplir con el mandato de motivación señalado en el inciso 5, del artículo 139, de la Constitución Política del Perú. Siendo esto así, la motivación en este extremo debe darse tanto a nivel cualitativo como cuantitativo.

Con relación al ámbito cualitativo, se indicó que la responsabilidad civil al ser de tipo extracontractual debe expresar el ámbito de la reparación y los motivos por los que se concluyó que se produjeron; es decir, debe detallarse la conducta antijurídica, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución. Respecto al ámbito cuantitativo, la Sala Superior debe expresar razones por las que fija el quantum de una suma determinada.

Con lo expuesto, el Tribunal Supremo señaló que los elementos antes mencionados no fueron expresados en la sentencia de vista que se limitó a trascribir la norma procesal y sustantiva, así como los Acuerdos Plenarios N° 5-2011/CJ-116 y N° 6-2006/CJ-116, así como los medios probatorios que determinaron la acción penal. No obstante, no hubo una fundamentación respecto al juicio de responsabilidad civil al constatarse que se está ante una fundamentación genérica que es contraria a la debida motivación de las resoluciones judiciales, por lo que este motivo casacional debe ampararse.

En cuanto a la reparación civil, la Suprema Corte deja sentado que la pretensión indemnizatoria debe ser objeto de específica motivación, teniendo en cuenta su naturaleza. Ello desde luego implica además el planteamiento de la pretensión debe ser solvente; lo que resulta lamentablemente infrecuente en la cotidianeidad.

11. Casación Nº 187-2016-Lima. Sala Penal Permanente Corte Suprema de Justicia

En este caso se condenó a un funcionario público por el delito de negociación incompatible, por lo que este interpuso recurso de casación bajo el motivo de desarrollo de doctrina jurisprudencial. Siendo esto así, el Tribunal Supremo aceptó este extremo a fin de establecer una directriz sobre los casos de sobreseimiento que requieran necesariamente la doble conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del fiscal superior. Además, también se desarrolló si la falta de oposición de las partes aun pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y, por tanto, quita legitimidad para interponer medio impugnatorio.

Con relación al primer punto, se conoció que, en audiencia de apelación de sobreseimiento, el fiscal superior, al momento de absolver el traslado, señaló que estaba de acuerdo con el sobreseimiento resuelto por el juez de investigación preparatoria, contrario a lo que requirió el fiscal provincial. Pese a ello, la Sala Superior resolvió revocarlo indicando

Ir al índice

que no se trataba de una doble conformidad porque el fiscal provincial requirió una acusación.

Al respecto, el Supremo Tribunal indicó que, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe prevalecer el principio de jerarquía en la actuación fiscal, por lo que al ser un cuerpo jerárquicamente organizado se deben sujetar a las instrucciones que le pueden impartir sus superiores. Así mismo, se señaló que en repetida jurisprudencia de la Corte Suprema se estableció que en estos casos rige el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica del Ministerio Público.

En consecuencia, se determinó que, al encontrarse dos posiciones contrarias, en los respectivos dictámenes, emitidos por el fiscal provincial y el fiscal superior, se debe otorgar validez a la opinión emitida por el jerárquicamente superior, en virtud de lo señalado en el artículo cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Siendo esto así, no es necesaria la exigencia de una doble conformidad.

Respecto al segundo aspecto, referido a 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, se sostuvo que el actor civil puede formular oposición a la solicitud de sobreseimiento dentro del plazo establecido, así como también puede interponer recurso de apelación.

Además de ello, el Supremo Tribunal señala que el planteamiento inoportuno, fuera del plazo o incumpliendo la formalidad prevista que debe ser primero escrita y luego oral, o la ausencia de oposición contra el requerimiento de sobreseimiento, no constituye un requisito previo para la interposición de un recurso de apelación, más aún si en el inciso 2, del artículo 345, del Código Procesal Penal, se establece que los sujetos procesales "podrán" formular la oposición a la solicitud de sobreseimiento, lo cual denota que su formulación es facultativa.

Con lo expuesto, hay que señalar que existe una falta de interés para interponer recurso de apelación del sobreseimiento por no planear oposición vulnera el derecho al recurso que tienen las partes, así como el principio de legalidad, toda vez que en el artículo 420, del Código Procesal Penal, no se establece la interposición de la oposición como requisito de procedencia de apelación de autos.

Por ese motivo, el Tribunal Supremo señaló que el actor civil, Procuraduría Especializada en Anticorrupción, si bien no presentó oposición a la solicitud de sobreseimiento realizada tanto por el fiscal provincial como por el procesado, sí apeló el auto de sobreseimiento y este fue concedido con efecto diferido. Siendo esto así, señaló que no se advierte vulneración al derecho al recurso de las partes, ni al principio de legalidad.

Respecto a las particularidades del sobreseimiento se ha establecido que de no existir concordancia entre el pronunciamiento fiscal superior y el de la fiscalía provincial en lo

Ir al índice

penal, aunque el señor fiscal superior estuviera de acuerdo con lo definido al respecto por el señor juez de investigación preparatoria, no se puede establecer la existencia de un caso de doble conformidad; no obstante, ha de primar la opinión del fiscal jerárquicamente superior.

No existe como requisito para apelar de la decisión de sobreseimiento que previamente se proponga oposición al indicado sobreseimiento.

12. Sentencia Plenaria Casatoria Nº 1-2018/CIJ-433. I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanentes, Transitoria y Especial

En esta sentencia plenaria casatoria se señala que el artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional como indicó la Casación N° 335-2015-El Santa, que queda sin efecto. Al respecto, se indicó que no existen razones desde el principio de proporcionalidad para estimar que la pena prevista en este tipo penal no pueda ser impuesta.

Así mismo, se señaló que es el juez penal quien debe ser riguroso en la determinación e individualización de la pena, conforme a lo señalado en la normativa penal y procesal penal, ya que estas reglas se condicen con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

En esa misma línea, se determinó que no son de aplicación los "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación" que se desarrollaron en la Casación N° 335-2015- El Santa, toda vez que no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación de la determinación de la pena que se encuentra legalmente regulada.

Finalmente, se llegó a la conclusión de que la pena de cadena perpetua debe ser aplicada y siempre existe la posibilidad de individualizar y, en situaciones excepcionales, imponer una pena menor.

Con motivo de esta sentencia plenaria casatoria emití un voto señalando que el tipo penal de violación sexual de menor de edad solo exige que el sujeto pasivo sea menor de catorce años, por lo que los factores descritos en la casación Del Santa no son de recibo debido a que el Parlamento estableció las circunstancias para determinar la pena. Además, estos factores no pueden servir para reducir la pena hasta acudir a otro espacio punitivo genérico regulado en el artículo 29, del Código Penal (dos días a treinta y cinco años).

Por otro lado, me permití indicar que la casación Del Santa fue errada, puesto que el consentimiento de la agraviada queda legalmente excluido debido a que no goza de tal capacidad debido a su edad. Además, no puede presumirse la maduración temprana de la víctima cercana a cumplir catorce años de edad; este es un asunto biopsico-social

Ir al índice

que debe definir la ciencia en cada caso. En esa misma línea, la mínima afectación psicológica en la víctima generó confusión puesto que los juzgadores superiores tomaron el resultado de un examen inmediato y los asumieron como definitivos. Finalmente, indiqué que la diferencia etaria entre la víctima y el agresor se basa en una apreciación subjetiva. Además, la relación sentimental que pudiera existir entre el agresor y la víctima, por lo referido, resulta irrelevante.

En suma, en este pleno casatorio en cuanto a la pena prevista en el artículo 173, del Código Penal, se determinó que no existía motivo de inconstitucionalidad y que corresponde al juzgador guiarse por los dictados de la razonabilidad.

13. Sentencia Plenaria Casatoria Nº 1-2017/CIJ-433. I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Penales Permanente y Transitorias

En esta sentencia plenaria casatoria se dejó sin efecto la sentencia casatoria N° 92-2017-Arequipa en el que se indicó que el delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo de los tres subtipos de lavado de activos. Al respecto, se señaló que el delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para efectos de su persecución procesal.

Así mismo, se llegó a la conclusión de que el artículo 10, del Decreto Legislativo N° 1106, es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento. En otras palabras, no se trata de un tipo penal o un tipo complementario.

Además de ello, se indicó que el "origen delictivo" señalado en el artículo 10, del Decreto Legislativo N° 1106, es un elemento normativo del tipo que debe entenderse en el sentido de que debe corresponderse con actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. No se establece un elemento de gravedad de la actividad criminal desde un enfoque cuantitativo.

En esa misma línea, se señaló que "actividades criminales" no debe entenderse como una actividad concreta y específica de un delito específico que implique acreditar la naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados. Siendo esto así, la acreditación puede ser genérica.

Finalmente, se establecieron criterios sobre los efectos de la sospecha, de la siguiente forma: (i) en diligencias preliminares: "sospecha inicial simple", (ii) en formalización de investigación preparatoria: "sospecha reveladora", (iii) para acusar y dictar auto de enjuiciamiento: "sospecha suficiente". Para imponer prisión preventiva se requiere "sospecha grave". La condena requiere elementos de prueba que vayan más allá de toda duda razonable.

Centralmente, el pleno casatorio corrige el erróneo criterio que colocó al delito fuente como elemento constitutivo en el ilícito de lavado de activos.

Ir al índice

14. Casación Nº 864-2016-Del Santa. Sala Penal Permanente

En este caso se está ante un delito de actos contra el pudor de menor de edad. Específicamente, se cuestiona que en el control de acusación se haya restringido el derecho a ofrecer pruebas que le asiste al imputado bajo el argumento de que no habían sido debidamente ofrecidas en el escrito en el que se absolvió el traslado de la acusación fiscal.

Al respecto, el Supremo Tribunal señaló que el juez de la investigación preparatoria tiene el deber de garantizar que las partes procesales ingresen a juicio oral con los medios de pruebas necesarios para acreditar su pretensión o contradecirla. Siendo esto así, negar la admisión de pruebas por defectos materiales no constituye justificación suficiente para limitar el derecho al ofrecimiento de pruebas que le asiste a los sujetos procesales, tal como lo es la imprecisión en el sumillado del escrito en el que se contradice la acción penal.

Por ese motivo, se llegó a la conclusión de que la función garantista que tiene el juez de investigación preparatoria le impone indicar los supuestos de desigualdad y advertir la eventual indefensión en la que incurre un procesado por falta de defensa técnica idónea. Inclusive, esta obligación se incrementa en la etapa intermedia, puesto que es la etapa donde se da el periodo de saneamiento.

Además de ello, resulta importante resaltar que el Tribunal Supremo indicó que el derecho de defensa no se ve satisfecho únicamente por contar el imputado con un abogado defensor, sino que también es necesario que esta defensa sea eficaz, es decir, que cuente con los conocimientos jurídicos que exige el caso para la etapa respectiva. Por ello, si el juez advierte que el abogado defensor del imputado no ejerce una defensa adecuada deberá advertir este hecho y suspender la sesión a fin de evitar un supuesto de indefensión y posteriores nulidades en las etapas posteriores.

Con lo expuesto, se determinó que se vulneró el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, debido a que el Tribunal Superior no absolvió los agravios referidos a la indefensión que padeció el recurrente, ya que únicamente se señaló de manera breve que la etapa de investigación preparatoria precluyó y que el sentenciado había contado con un abogado defensor durante todo el proceso, por lo que no se afectó el derecho de defensa. Por ello, se declaró nulo todo lo actuado hasta la etapa intermedia y, por ello, se exigió la realización de una nueva audiencia de control de acusación.

La exigencia de formalidades extremas puede constituir un obstáculo para el ejercicio del derecho a probar.

15. Casación Nº 553-2018-Lambayeque. Sala Penal Permanente

En esta casación se analiza si existe o no inobservancia de precepto constitucional con relación a la utilización de prueba ilícita al realizarse una supuesta entrada y registro inconstitucional en el contexto de la comisión de un delito de tráfico ilícito de drogas en el que no medió flagrancia delictiva.

Ir al índice

Al respecto, el Tribunal Supremo indicó que existieron dos actos: ingreso y registro del predio y ocupación de bienes delictivos. Si bien no existió orden judicial previa de allanamiento, registro e incautación, se está ante un supuesto de flagrancia delictiva, toda vez que se persiguió al imputado sin solución de continuidad, pero se advirtió su presencia en el predio de donde, posteriormente, salió para huir de la intervención.

Siendo esto así, se indicó que existirá flagrancia cuando se cumplan lo siguiente: (i) inmediatez temporal, siempre que la acción delictiva se esté desarrollando o acaba de desarrollarse en el momento de su percepción o intervención (ii) inmediatez corporal: el delincuente se encuentra en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito que proclamen su directa intervención en el mismo. Con relación a este segundo supuesto, se requiere de percepción directa y efectiva del hecho (ver directamente o percibirlo de otra manera por material fotográfico o fílmico). Además, se exige necesidad urgente de intervención policial

Con lo expuesto, el Tribunal Supremo señaló que para que sea constitucional la diligencia de allanamiento y registro se debe tener la presencia del delincuente en el mismo lugar de los hechos cometiendo un delito o huyendo inmediatamente tras su comisión. Así, en el caso concreto la policía observó la presencia del imputado con motivo de un presunto pase de drogas, por lo que al percatarse de la intervención policial se dio a la fuga. Por ello, se estuvo ante un supuesto de flagrancia delictiva estricta, toda vez que el imputado se encontraba en el predio donde se estaban realizando actividades ilícitas y, en consecuencia, no se incurrió en un supuesto de prueba ilícita.

Además, se cuestionó la inexistencia de una prueba pericial que determine los hallazgos realizados en la intervención policial respecto al total de pasta básica de cocaína; sin embargo, en la casación se determinó que se está ante un medio completo de prueba pericial, puesto que no hay defectos serios que impidan calificarlo como tal, así como tampoco existen defectos internos.

Fundamentalmente, la calidad de prueba ilícita no se configura en un contexto de flagrancia, cuando se produce un descubrimiento inevitable, en el predio en que se interviene a quien en su momento fue el presunto sujeto activo.

16. Casación Nº 552-2018-Cañete. Sala Penal Permanente

Esta casación se aceptó por la causal de quebrantamiento de precepto procesal en el marco de un delito de violación sexual. El imputado cuestionó la prueba pericial médico legal al no concurrir la autora del certificado médico legal de integridad sexual al juicio oral, por lo que se dispuso la lectura de este informe médico legal. Siendo esto así, al no oralizarse el informe médico legal consideró que se contravino lo dispuesto en el literal c, del inciso 1, del artículo 383, del Código Procesal Penal, por lo que se incurrió en nulidad absoluta.

Ir al índice

Al respecto, el Tribunal Supremo indicó que no se oralizó el certificado médico legal, pese a que se dispuso la lectura en la fase respectiva del juicio oral, conforme a lo señalado en el artículo 379 y el literal c, inciso 1, del artículo 383, del Código Procesal Penal. Por ese motivo, se incumplió la exigencia del procedimiento formal de actuación probatoria con relación a la ejecución de un medio de prueba pericial.

En este punto, el Tribunal Supremo señaló que debe analizarse si esta omisión lleva a la nulidad de la sentencia y de los juicios realizados tanto en primera como segunda instancia. Para ello, se analizó en conjunto los medios de prueba a fin de determinar si al excluir la prueba no ejecutada existiría prueba suficiente para la condena impuesta, ya que, conforme al inciso 3, del artículo 432, del Código Procesal Penal, si los errores jurídicos de la sentencia recurrida no influyen en su parte dispositiva, no causan nulidad, por lo que la Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

Con lo expuesto, se señaló que del análisis conjunto de la prueba de cargo actuada, excluyendo el medio de prueba no ejecutado en juicio, constituye base suficiente para estimar que se enervó la presunción de inocencia, toda vez que existe prueba fiable, plural, coincidente entre sí, lícita y suficiente para justificar una sentencia condenatoria. Por ese motivo, no se anularon las sentencias, más allá del error en que se incurrió con relación al informe pericial que no fue sometido a contradicción en el juicio oral que en la resolución se declaró excluida de valoración respecto al conjunto de prueba actuada.

La omisión de la actuación de un medio acreditativo, existiendo otros que solventemente sostienen la responsabilidad penal, no acarrea la invalidez de la condena pronunciada.

17. Casación N° 441-2017-Ica. Sala Penal Permanente

Este recurso de casación se aceptó bajo el supuesto de apartamiento de doctrina jurisprudencial en el contexto de la comisión de un delito de violación sexual en grado de tentativa. Al respecto, el casacionista cuestionó la sentencia de vista al no haberse explicado por qué se aplicó el proceso inmediato pese a la complejidad del caso, así como a la gravedad del delito que oscila entre los treinta a treinta y cinco años, de conformidad con lo señalado en el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02-2016/CJ-2016.

Al respecto, el Supremo Tribunal señaló que, según el Acuerdo Plenario anteriormente citado, no se prohíbe o excluye toda aplicación del proceso inmediato a casos en los cuales el hecho punible se encuentra revestido de especial gravedad y, en consecuencia, el desvalor se refleja en un quantum punitivo elevado. Siendo esto así, para que se excluya el proceso inmediato la gravedad de la pena es una condición necesaria, pero no suficiente, toda vez que se debe constatar en el caso concreto que se exija un determinado esclarecimiento en el que la defensa técnica deba justificar la impertinencia y el riesgo de aplicar el proceso inmediato.

Ir al índice

Además de ello, se señaló que debe evaluarse con exhaustividad la evidencia delictiva, puesto que, si no se requiere un esclarecimiento adicional o si este esclarecimiento es mínimo, se optará por la aplicación del proceso inmediato.

Con lo expuesto, en el caso concreto se indicó que al encontrarse el delito en grado de tentativa habrá mayor viabilidad de aplicar el proceso inmediato, debido a la aminoración prudencial de la pena. Además, debe existir suficiencia probatoria que implica probar que la ejecución delictiva inició, lo cual es compatible con la idea de simplicidad procesal.

Así mismo, si bien se está ante un delito especialmente grave (violación sexual de menor de edad), debe apreciarse que su comisión fue en grado de tentativa, así como también que el imputado fue detenido en flagrancia delictiva mientras se realizaba un operativo policial, por lo que no se apreció un hecho cuyo esclarecimiento probatorio resulte complejo.

Finalmente, el Tribunal Supremo señaló que también se cumplió con el estándar mínimo de esclarecimiento adicional que se requiere, puesto que durante la investigación se recabaron elementos probatorios conducentes y, asimismo, en el juzgamiento se actuó prueba personal y documental, la cual el órgano jurisdiccional valoró y determinó que resultaba suficiente para el establecimiento de la responsabilidad penal del sentenciado por el delito materia de acusación en grado de tentativa.

Así mismo, en el juicio oral declaró la agraviada quien persistió en la sindicación contra el acusado, así como también se actuaron medios probatorios como la declaración de la madre de la víctima, la oralización del acta de denuncia verbal, el acta de intervención policial, entre otros. Además, se indicó que el imputado no señaló qué actos de investigación o diligencias probatorias hubiesen sido determinantes para el esclarecimiento de los hechos a su favor y cuáles no pudieron llevarse a cabo por la celeridad del proceso, por lo que el recurso interpuesto no prosperó.

Respecto a esta casación debe advertirse que no resulta viable establecer la incoación del proceso inmediato para un delito grave, toda vez que en el Acuerdo Plenario se señala que debido a la gravedad del delito es necesario realizar determinadas actuaciones que no se corresponden con un proceso célere como el aquí estudiado. Además, se aprecia que se le atribuye la responsabilidad a la defensa técnica para que esta sea quien se oponga a la incoación del proceso inmediato, cuando debe ser el Ministerio Público quien como defensor de la legalidad debe ser objetivo en la conducción de los procesos penales a su cargo evitando así la afectación de los derechos de los imputados.

De nuevo sobre la inmediatez procesal, la Suprema Instancia dejó sentado que el criterio de gravedad de la pena debe ser analizado con el grado de realización del delito, la suficiencia probatoria, en su caso la flagrancia delictiva; de modo que es posible que en esta vía célere se sustancien también delitos de grave reproche punitivo.

Ir al índice

No está demás señalar que, en mi personal parecer, respetando la orientación jurisprudencial precedente, no debería acudirse a esta forma de abreviación procesal en delitos graves.

18. Casación Nº 455-2017-Pasco. Sala Penal Permanente

Esta casación se desarrolla en el marco del delito de contaminación ambiental en el que se pide a la Corte Suprema desarrollar doctrina jurisprudencial por el motivo de errónea interpretación de la norma penal con relación a los límites de la autoría y participación de los agentes en el delito de contaminación ambiental.

Al respecto, el Tribunal Supremo indicó que se está ante un delito común; sin embargo, se señaló que, al cometerse la contaminación en el ámbito de las empresas, en el que los agentes que participan se desempañan conforme a una función previamente estipulada de manera normativa, se está, en realidad, ante un delito de infracción de deber.

Además de ello, se señaló que esta decisión no es discrecional, puesto que al ser un delito de infracción de deber lleva a delimitar de manera clara el ámbito de la conducta del agente; es decir, permite imputar responsabilidad penal al agente en los supuestos en que la norma de la persona jurídica le otorga responsabilidad. Por ello, la sanción penal a los agentes delictivos en el delito de contaminación ambiental únicamente será viable si es que el deber exigido por la norma de la persona jurídica así lo ha establecido, por lo que cualquier otra conducta que extralimite o no precise dicho deber o rol llevará a excluir la responsabilidad del agente.

Siendo esto así, el Tribunal Supremo indicó que la conducta atribuida a los procesados no constituía una conducta penalmente reprochable, toda vez que el representante del Ministerio Público omitió describir la manera en que se desempeñaban los procesados en la persona jurídica. Además, no puede atribuírseles responsabilidad al haber permanecido dentro del ámbito de su competencia. Por ese motivo, pese a que el delito de contaminación ambiental es uno común, ello no implica que en el contexto de una persona jurídica los agentes no asuman deberes y sean responsables únicamente de estos deberes que le viene exigido por la normatividad de la empresa en la que se desenvuelven. Por ello, se amparó la casación interpuesta y, actuando como sede de instancia, confirmaron la resolución que declaró fundado el sobreseimiento a favor de los dos casacionistas.

Como comentario personal debo indicar que esta casación es opinable y no resulta ser del todo adecuada debido a que los delitos de infracción de deber se atribuyen a sujetos especiales que ostentan una cualidad especial otorgada por el tipo penal: el funcionario público en los delitos contra la administración pública, el administrador en el delito de administración desleal. Al tratarse de un delito común, en el que no se diferencia ni delimita el círculo de autores, se puede afirmar que se está ante un delito de dominio.

Ir al índice

Estimo, a mayor abundamiento, que delimitar la configuración del delito de contaminación ambiental como uno de infracción de deber, remitiéndose a los reglamentos internos de la persona jurídica, carece de fundamento legal.

Los deberes extrapenales a los que se hace referencia en la teoría de los delitos de infracción de deber tienen una base legal o reglamentaria oficial extrapenal; es decir, forman parte del ordenamiento jurídico estatal, los cuales delimitan debidamente sus alcances. En todo caso, debió verificarse la presencia de los deberes específicos que se hubieran establecido para este sector a fin de constatar si los casacionistas contravinieron algún deber oficial extrapenal.

Lima, 20 de noviembre de 2020

Mg. Jorge Luis Salas Arenas
Juez de la Corte Suprema de la República del Perú

Ir al índice

PRESENTACIÓN

En los últimos 15 años, la implementación progresiva del Código Procesal Penal en el Perú ha sido una de las tareas más importantes en materia de justicia penal. Desde su entrada en vigencia el 1 de julio de 2006 en el distrito judicial de Huaura, hasta la fecha, ha generado una necesidad de adaptación constante al modelo acusatorio con el fin de permitir una implementación más adecuada del modelo, con transparencia, eficacia, integridad y cercanía a los ciudadanos.

En ese camino, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, viene implementando una política continua de capacitación a nivel nacional, enfocada en la realización de eventos de formación de carácter teórico y práctico (congresos, talleres, seminarios, cursos, concursos de litigación oral, etc.), así como en la producción de materiales jurídicos que han permitido promover el aprendizaje y debate en materia penal y procesal penal.

Es bajo ese compromiso asumido, que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se complace en presentar a la comunidad jurídica y universitaria la obra titulada "Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal - Tomo II". Este es un esfuerzo conjunto con veintidós renombrados especialistas nacionales que, de manera desinteresada y con el propósito de compartir el conocimiento jurisprudencial a nivel nacional, han efectuado diversos comentarios, optando por desarrollar con mayor amplitud el análisis de tales sentencias a fin de poner en agenda el debate sobre contenidos penales o procesales de compleja interpretación.

Esta obra de compilación jurisprudencial y análisis permite que especialistas de diversos distritos judiciales del país expresen desde la óptica judicial, fiscal y de la defensa, sus puntos de vista sobre veintidós sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la República entre los años 2016 y 2019, que complementan el Tomo I, publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en diciembre de 2017.

Agradecemos los comentarios realizados por magistrados y abogados sobre sentencias que abordan temas propios del devenir casuístico del sistema jurisdiccional penal, entre los que cobran especial relevancia los que atañen a la lucha contra la corrupción, un mal endémico frente al que la democracia y la recta razón judicial deben prevalecer.

Finalmente, debo resaltar el esfuerzo de la Corte Suprema de Justicia de la República en la producción de decisiones jurisdiccionales orientadas a fortalecer y consolidar la

Ir al índice

aplicación de la norma penal y procesal penal, contribuyendo con el proceso de reforma que afronta nuestro país. En suma, la presente obra se pone a disposición como un marco orientador para la correcta impartición de justicia penal.

Lima, 7 de diciembre de 2020

Eduardo Ernesto Vega Luna
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Presidente de la Comisión Especial de Implementación
del Código Procesal Penal

ÍNDICE

PRÓLOGO 07

PRESENTACIÓN 27

SENTENCIAS CASATORIAS / ANÁLISIS Y COMENTARIOS

01 **CASACIÓN N° 187-2016 - LIMA** 33
Fernán Guillermo Fernández Ceballos: "Facultad de impugnación del actor civil sobre el sobreseimiento". 45

02 **CASACIÓN N° 392-2016 - AREQUIPA** 54
Paul Antonio Ruiz Cervera: "El principio de imputación necesaria y la excepción de improcedencia de acción: la imprecisión de cargos no convierte la conducta del imputado en atípica". 62

03 **CASACIÓN N° 864-2016 - DEL SANTA** 69
Miguel Ángel Vásquez Rodríguez: "Modo de introducir la prueba para juicio y defectos en la imputación suficiente como causas para declarar la nulidad del proceso penal hasta la etapa intermedia". 79

04 **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 01-2017/CIJ-433** 88
Francisco Celis Mendoza Ayma: "Imputación concreta y lavado de activos". 139

05 **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 01-2017/CIJ-433** 149
Octavio César Sahuanay Calsín: "Criterios para acreditar el origen delictivo de los activos". 150

06 **CASACIÓN N° 67-2017 - LIMA** 160
Héctor Fidel Rojas Rodríguez: "Apuntes sobre la estructura típica del denominado delito de negociación incompatible". 183

07 **CASACIÓN N° 441-2017 - ICA** 192
Giammpol Taboada Pilco: "Los delitos especialmente graves en el proceso inmediato". 207

08 **CASACIÓN N° 455-2017 - PASCO** 216
Luis Alberto Tisnado Solís: "Criterio de imputación en contextos de estructuras empresariales". 224

09 **CASACIÓN N° 1408-2017 - PUNO** 235
Jaime Francisco Coaguila Valdivia: "El proceso de extinción de dominio". 251

10 **RECURSO CASACIÓN N° 1450-2017 - HUÁNUCO** 259
Frank Carlos Valle Odar: "El control formal de la acusación". 267

11 **RECURSO CASACIÓN N° 1503-2017 - TUMBES** 276
Dalmiro Huachaca Sánchez: "Terminación anticipada y audiencia de prisión preventiva". 282

12 **CASACIÓN N° 1690-2017 - AMAZONAS** 292
Julio César Tapia Cárdenas: "La reparación civil en casos de sentencias absolutorias, el sobreseimiento y extensión del recurso". 298

13 **SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433** 308
Marcial Eloy Paucar Chappa: "Determinación judicial de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad". 334

14 **CASACIÓN N° 179-2018 - ICA** 344
Jesús Heradio Viza Ccalla: "Las modalidades de ilogicidad en la motivación de las sentencias". 359

15 **RECURSO CASACIÓN N° 300-2018 - SULLANA** 367
Constante Carlos Avalos Rodríguez: "Límites al control casacional de la prueba indiciaria". 375

16 **RECURSO CASACIÓN N° 317-2018 - ICA** 389
Nayko Techy Coronado Salazar: "La acusación complementaria y el derecho a la prueba". 400

17 **SENTENCIA DE CASACIÓN N° 552-2018 - CAÑETE** 411
Silvia Noemí Huisa Alvarado: "La posibilidad de prescindir de la prueba pericial médico legal en los delitos sexuales". 419

18 **RECURSO CASACIÓN N° 553-2018 - LAMBAYEQUE** 429
William Enrique Arana Morales: "La licitud de la prueba obtenida en allanamiento y registro domiciliario realizado en supuestos de flagrancia". 438

19 **RECURSO CASACIÓN N° 666-2018 - CALLAO** 448
Mardelí Elízabeth Carrasco Rosas: "Naturaleza de las razones que sustentan la prescripción de la acción penal, incidencia en su aplicación temporal". 463

20 **CASACIÓN N° -1438-2018 - La Libertad** 471
Víctor Burgos Mariños: "La detención policial arbitraria: entre el secuestro y el abuso de autoridad". 482

21 **CASACIÓN N° 353-2019 - LIMA** 503
Jorge Wayner Chávez Cotrina: "Los delitos de asociación ilícita y la prisión preventiva". 518

22 **CASACIÓN N° 358-2019 - NACIONAL** 529
Juan Humberto Sánchez Córdova: "Excepcionalidad de la prisión preventiva y peligro procesal". 602

BIBLIOGRAFÍA **611**

01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 187-2016
LIMA

Sumilla: I) Ante un auto de sobreseimiento de primera instancia, contrario al requerimiento de acusación, es el requerimiento del Fiscal Superior que predomina, 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. **II)** La ausencia de oposición del actor civil al requerimiento de sobreseimiento, al no constituir un requisito, no impide que recurra en apelación.

Lima, veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Marco Antonio Villalobos Alvarado, contra la resolución número cinco emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, del veinte de enero de dos mil dieciséis, en el extremo que resolvió; **i)** En cuanto al sobreseimiento impugnado, revocaron la resolución número cincuenta y ocho que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa de Villalobos Alvarado; reformándola la declararon infundada, debiendo continuarse el proceso, **ii)** En cuanto a la sentencia apelada; **a.** Declararon nula en parte la sentencia del tres de setiembre de dos mil quince, debiendo sustanciarse nuevo juicio oral, que deberá comprender a Villalobos Alvarado, por los extremos revocados del auto de sobreseimiento. **b)** Confirmaron la sentencia que condenó a Villalobos Alvarado como autor del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, imponiéndole cuatro años y cinco meses de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

PRIMERO: El encausado Marco Antonio Villalobos Alvarado es procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Mediante Disposición Fiscal número quince, del cuatro de junio de dos mil doce, se dispuso formalizar y continuar la investigación

Ir al índice

preparatoria contra Villalobos Alvarado y otros, imputándole que en su condición de Gerente de Promoción y Desarrollo del Patronato del Parque de las Leyendas, suscribió treinta y seis contratos de prestaciones recíprocas[1] con particulares interesados en convertirse en concesionarios de negocios de esparcimiento y venta de golosinas dentro del citado parque, sin previo concurso público y sin seguir el procedimiento señalado para el otorgamiento de concesiones de espacios; para tal efecto concertó con sus coimputados para firmar dichos contratos con el objeto de beneficiarse económicamente, pues en algunas ocasiones habrían recibido en efectivo el costo de los bienes y artículos publicitarios prometidos como contraprestación en los referidos contratos, y en otros a través de la empresa VILLAESPO CONSTRUCTORES S .A. C. de propiedad de los imputados Luigui Renzo Espozzito Carrera y Ricardo Alfredo Villarreal Carmen, ex trabajadores del Patronato del Parque de las Leyendas.

SEGUNDO. Con requerimiento mixto de fojas uno, el representante del Ministerio Público solicita -entre otros- el sobreseimiento de la investigación seguida contra Marco Antonio Villalobos Alvarado, por la comisión de los delitos de peculado, colusión desleal y negociación incompatible respecto de treinta contratos, en agravio del Estado -ver fojas cuarenta y cuatro-; y se le acusa por los demás hechos como autor del delito de colusión desleal -tipificación principal- y del delito de negociación incompatible -tipificación alternativa-.

TERCERO. Imputa a Villalobos Alvarado, que cuando se desempeñó como Gerente de Promoción y Desarrollo del Parque de las Leyendas, se interesó indebida y directamente en la etapa de ejecución de seis contratos suscritos con concesionarios de la mencionada entidad, hecho ocurrido entre los años dos mil nueve y dos mil diez, con la intensión de favorecer a la empresa VILLAESPO CONSTRUCTORESS S. A. C., empresa conformada por Villarreal Carmen y Espozzito Carrera, para que reciban sumas de dinero y se favorezcan de estos. Es así que de los contratos suscritos se tiene lo siguiente:

i. Primer hecho -contrato del uno de octubre del año dos mil nueve-, se acusa por negociación incompatible al acusado Villalobos Alvarado, pues se interesó directamente en la etapa de ejecución del mencionado contrato de prestaciones recíprocas suscrito con la concesionaria Hilda Milagros Miranda Bellota, en la que esta adquiere un Cheque de Gerencia del Banco de Crédito del Perú por la suma de diecinueve mil quinientos dólares, indicándole Villalobos Alvarado que para cumplir con la prestación que estaba a su cargo, debía entregar esa suma de dinero a su co-acusado Ricardo Alfredo Villarreal Carmen para que este sea quien se encargue de elaborar los banners publicitarios, es así que realiza la entrega y este último efectúa el cobro; asimismo, Villalobos Alvarado le solicita quinientos dólares para completar la suma de dos mil dólares, y de esta manera indicarle que cumplió con la prestación a su cargo, siendo que esta suma no estaba prevista en el contrato, no cumpliéndose con la entrega efectiva del material publicitario.

1 Cabe precisar que, el Parque de las Leyendas suscribía contratos con concesionarios para asignarles o entregarles en usufructo un espacio físico del parque para que puedan vender golosinas, instalar juegos mecánicos, entre otros, a cambio de que estos entreguen al parque publicidad, paneles publicitarios, trípticos, mapas, volantes con publicidad alusiva al Parque de las Leyendas, en la cantidad y monto precisados en cada contrato.

Ir al índice

ii. Segundo hecho -contrato de marzo de dos mil diez-, se imputa al encausado los delitos de colusión desleal y alternativamente negociación incompatible, pues propuso la suscripción de un contrato de prestaciones recíprocas con la concesionaria Miranda Bellota, consistente en asignarle un espacio físico en la pérgola de la Laguna recreativa del Parque de las Leyendas para la venta de golosinas y bebidas, a cambio que esta entregue y exhiba un panel ubicado en la vía expresa, por dos meses, valorizado en treinta y nueve mil soles, correspondiente a los doce primeros meses de usufructo del espacio, y a partir del décimo tercer mes, la concesionaria debía abonar mil quinientos soles mensuales, de ello se desprende que intervino en los actos previos a la suscripción del contrato. La defraudación se materializó al haber recibido el acusado sumas de dinero indebidamente, por cuanto cobró un cheque por nueve mil soles entregado por Miranda Bellota, y recibió treinta mil noventa soles en efectivo, entregados por esta. En los actos de ejecución, la concesionaria no hizo entrega de la contraprestación que se comprometió -por la suma de treinta y nueve mil soles-; sin embargo, el acusado Marco Antonio Villalobos le asignó un espacio físico de venta de golosinas. Cabe precisar que por el cargo que ostentaba, era el encargado y responsable de supervisar la ejecución de los contratos y el cumplimiento de las contraprestaciones, acto y función que no cumplió.

iii. Tercer hecho. El concesionario Jorge José Enrique Sena Ortega, representante de la empresa IARKASE S. A. C., también suscribió un contrato con el Parque de las Leyendas, con fecha ocho de noviembre de dos mil diez, y en la etapa de ejecución de este contrato, el acusado Villalobos -como responsable de la supervisión- le indica que para cumplir con su contraprestación debe realizar transferencias y depósitos a favor de la empresa VILLAESPO CONSTRUCTORES; en cumplimiento de esta solicitud, el representante de IARKASE S. A. C., efectúa depósitos en cuatro oportunidades por un total de veintinueve mil trescientos sesenta soles. Villarreal Carmen entrega a este concesionario una cotización a nombre de VILLACRESPO CONSTRUCTORES, empresa directamente vinculada a Villalobos Alvarado, pues no solo estaba conformada por sus trabajadores y allegados, sino que tenía su mismo domicilio registrado.

iv. Cuarto hecho. Este contrato fue suscrito por la concesionaria Maritza Violeta Del Castillo Luna, representante de la empresa Diversiones Mar S. A. C„ el treinta de setiembre de dos mil diez, siendo que Villalobos Alvarado le indica que para cumplir con su prestación debía efectuar un depósito de dinero en la cuenta de VILLAESPO CONSTRUCTORES S. A. C. en el Banco Continental, por la suma de veintitrés mil quinientos soles, cabe precisar que a esta concesionaria le correspondía hacer entrega de un banner publicitario y la exhibición del mismo; sin embargo, no cumplió con dicha contraprestación y realizó el depósito requerido.

v. Quinto hecho. Se firmaron dos contratos con la concesionaria Manuela Fernández Moreno, de fecha treinta de setiembre de dos mil diez, donde el acusado Villalobos no solo le solicitó que efectúe depósitos por la suma de trece mil quinientos soles en la cuenta de VILLAESPO CONSTRUCTORES, sino que para asegurar el depósito y que no exista ningún error, le entrega un manuscrito con la cuenta de la empresa.

Ir al índice

CUARTO. En audiencia de control de requerimiento mixto de fojas doscientos setenta y cinco, el actor civil -representante de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción- señala que no presentó oposición escrita al requerimiento de sobreseimiento del Fiscal; no obstante, solicita oralizarla, siendo declarado improcedente su pedido por resolución número treinta, emitida en audiencia -ver fojas doscientos setenta y nueve. En consecuencia, con resolución número treinta y tres, del veintitrés de junio de dos mil catorce, de fojas doscientos ochenta y cinco, declara fundado el pedido de sobreseimiento del representante del Ministerio Público.

QUINTO. En continuación de audiencia de requerimiento mixto, acta del cinco de setiembre de dos mil catorce, fojas trescientos trece, el acusado Villalobos Alvarado solicita el sobreseimiento de la causa. Con resolución número cincuenta y ocho, fojas trescientos treinta y cuatro, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria entre otros, declaró fundado la solicitud de sobreseimiento del proceso seguido contra Villalobos Alvarado, en el extremo de los delitos de colusión [por el hecho dos -en la etapa previa como en la ejecución del contrato-] y negociación incompatible [por el hecho dos -en la etapa previa al contrato-], en agravio del Estado; siendo apelada por la Procuraduría Pública Anticorrupción -ver fojas trescientos cuarenta y siete-, y concedida con efecto diferido, se admitió con resolución número cuatro del diez de diciembre del dos mil quince, a fojas novecientos cincuenta.

SEXTO. El dos de diciembre de dos mil catorce, se emite auto de enjuiciamiento contra Marco Antonio Villalobos Alvarado como autor del delito de negociación incompatible -en relación al contrato del uno de octubre de dos mil nueve, a la etapa de ejecución del contrato del ocho de marzo de dos mil diez, contrato del ocho de noviembre de dos mil diez, contrato del treinta de setiembre de dos mil diez, y dos contratos del treinta de setiembre del dos mil diez suscrito con Manuel Fernández Moreno-, declarándose saneada la acusación. Con acta de fojas seiscientos cuarenta y tres, se da inicio a la audiencia de juicio oral.

SÉPTIMO. El tres de setiembre de dos mil quince, el Primer Juzgado Unipersonal de Lima emite sentencia declarando, entre otros, a Marco Antonio Villalobos Alvarado autor del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; imponiéndole cuatro años y cinco meses de pena privativa de libertad, con lo demás que al respecto contiene; apelada por este a fojas ochocientos treinta y cinco, fue concedida a fojas novecientos treinta y seis.

II. Del trámite recursal en segunda instancia

OCTAVO. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, culminada la fase de traslado de las impugnaciones, mediante resolución del diez de diciembre del dos mil quince, de fojas novecientos cincuenta, emplazó a los sujetos procesales a fin que concurran a la audiencia de apelación contra la resolución número cincuenta y ocho.

NOVENO. Realizada la audiencia de apelación, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fojas novecientos sesenta y siete, del veinte de enero de dos mil dieciséis, que entre otros, resolvió: **i)** En cuanto al sobreseimiento

Ir al índice

impugnado, revocaron la resolución número cincuenta y ocho que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa de Villalobos Alvarado; reformándola la declararon infundada, debiendo continuarse el proceso, **ii)** En cuanto a la sentencia apelada: **a.** Declararon nula en parte la sentencia del tres de setiembre de dos mil quince, debiendo sustanciarse nuevo juicio oral, que deberá comprender a Villalobos Alvarado, por los extremos revocados del auto de sobreseimiento, **b.** Confirmaron la sentencia que condenó a Villalobos Alvarado como autor del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado, imponiéndole cuatro años y cinco meses de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene.

III. Del trámite del recurso de casación

DÉCIMO. Leído el auto de vista, la defensa de Marco Antonio Villalobos Alvarado interpuso recurso de casación, que fundamentó mediante escrito de fojas mil once, exponiendo las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Sostuvo que: **i)** Se determine cuáles son los efectos vinculantes que se desprenden del principio de jerarquía en la actuación fiscal, contenida en el artículo cinco del Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos- Ley Orgánica del Ministerio Público y su observancia por los jueces penales, **ii)** Se defina si en observancia del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal, la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y que quita legitimidad a dicha parte para interponer medio impugnatorio. **iii)** Se analice los tipos penales de los delitos de negociación incompatible y colusión desleal a fin de que interprete cada uno de sus elementos típicos y luego establezca si son excluyentes.

DÉCIMO PRIMERO. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró bien concedido el recurso de casación, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial de los siguientes puntos: **i)** Establecer una directriz sobre los casos de sobreseimiento que requieran necesariamente la doble conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Fiscal Superior; y, **ii)** 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; conforme se aprecia de los fundamentos décimo cuarto y décimo quinto de la Ejecutoria Suprema- calificación de casación del seis de junio de dos mil dieciséis, que obra a fojas noventa y tres del cuaderno formado en esta Suprema Sala.

DÉCIMO SEGUNDO. Producida la audiencia de casación veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asistan-, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día de la fecha, a horas ocho con treinta minutos de la mañana.

Ir al índice

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO. Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas noventa y tres del cuaderno formado en esta instancia, del seis de junio de dos mil dieciséis, el motivo de casación admitido es: **i)** Establecer una directriz sobre los casos de sobreseimiento que requieran necesariamente la doble conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Fiscal Superior. **ii)** 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.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

SEGUNDO. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, argumenta que: **i) Respecto al auto de sobreseimiento** -relación con el segundo hecho-, si bien el contrato que suscribe Hilda Milagros Miranda Bellota con el Director Ejecutivo del Patronato del Parque de las Leyendas, Alfonso Manuel Guevara Ocampo, el ocho de marzo de dos mil diez, y por tal hecho descarta la participación de Villalobos Alvarado en la etapa previa, pero no explica por qué no tendrían significancia los diversos acontecimientos de dicha etapa previa, señalados en la acusación, tales como: **a)** Que Villalobos Alvarado en su calidad de Gerente de Promoción y Desarrollo invitó a Miranda Bellota, en octubre de dos mil nueve, para ocupar un espacio de venta de golosinas, y que la iba a proponer como concesionaria a cambio de un monto de dinero a su favor como separación; es así que le solicita nueve mil soles para gestionar su contrato y que este sería por un total de treinta y nueve mil soles, llegando a cobrar el cheque por nueve mil soles. El Juzgado no hizo mayor análisis sobre la significación del cheque que recibió en la etapa previa, pudiendo ser a título de concertación y/o interés indebido para provecharse del cargo, y guarda relación con el contrato firmado el ocho de marzo de dos mil diez, **b)** Tampoco se evaluó que cuando ya había recibido dicha suma de dinero, propuso ante la Dirección Ejecutiva la suscripción de un contrato de prestaciones recíprocas con Miranda Bellota, **c)** A ello se agrega que esta última señaló haber entregado el día de la firma del contrato, treinta mil soles en efectivo a Villalobos Alvarado, situación que requiere una mayor explicación teniendo en cuenta la anterior entrega de los nueve mil soles, **d)** Asimismo, el auto impugnado es en relación a una acusación postulada por el Ministerio Público, y si bien el Fiscal Superior no manifestó mayor insistencia, no se trata de una doble conformidad, que sería el caso de un dictamen fiscal de sobreseimiento y una conformidad superior, **ii) Sobre los hechos imputados en juicio**, los cargos imputados al encausado están vinculados a seis contratos, en los que interuino en calidad de Gerente de Promoción y Desarrollo del Patronato del Parque de las Leyendas, donde tenía control de la ejecución de estos. En estos se advierte una modalidad común, el de interesarse con el objeto de inducir a que realicen la contraprestación con determinado proveedor del supuesto servicio (trabajo publicitario de banners, volantes o trípticos), siendo que quien recibía el dinero era el mismo funcionario o su cómplice, usando para darle más apariencia de que todo era formal, el nombre de la empresa VILLAESPO CONSTRUCTORES que figuraba con

Ir al índice

domicilio de la vivienda donde residió el acusado Villalobos Alvarado, siendo los socios de esta los subordinados de Villalobos Alvarado, los procesados Ricardo Alfredo Villarreal Carmen y Luiggui Espozzito Carreras. Sobre el primer hecho, se acreditó que existió un interés indebido de parte Marco Antonio Villalobos orientado a la ejecución de éste, de manera indebida en provecho de un tercero, pues conforme a la testigo Miranda Bellota, fue quien le indicó que depositara a nombre de Villarreal Carmen la suma de veinte mil dólares para que la empresa de éste, realice los bienes que eran objeto de contraprestación, habiendo depositado diecinueve mil quinientos dólares a éste, y la diferencia de quinientos dólares entregado a Villalobos Alvarado; asimismo, no se acreditó la entrega del bien publicitario por parte de la concesionaria. En cuanto al segundo hecho, contrato de fecha ocho de marzo de dos mil diez, el Juzgado Colegiado solo evaluó la participación del encausado en la ejecución del contrato, más no en la etapa previa, y siendo esta materia de impugnación y que la Sala recién está autorizando a proseguir el juicio respecto a esta etapa previa, corresponde tal extremo ser anulado y conocido en juicio por otro Juez. En cuanto al tercer contrato, el encausado Villalobos Alvarado fue quien indicó al concesionario Joaquín Enrique Serna Ortega requiera los servicios de la empresa VILLAESPO, porque trabajaba con el Parque de las Leyendas, llegando a pagar a dicha empresa veintinueve mil trescientos sesenta soles, mediante varios depósitos en el Banco Continental, siendo beneficiados con ello Villarreal Carmen y Espozzito Carrera, ambos relacionados a Villalobos Alvarado. En relación al cuarto hecho, contrato del treinta de setiembre de dos mil diez, actuó con el mismo interés indebido al igual que en el tercer contrato, así lo refiere la concesionaria Maritza Violeta Del Castillo Luna mediante carta dirigida a la Oficina de Control Interno del Parque de las Leyendas, que fue Villalobos Alvarado quien les hizo llegar una carta de parte de VILLAESPO CONSTRUCTORES S. A. C. dirigida al citado parque, donde no solo se cotizaba el banner que fuera objeto de su contraprestación, sino que además le señala un costo por el valor de veintitrés mil quinientos soles, y este le indicó que al final de la cotización estaba el número de cuenta de la empresa a donde debía hacer el depósito. Tampoco se verifica el cumplimiento de esta contraprestación. En cuanto al quinto hecho, que incluye dos contratos, con la misma concesionaria Manuela Fernández Moreno, el encausado Villalobos también tuvo intervención en la ejecución del citado contrato, se probó que fue él quien indicó a la concesionaria que para efectos de cumplir con la prestación a su cargo debía contratar los servicios de la empresa VILLAESPO; versión de la concesionaria que se encuentra acreditada con el vóucher del monto depositado, y un manuscrito del encausado conteniendo el nombre y número de cuenta de esta empresa.

III. Del motivo casacional

TERCERO: El primer motivo de casación admitido está referido a establecer una directriz respecto a si la decisión de sobreseimiento requiere necesariamente una doble conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Fiscal Superior sobre lo decidido por su inferior jerárquico; pues en el presente caso, en audiencia de apelación de sobreseimiento de fojas novecientos cincuenta y cinco, el Fiscal Superior, al momento de absolver el traslado fue de la opinión que se confirmara el sobreseimiento requerido por el encausado Villalobos Alvarado, contrario a lo requerido por el Fiscal Provincial en su acusación; (no obstante, la Sala Superior resolvió revocarlo indicando que no se trataba de una doble conformidad -ver fundamento cuarenta y tres-.

Ir al índice

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 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

Ir al índice

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[2].

DÉCIMO SEGUNDO. Así, en audiencia de apelación de sobreseimiento de fojas novecientos cincuenta y cinco, el Fiscal Superior -al momento de absolver el traslado- fue de la posición que se confirmara dicho sobreseimiento resuelto por el Juez de Investigación Preparatoria contrario a lo requerido por el Fiscal Provincial; no obstante, la Sala Superior resolvió revocarlo indicando que no se trataba de una doble conformidad porque el Fiscal Provincial requirió una acusación -fundamento cuarenta y tres-.

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 trasgresión 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".

2 ROXIN en: DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio. Ara editores, 1era. Edición, Lima. 2009, p. 114.

Ir al índice

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-,

3 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Casación N°413-2014- Lambayeque del 07 de abril de 2015, fundamento décimo séptimo.

4 SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. INPECCP-CENALES. Lima 2015, pág. 377.

Ir al índice

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 del 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 eso se trasgrede cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa. En 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.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Respecto a la observancia del artículo trescientos cuarenta y cinco del Código Procesal Penal, se tiene que el actor civil- Procuraduría Especializada en Anticorrupción no presentó oposición a la solicitud de sobreseimiento realizada tanto por el Fiscal Provincial en su requerimiento mixto, como por el procesado Villalobos Alvarado en audiencia de control; no obstante, apeló el auto de sobreseimiento, y esta fue concedida con efecto diferido, y admitida con resolución número cuatro del diez de diciembre del dos mil quince, a fojas novecientos cincuenta. Por lo que, no se advierte vulneración alguna al derecho al recurso de las partes, ni al principio de legalidad.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Marco Antonio Villalobos Alvarado, respecto del primer motivo casacional admitido -referido a establecer una directriz respecto a si la decisión de sobreseimiento requiere necesariamente una doble conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Fiscal Superior sobre lo decidido por su inferior jerárquico-; fijando como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos cuarto al décimo primero y décimo tercero de la presente sentencia.

II. NULA la resolución de vista emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, del veinte de enero de dos mil dieciséis, en el extremo que revocó la resolución número cincuenta y ocho, y declaró nula en parte la sentencia de primera instancia por los extremos revocados. Y **SIN REENVIO**, actuando como órgano de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la resolución número cincuenta y ocho que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa de Marco Antonio Villalobos Alvarado, en el extremo de los delitos de colusión [por el hecho dos -etapa previa y ejecución del contrato-] y negociación incompatible [por el hecho dos -etapa previa al contrato-], en agravio del Estado.

Ir al índice

III. INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa del sentenciado Marco Antonio Villalobos Alvarado, respecto del segundo motivo casacional admitido -referido a determinar si la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y, por tanto, carece de legitimidad para interponer medio impugnatorio-; fijando como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos décimo quinto al vigésimo primero de la presente sentencia.

IV. MANDARON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

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

S.S.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
HINOSTROZA PARIACHI
NEYRA FLORES

Ir al índice

FACULTAD DE IMPUGNACIÓN DEL ACTOR CIVIL SOBRE EL SOBRESEIMIENTO CASACIÓN N° 187-2016-LIMA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
FERNÁN GUILLERMO FERNÁNDEZ CEBALLOS[1]

1. Sumilla

La percepción del autor es que la presencia y actuación del actor civil dentro del proceso penal aún no es entendida por los actores. Desde su constitución como parte, participación en la investigación para construir la acción civil; postulación de su pretensión, actuación de prueba para lograr la reparación civil y hasta en el derecho a impugnar, se tiene diversos criterios en la interpretación o aplicación de sus derechos que vienen ocasionando distorsiones en la gestión del proceso penal.

La casación bajo comentario y otras que siguen similar línea, no coadyuvan a un entendimiento cabal de la acción civil en el proceso penal, por lo que, se hace necesario formular algunos comentarios orientados a fundar una nueva perspectiva de la posición impugnante del agraviado y del actor civil dentro del proceso penal.

2. Introducción

La Casación 187-2016-Lima analiza y decide sobre dos aspectos de orden procesal, *i) "El establecimiento de una directriz sobre los casos de sobreseimiento que requieran necesariamente la doble conformidad ante el pronunciamiento por parte del Fiscal Superior" y ii) "si la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y resta legitimidad para interponer un medio impugnatorio".*

En ese orden, realizaremos el análisis correspondiente, comentando algunos yerros en los que incurre la decisión y como se menciona, invitando al lector a ver de modo distinto la impugnación cuando ésta corresponde al agraviado o al actor civil.

3. Análisis y comentarios.

A diferencia de los Códigos Procesales o de Procedimientos Penales precedentes, el Código Procesal Penal de 2004, realiza un mejor tratamiento de la acción civil; sin embargo, también presenta algunas deficiencias y omisiones muy graves en la gestión de esta acción, que la judicatura tiene que suplir o complementar, vía interpretación, para decidir en justicia.

1 Juez Superior titular. Presidente de la Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Docente de la Universidad Católica San Pablo, Universidad Católica de Santa María y Academia de la Magistratura – sede Arequipa.

Ir al índice

Si bien convenimos en el fallo arribado por la sentencia casatoria, queremos dejar sentado distintos argumentos sobre la forma como acomete o funda sus consideraciones, que las desarrollaremos como "comentarios", para una distinta apreciación o perspectiva.

3.1. *Sobre el establecimiento de una directriz para los casos de sobreseimiento que requieran necesariamente la doble conformidad del Fiscal Superior.*

3.1.1. Primer comentario: Sobre el *"estatuto interno de los fiscales del Ministerio Público en todos sus niveles"* y *"el principio de jerarquía en la actuación fiscal"*.

El Decreto Legislativo 52 – Ley Orgánica del Ministerio Público, dado en un contexto histórico-temporal y procesal, distinto al actual, debe interpretarse dentro de un nuevo ámbito ideológico que importa y significa el Código Procesal Penal de 2004.

Esto significa, que sí el Ministerio Público actuaba como una parte privilegiada en el procesamiento penal sumario y ordinario anterior, en el nuevo ordenamiento procesal, su participación es distinta, sin privilegios, como una parte procesal más.

Sin embargo, la proactividad en la labor investigativa que le compete a esta institución y que exige un cambio en su propia organización y en la gestión de las causas penales que debe llevar a cabo sigue realizándose bajo el esquema anquilosado de su ley orgánica (1982).

Bajo el entendimiento que el Ministerio Público es una institución administrativa con funciones especiales (persecución del delito y de la reparación civil, esta última hasta donde le corresponda), que debe funcionar como un estudio jurídico del Estado encargado de la lucha contra el crimen o contra el delito (que se suma, en nuestro sistema, la reparación civil) verificamos que su accionar todavía se desenvuelve en aspectos burocráticos e ineficiencias procesales y organizativas que merman su accionar, por ello, es que consideramos que debe optimizarse su funcionamiento a través de mecanismos de gestión administrativa acordes con la labor constitucional y legal que le ha sido encomendada.

En esta línea de ideas, al interior del Ministerio Público se deben crear niveles de coordinación interna y jerárquica, para tratar los casos penales que evite la *"comunicación negativa"*, que se produce cuando una instancia decide diferente a la otra, como por ejemplo, en los casos de terminación anticipada acordada entre Fiscalía e investigado, que por alguna circunstancia accesoria se apela y en la instancia superior el fiscal de instancia señala que no está de acuerdo con la negociación realizada por el fiscal provincial o en los casos de sobreseimiento, donde la fiscalía provincial postula este requerimiento y ante una apelación, la instancia fiscal superior opina por la continuidad del proceso. Esta "*comunicación negativa*" debe evitarse porque afecta y distorsiona el sistema penal, así como la posición del Ministerio Público que debe ser única y no dual.

Siendo así, el *doble conforme* que significaría escuchar la posición que asumiría la superior instancia fiscal sobre el caso o incidencia, como exige la casación y otras decisiones similares, no resultan adecuadas para el contexto en el que debe actuar el Ministerio Público dentro del

Ir al índice

procesamiento penal actual, peor aún si resulta "obligatoria"; es decir, requiere la presencia de la fiscalía en la audiencia de revisión para que "opine" o exprese "algo" sobre la apelación, no obstante que esta parte no apeló, no expresó agravio alguno. Entonces, requerir su presencia es un acto inoficioso, un requisito procedimental no previsto en la ley, sin sentido y totalmente contrario a un modelo acusatorio que pondera la imparcialidad de los jueces.

3.1.2. Segundo comentario: *Sobre el principio acusatorio.*

El principio acusatorio establece que cada parte procesal cumple un rol o ejerce una función concreta y acotada. El Ministerio Público acusa. La defensa del acusado ejerce el derecho de resistencia. El actor civil postula su pretensión y el juez decide.

El principio acusatorio no privilegia la postura fiscal. No concede mayores prerrogativas al Ministerio Público en desmedro de las otras partes.

Siendo así no se justifica, bajo el pretexto de *"doble conformidad"* que se exija o de *"obligatoriedad"* a la presencia del Fiscal Superior a la audiencia de apelación de sobreseimiento para que *opine* sobre la impugnación, peor aún si el Ministerio Público, a través del Fiscal provincial y en su calidad de titular de la acción penal, postuló el sobreseimiento de la causa.

3.1.3. Tercer comentario: *El Ministerio Público defensor de la legalidad.*

Si bien en la Ley Orgánica del Ministerio Público se consideró tal expresión, ello no significa que bajo el amparo de la misma se justifique la participación oficiosa de la fiscalía superior en la audiencia de apelación donde se ha de decidir la impugnación del actor civil.

En principio, dentro de un orden constitucional y de derecho, todos los actores dentro del proceso penal son defensores de la legalidad, no sólo el Ministerio Público, sino la defensa y la judicatura, en tal sentido, tal afirmación ha perdido especialidad o preferencia hacia uno sólo de los actores, perteneciendo a la totalidad de los mismos.

En segundo lugar, no se está observando que la participación del actor civil está en relación al extremo civil y no penal, por tanto, ¿Cuál es la participación del Ministerio Público en una audiencia donde no se va a discutir la acción penal? Si el Ministerio Público perdió legitimidad sobre la acción civil, cuando el agraviado se constituyó en actor civil ¿Cuál es su participación en una audiencia de apelación donde no tiene ninguna pretensión, ni agravio? Siendo que las respuestas se orientan a señalar que no interesa al Ministerio Público la participación en estas audiencias, entonces, no se encuentra justificación, ni razón, que la judicatura suprema insista en convocarlos a esta audiencia, más aún con obligatoriedad.

Estimamos que es un error de concepción sobre la autonomía de la acción civil en el procesamiento penal que deriva del comentario siguiente.

Ir al índice

3.2. *Sobre la oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento y la facultad de impugnar del agraviado y del actor civil.*

3.2.1. Cuarto comentario: *La apelación del agraviado y del actor civil, en el caso de sobreseimiento y sentencia absolutoria.*

El artículo 95.1.d) del Código Procesal Penal, faculta al agraviado apelar del sobreseimiento y de la sentencia absolutoria, sin embargo, esta norma debe interpretarse sistemáticamente con otras normas del propio Código para evitar que una aplicación automática o *ad literam* de la misma ocasione distorsiones al sistema, como se viene postulando en la casación bajo comentario.

3.2.1.1. Para este efecto, debemos tener presente algunos aspectos que nos permitirá realizar distinciones sobre la posición del agraviado y del actor civil respecto del sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

a) El fundamento 24 del Acuerdo Plenario 5-2008, precisa que en el proceso penal se produce una acumulación heterogénea de acciones[2]. En el proceso penal hacen presencia la acción penal y la acción civil. Ambas con elementos comunes, pero también diferenciadores[3], esto significa que si bien, las dos acciones nacen de los hechos: del hecho ilícito penal y del hecho ilícito civil. La construcción de cada acción exige particularidades o elementos estructurales similares y a su vez diferentes. La acción penal exige que el hecho sea típico, antijurídico y culpable. La acción civil exige que el hecho ocasione un daño, existiendo nexo causal, antijuricidad y factor de atribución.

b) El artículo 101 del Código Penal, establece que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

c) El artículo 407.2 del Código Procesal Penal, faculta al actor civil impugnar sólo el extremo civil de la decisión.

d) El artículo 257.2 del Código Procesal Penal, sólo permite al actor civil y al tercero civil impugnar las medidas cautelares patrimoniales que afecten su derecho a la reparación civil.

---

2 Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, **Fundamento 24.** Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional –más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal- se produce una **acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil**, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal –con los alcances y excepciones que la ley establece-, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

3 Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, **Fundamento 7.** La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil.

Ir al índice

e) Finalmente, después de mantener el suscrito durante años la posición que el Ministerio Público, legitimado extraordinario de la acción civil y el propio actor civil, debieran presentar una demanda civil, el primero conjuntamente con la acusación y el segundo, de manera autónoma, cuando concluya la investigación preparatoria, el último Acuerdo Plenario de la Corte Suprema No. 04-2019/CIJ-116, ha coincidido con nosotros[4].

3.2.1.2. En consecuencia, desarrollando el contenido de las normas y acuerdos precedentes, debemos dejar bien en claro que corresponde al Ministerio Público:

i) La investigación objetiva y construcción de las dos acciones (penal y civil) dentro del procesamiento penal.

ii) La postulación (acusación y demanda civil) o no postulación (sobreseimiento y no postulación de demanda civil), de ambas acciones.

iii) La participación impugnativa del agraviado se activa cuando no se postula la pretensión civil a cargo del Ministerio Público, o cuando el Juez de Investigación Preparatoria declara inadmisible la demanda postulada por el Ministerio Público, o cuando el juez de juzgamiento declara infundada la demanda civil, o fija un monto diminuto, en el caso de sentencia absolutoria, y

iv) La participación del actor civil se habilita desde su constitución, en la construcción de la acción civil, la postulación de la misma y la acreditación que debe realizar de ésta en el juicio. La facultad impugnativa sólo opera cuando se desestima la pretensión civil o esta resulta diminuta.

v) No es permitido al agraviado, ni al actor civil pronunciarse o impugnar el objeto penal del procesamiento, porque no tienen legitimidad en esta acción (penal).

3.2.1.3. *Participación del Ministerio Público y agraviado, ante un pedido de sobreseimiento.*

Cuando el Ministerio Público postula requerimiento de sobreseimiento, tiene que hacer lo propio respecto de la pretensión civil, es decir, decidir si postula o no demanda civil. Producida la decisión correspondiente se podrían activar las conductas impugnativas del agraviado y actor civil, si así lo decidieran.

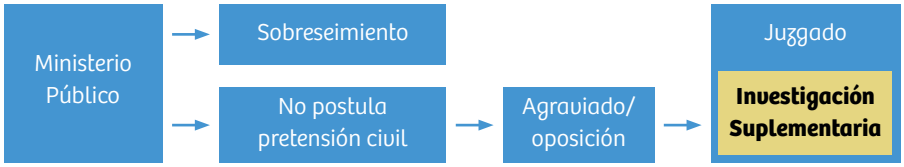
a) El agraviado puede solicitar se realice una investigación suplementaria, conforme al artículo 345.2 del CPP, justificando qué elemento de investigación debe actuarse para la construcción de la acción civil. La apelación debe estar orientada a lograr esta ampliación que permita elaborar y sustentar la reparación civil.

4 Posición postulada en sendas resoluciones por el colegiado de la Segunda y Cuarta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, integrada por los ss. Sandra Lazo de la Vega Velarde, Orlando Abril Paredes y el suscrito.

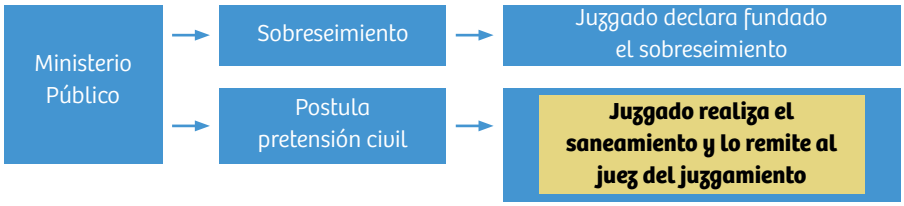
Ir al índice

El agraviado no puede solicitar una investigación suplementaria para la acción penal porque no tiene legitimidad para hacerlo. El titular de la acción penal es el Ministerio Público.

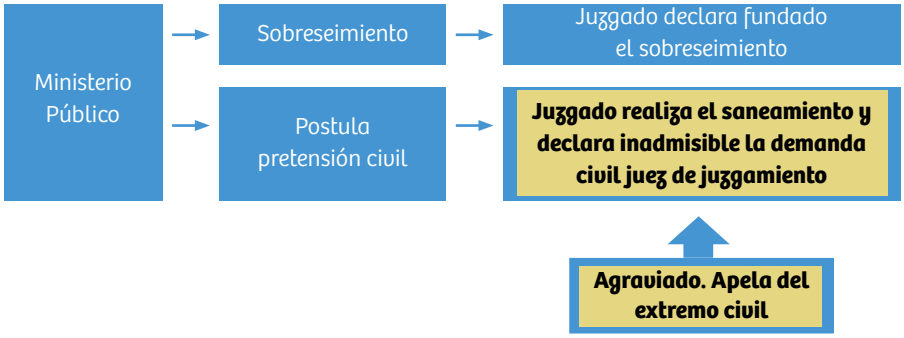
Esta variable exige que el Ministerio Público se pronuncie **expresamente** respecto a si postula o no la pretensión civil.



b) Ante el pedido de sobreseimiento y postulación de la pretensión civil por el Ministerio Público, conforme lo prevé el artículo 12.3 del Código Procesal Penal. El agraviado ve resguardada su pretensión y será en el juicio que acredite la reparación civil.



c) Ante el pedido de sobreseimiento y postulación de la demanda civil, donde se funda el sobreseimiento y no se admite o rechaza la demanda interpuesta. El agraviado puede apelar del extremo desestimatorio de la demanda.

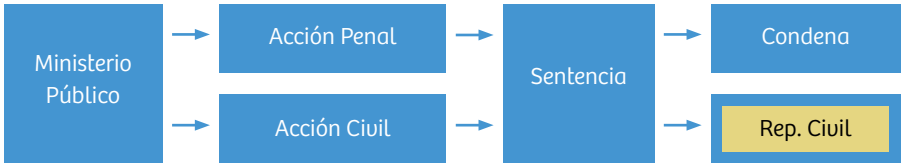


3.2.1.4. *Participación del Ministerio Público y agraviado, ante una sentencia absolutoria.*

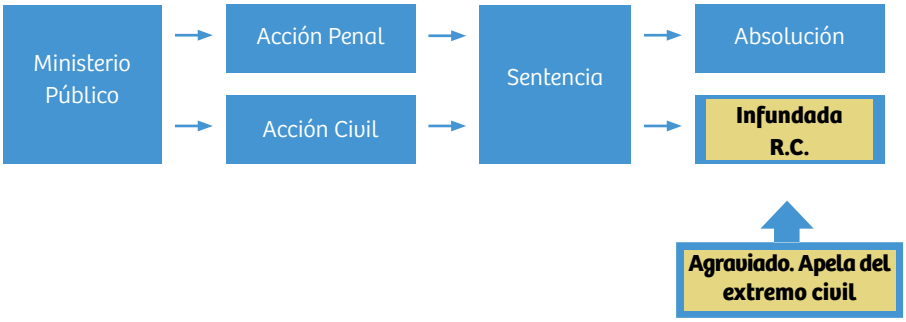
Cuando en sede de juzgamiento se decide la situación penal y civil del acusado-demandado, el agraviado puede impugnar en los casos siguientes:

Ir al índice

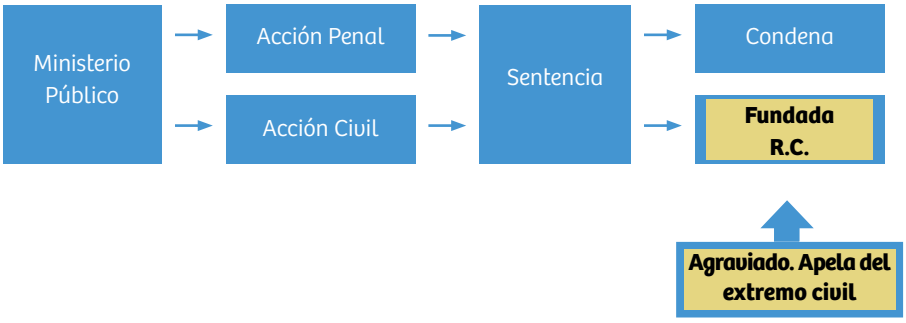
a) Si se produjera condena y reparación civil, el agraviado no está facultado para apelar.



b) Si se produjera absolución e infundabilidad de la pretensión civil (por ausencia de daño, antijuricidad, nexo causal, etc.), el agraviado está facultado para apelar de la desestimatoria.



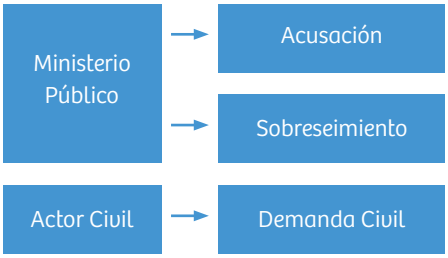
c) Si se produjera absolución y fundabilidad de la pretensión civil, el agraviado podría apelar para el incremento del monto indemnizatorio.



3.2.1.5. *Participación del actor civil en los casos de sobreseimiento y sentencia absolutoria.*

Al concluir la investigación preparatoria, corresponde al actor civil postular la pretensión civil o demanda civil de manera independiente a la postulación acusatoria o de sobreseimiento del Ministerio Público. Le es indiferente al actor civil que la fiscalía formule acusación o sobreseimiento, porque la pretensión civil es autónoma a la acusatoria (penal).

Ir al índice



En cuanto a la facultad impugnatoria del actor civil, **conforme el artículo 407.2 del CPP, sólo puede apelar del extremo civil**, en cualquiera de estas variables:

a) El Ministerio Público plantea sobreseimiento. El actor civil postula pretensión civil y es declarada inadmisible. *El actor civil apela.*

b) El Ministerio Público plantea sobreseimiento. El actor civil postula pretensión civil, el juzgado sanea la pretensión y remite lo actuado al juez de juzgamiento. *El actor civil no impugna porque es de su interés que se ventile en juicio su pretensión.*

c) Planteadas y saneadas las pretensiones penal y civil. Culminado el juzgamiento. Se decide por la **absolución** y se declara **infundada la pretensión civil**. *El actor civil apela de este extremo.*

d) Planteadas y saneadas las pretensiones penal y civil. Culminado el juzgamiento. Se decide por la **absolución** y se declara **fundada la pretensión civil**, señalándose un monto por el daño producido. *El actor civil apela del monto asignado como reparación civil, si es de su interés.*

e) Planteadas y saneadas las pretensiones penal y civil. Culminado el juzgamiento. Se decide por la **condena** y se declara **fundada la pretensión civil**, señalándose un monto por el daño producido. *El actor civil apela del monto asignado como reparación civil, si es de su interés.*

f) Planteadas y saneadas las pretensiones penal y civil. Culminado el juzgamiento. Se decide por la **condena** y se declara **infundada la pretensión civil**. *El actor civil apela del extremo que desestima la demanda.*

4. Conclusiones.

4.1. El Ministerio Público es una organización administrativa con fines constitucionales y legales que debe adecuarse al nuevo rol que le asigna el modelo acusatorio, ello implica asumir un solo posicionamiento en el proceso. No puede validarse el funcionamiento de estructuras organizativas internas que responden a otros tiempos y convalidándola o haciéndola realidad a través del *doble conforme.*

Ir al índice

4.2. El Ministerio Público cuando postula el sobreseimiento, debe hacer lo propio respecto de la pretensión civil, validando así la facultad impugnativa del agraviado prevista en el artículo 95.1.d) del CPP que concordada con el artículo 407.2 del CPP, se constriñe sólo al extremo civil.

4.3. La facultad impugnativa del agraviado, que no es parte en el proceso penal, no puede sobrepasar o exceder la facultad que concede el artículo 407.2 del CPP al actor civil, que lo constriñe a apelar sólo del extremo civil. No puede entenderse que a quien no es parte en el proceso se le permita cuestionar el objeto penal y a quien sí lo es no se le admita, además, que nuestro sistema procesal penal no admite ni considera la posición del querellante particular que asume posición acusatoria (El autor sólo lo ha advertido en República Dominicana).

4.4. No puede consentirse, menos obligarse al Fiscal Superior a participar en una audiencia de apelación donde se va a debatir y decidir una impugnación que no postuló y respecto de la cual no tiene ningún agravio. La judicatura no puede exigir la presencia en audiencia de una parte que no tiene interés, ni legitimidad para discutir una apelación no instada.

5. Parte Resolutiva

La sentencia de Casación 187-2016 declaró fundado el recurso de casación postulado por la defensa del acusado *"[...] referido a establecer una directriz respecto a si la decisión de sobreseimiento requiere necesariamente una doble conformidad ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Fiscal Superior sobre lo decidido por su inferior jerárquico [...]"* e infundado sobre el segundo motivo del recurso de casación respecto a *"[...] determinar si la falta de oposición de las partes a un pedido de sobreseimiento constituye una aceptación tácita del mismo y, por tanto, carece de legitimidad para interponer medio impugnatorio [...]".*

6. Comentario final.

Considero que el modelo acusatorio es una ideología de procesamiento judicial que engloba ideas-fuerza orientadas a instrumentar o gestionar un proceso penal eficiente, con pleno respeto de los derechos fundamentales.

Dentro de este contexto, exige que cada actor cumpla a cabalidad sus funciones o roles operativos en igualdad, sin recibir privilegios de la ley o de la judicatura. Ello obliga, conforme a los comentarios a la casación y en el caso de impugnación del agraviado o actor civil, que se respete las razones por las que los sujetos o partes procesales se encuentran en el proceso penal, no concediendo atribuciones o creando condiciones o requisitos, vía interpretación, que no tienen, ni se corresponden con un modelo procesal que recién se viene implementando y/o consolidando y que por tal razón, merece que se desarrolle sin distorsiones.

Ir al índice

02

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SEGUNDA SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N.° 392-2016 AREQUIPA

IMPUTACIÓN NECESARIA

Sumilla: La falta de imputación necesaria, no es un supuesto para amparar una excepción de improcedencia de acción. Se trata de un vicio procesal que debe subsanarse en la audiencia de control de la acusación fiscal, pero no convierte a la conducta imputada, en atípica. En consecuencia, se anula todo lo actuado y se ordena una nueva audiencia de control de la acusación fiscal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, doce de setiembre de dos mil diecisiete. –

VISTOS; en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE LIQUIDACIÓN - AREQUIPA, contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revoca la sentencia de primera instancia, en el extremo que declara al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absuelve del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Islay, emitió requerimiento acusatorio contra FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales K.P.S., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y tres mil soles por concepto de reparación civil, a favor de dicha agraviada.

Ir al índice

SEGUNDO: Realizado el control de la acusación fiscal – fojas cincuenta y cuatro –, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas cincuenta y cinco. El inicio del juicio oral se produjo el ocho de setiembre de dos mil quince – fojas trece –. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el quince de setiembre del mismo año – fojas quince –. El diecisiete de setiembre de dos mil quince, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, emitió la sentencia de fojas diecinueve a veintinueve, condenando al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de Violación Sexual de menor de edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales K.P.S., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de tres mil soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: Contra la sentencia condenatoria, el sentenciado FERNANDO FRANCISCO SOSA APAZA interpuso recurso de apelación – fojas treinta y seis –; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas cuarenta y tres, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de fojas cincuenta y nueve, señaló fecha de audiencia de apelación el día ocho de marzo, reprogramado para el dieciséis de marzo de dos mil dieciséis. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia. Compareció el señor Fiscal Superior de la Primera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, así como el abogado defensor del sentenciado Fernando Francisco Sosa Apaza. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

I) Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuestas; y,

II) Del lado de la defensa, se destacó que el Ministerio Público en ningún momento refirió el término "pene" para sustentar su acusación; sin embargo, el Colegiado asume un rol acusatorio e introduce dicho término, contraviniendo el principio acusatorio adversarial e igualdad de armas. No se introduce el supuesto exigible (pene, dedo u otro análogo). Ha existido ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo. En consecuencia, no existe imputación concreta.

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, resolvió: **Revocar** la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absolvió del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S., ordenándose el archivo definitivo de la causa.

QUINTO: De la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

Ir al índice

Sentencia de Primera Instancia

A. El acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales K.P.S., se acreditó con el Certificado Médico Legal N.° 001600-G, cuyo diagnóstico fue: *"presenta Himen desflorado".*

B. La sindicación directa, persistente, coherente y sólida de la menor agraviada de iniciales K.P.S.

C. Respecto a la falta de imputación necesaria, acotó: *"si bien el Ministerio Público no ha indicado el objeto con el cual se habría cometido el delito (...) se infiere que el objeto introducido es el pene en la vagina de la agraviada, pues dentro del lenguaje que maneja una menor de doce años, sólo es posible configurar el término -relaciones sexuales- el ingreso de pene en la vagina".*

Sentencia de Vista

D. La excepción de improcedencia de acción procede: ***"...a) cuando el hecho denunciado no constituye delito; esto es, que dicha conducta no esté prevista como ilícito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta) o que no se adecúe a la hipótesis típica de una disposición penal prexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa) ...".***

E. La imputación debidamente formulada posibilita a las partes ejercer su derecho de defensa, debiendo exigirse una afirmación clara, precisa y circunstanciada del hecho fáctico, esto es, una descripción de todas las situaciones de la forma como se desarrollaron los hechos (imputación necesaria).

F. Si bien la acusación reúne los requisitos del primer elemento: *"...tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal..."*; sin embargo, en los elementos fácticos se omite definir el segundo elemento del tipo penal, es decir, qué objetos o partes del cuerpo introdujo el acusado en la vagina de la menor agraviada. Es imperativo que el Ministerio Público haya precisado ello, pues solo así la parte procesada conocerá con claridad los cargos postulados.

G. El Ministerio Público no cumplió con postular acabadamente hechos que comprendan todos los elementos que reclama el artículo 173 primer párrafo, numeral 2, del Código Penal. Los hechos atribuidos no constituyen delito, al presentarse una causal de atipicidad relativa.

§. DEL RECURSO DE CASACIÓN. -

SEXTO: El señor Fiscal Superior, a fojas noventa y ocho, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, que Revocó la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado

Ir al índice

Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absolvió del aludido delito, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S., ordenándose el archivo definitivo de la causa. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales 3), 4) y 5), del Código Procesal Penal. El recurso fue concedido por resolución de fojas treinta y tres del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal.

SÉTIMO: Este Tribunal de Casación mediante Ejecutoria Suprema de quince de agosto de dos mil dieciséis, obrante a folios treinta y tres en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por las causales previstas en el artículo 429°, numerales 3) y 5), del Código adjetivo acotado. El inciso 3 señala: *"Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación"*. Luego, el inciso 5 prescribe: *"Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional"*. Dicho recurso fue declarado inadmisible por la causal prevista en el inciso 4°, del artículo 429° del Código Procesal Penal. En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

A. Errónea interpretación del artículo 6° literal b) del Código Procesal Penal (Excepción de Improcedencia de Acción).

B. La inaplicación (falta de aplicación) del numeral 2° del artículo 173 del Código Penal; y,

C. Apartamiento de la doctrina jurisprudencial: Recurso de Nulidad N.° 956-2011-Ucayali (fundamento VI y VII), Acuerdo Plenario N.° 2-2012 (fundamento 11); Casación N.° 388-2012-Ucayali (fundamento 3); Recurso de Nulidad N.° 265-2012-Cajamarca (fundamento 3).

OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación –cargo de fojas cuarenta y dos, en el cuadernillo supremo–, se expidió el decreto de fojas cuarenta y nueve en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el veintitrés de agosto de dos mil diecisiete.

NOVENO: La audiencia de casación se realizó sin la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el doce de setiembre de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DÉCIMO: La Fiscalía Superior impugnante, considera que el término "relaciones sexuales", si bien puede englobar una naturaleza muy diversa de actos sexuales; sin embargo, es suficiente para afirmar la tipicidad del hecho imputado. La referencia genérica al término "relaciones

Ir al índice

sexuales", puede implicar en abstracto la posibilidad de que el imputado tenga problemas para ejercer una determinada línea de defensa; sin embargo, ello ya no es una cuestión sustantiva de atipicidad, sino más bien, una cuestión procesal relacionada con el derecho de defensa y la falta de precisión de los cargos. Asimismo, sostiene que se absolvió al acusado, Sosa Apaza, del delito de violación sexual de menor de edad, previsto en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, sin que exista algún supuesto de atipicidad relativa. Por último, precisó que la Sala Superior se apartó de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará los aspectos que se proponen en la casación.

DÉCIMO PRIMERO: El Colegiado Superior, para absolver al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, tuvo como fundamento, uno de los supuestos de la excepción de improcedencia de acción: *atipicidad relativa.* Asimismo, señaló que para el caso, era evidente la falta de precisión de los cargos, específicamente que el Ministerio Público no indicó, con qué objeto o parte del cuerpo se produjo la violación sexual a la menor agraviada, procediendo luego a desarrollar el principio de imputación necesaria. Finalmente, absolvió de los cargos al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, vinculando la naturaleza de la Excepción de Improcedencia de Acción con el principio de imputación necesaria; concluyendo que los hechos postulados por el Ministerio Público no constituyen delito por omisión fáctica.

DÉCIMO SEGUNDO: Es patente que la Sala Superior confundió el tratamiento jurídico de una Excepción de Improcedencia de Acción, con el principio de imputación necesaria. Esta situación obliga a esta Corte de Casación definir cada uno de ellos. El artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal de 2004, regula el instituto procesal de la improcedencia de acción. La referida excepción es un medio de defensa contra la acción penal que procede, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. La improcedencia de acción, por tanto, comprende dos supuestos; el primero, relacionado a todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una casa de justificación; y un segundo supuesto, que hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

DÉCIMO TERCERO: La alusión a que el hecho denunciado no constituya delito, comprende dos supuestos: **a)** que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta imputada no concuerda con ninguna de las descritas en la ley penal. No es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, por lo que estaríamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación directa; y, **b)** que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente, invocada en la investigación o acusación fiscal, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento del tipo: sujeto -activo y pasivo-, conducta -elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto -jurídico y material-, por lo que en estos casos se estaría frente a un caso de atipicidad relativa, por falta de adecuación indirecta.

Ir al índice

DÉCIMO CUARTO: De otro lado, es de relievar que el artículo 159 de la Constitución Política del Perú, 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 imputación necesaria, como una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal (art. 2.24 "d" y 139.14 de la Constitución). La imputación necesaria, en palabras de CÁCERES JULCA[1] consiste en que: *"la imputación es la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo, referido al pasado, que permite afirmar a negar en cada caso o agregar otros hechos que conjuntamente con los afirmados, amplíen, excluyan o aminoren la significancia penal."* JULIO MAIER[2] se refiere al principio de la imputación necesaria en los siguientes términos: *"La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal. (...) La imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento –que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y la proporcione su materialidad concreta."*

DÉCIMO QUINTO: Definido los conceptos sobre la naturaleza de la Excepción de improcedencia de acción y el principio de imputación necesaria; se puede apreciar, que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, confundió los conceptos de ambas instituciones. En efecto, si bien es cierto en la imputación del Ministerio Público faltó precisar el objeto o parte del cuerpo del acusado, con el que se produjo la violación sexual en agravio de la menor de iniciales K.P.S.; sin embargo, esta falta de precisión, tiene relación con el déficit de imputación necesaria, por omisión fáctica del objeto o parte del cuerpo utilizado para violentar la indemnidad sexual de la menor agraviada. El defecto antes descrito, no puede ser dilucidado mediante una excepción de improcedencia de acción; toda vez que no estamos ante un caso de atipicidad relativa -como ha considerado el Tribunal Superior-, que supone la inexistencia de algún elemento del tipo penal del delito de violación sexual de menor de edad; como el sujeto activo o los elementos descriptivos o normativos del tipo. Todos los elementos preexisten; lo que ocurrió fue que se omitió precisar la parte del cuerpo que el acusado introdujo en la vagina de la agraviada. Esta omisión, que no es sinónimo de inexistencia, debió ser corregida o subsanada con las herramientas procesales que contempla el Código Procesal Penal; y no mediante una excepción, de oficio, que extingue la acción penal. La falta de imputación necesaria no significa la ausencia o inexistencia de algún elemento del tipo penal; por lo que no puede equipararse con la excepción de improcedencia de acción. La Sala Penal de Apelaciones, interpretó erróneamente el artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal, al considerar que la falta de imputación necesaria es un supuesto para amparar la excepción de improcedencia

1 CÁCERES JULCA, Roberto. "Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción". Grijley, Tomo 10, p. 137, Lima, 2008.

2 MAIER, JULIO B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Editores del Puerto, Vol. I, p. 317 y 318, Buenos Aires, 2000.

Ir al índice

de acción. En tal virtud, la causal de errónea interpretación de la ley procesal penal, debe estimarse.

DÉCIMO SEXTO: De otro lado, se ha inaplicado el artículo 173° inciso 2, del Código Penal, toda vez que la interpretación errónea del artículo 6, literal b) del Código Procesal Penal, en que incurrió la Segunda Sala Penal de Apelaciones, impidió la evaluación del fondo de la controversia, sea para confirmarla o revocarla. En consecuencia, la causal por inaplicación de la ley penal debe ampararse.

DÉCIMO SÉTIMO: En relación al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República; la sentencia de vista no ha tenido en consideración la línea jurisprudencial seguida por la Corte Suprema, respecto al principio de imputación necesaria. La doctrina jurisprudencial, al respecto, señala que cuando hay falta de imputación necesaria, se incurre en causal de nulidad de actuados, mas no procede la excepción de improcedencia de acción. Así: ***a)*** Recurso de Nulidad N.° 956-2011-Ucayali emitido por la Sala Penal Permanente -Fundamento 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(…)"*; ***b)*** Recurso de Nulidad N.° 265-2012- Cajamarca emitido por la Sala Penal Permanente -Fundamento III, 3.3- 3.4- *"Se aprecia que el representante del Ministerio Público se limitó a formular una descripción de los hechos como consecuencia de las investigaciones realizadas; sin haber establecido concretamente la imputación fáctica de los encausados(…)la sentencia materia de grado debe ser anulada, disponiéndose que previo a un nuevo juzgamiento, se devuelvan los autos al Fiscal Provincial (…)."*; ***c)*** Casación N.° 388-2012-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente - Fundamento III, 3.1-: *"El Tribunal está siempre en capacidad, por vía de control, de exigir al representante del Ministerio Público un nivel mínimo de coherencia…así como respecto al principio de imputación necesaria –concreta y completa- a cuyo fin podrá solicitar las aclaraciones que el caso lo exija, sin que ello importe la fundabilidad de una excepción de improcedencia de acción, sino por el contrario solo la subsanación que el caso lo amerite(…)"*; ***d)*** Acuerdo Plenario N.° 2-2012 -Fundamento11-: *"El incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integra los cargos penales"; es (…) exclusiva y limitadamente correctora-disponer la subsanación de la imputación(…)".*

DÉCIMO OCTAVO: Finalmente, si bien el presente recurso de casación ha sido dirigido contra la sentencia de vista, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; sin embargo, el vicio procesal (falta de imputación necesaria) se produjo a nivel del Juzgado de Primera Instancia al no advertirlo en la audiencia de control de la acusación fiscal; por lo que, tanto la sentencia de vista así como la sentencia de primera instancia son nulas, por cuanto se han inobservado las garantías constitucionales del debido proceso (principio de imputación necesaria, tutela jurisdiccional efectiva); en consecuencia, es de aplicación el artículo 150, inciso d) del Código Procesal Penal.

Ir al índice

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE LA PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE LIQUIDACIÓN - AREQUIPA, contra la sentencia de vista de fojas setenta y seis a ochenta y tres, de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revoca la sentencia de primera instancia, en el extremo que declara al acusado Fernando Francisco Sosa Apaza, autor del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, y reformándola, lo absuelve del aludido delito, previsto en el artículo 173, numeral 2, del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales K.P.S. En consecuencia, y con **REENVÍO: DECLARARON NULA** la sentencia de vista de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis obrante de fojas setenta y seis a ochenta y tres emitida por la Segunda Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; **NULA** la sentencia del Juzgado Colegiado de diecisiete de setiembre de dos mil quince de folios diecinueve a veintinueve y, **NULO** todo lo actuado a partir de la audiencia de control de la acusación fiscal; **MANDARON** que el Juez Penal de Investigación Preparatoria realice una nueva audiencia de control de acusación, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente sentencia casatoria; **DISPUSIERON** dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas, por licencia de la señora Jueza Suprema Pacheco Huancas.-

SS.
HINOSTROZA PARIACHI
SEQUEIROS VARGAS
FIGUEROA NAVARRO
CEVALLOS VEGA
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA Y LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN: LA IMPRECISIÓN DE CARGOS NO CONVIERTE LA CONDUCTA DEL IMPUTADO EN ATÍPICA CASACIÓN N° 392-2016-AREQUIPA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
PAUL ANTONIO RUIZ CERVERA[1]

1.- Sumilla

El principio de imputación necesaria, dentro del proceso penal, es una de las garantías más importantes derivadas del debido proceso. Su contenido esencial exige la descripción detallada del suceso fáctico que configuraría el supuesto ilícito penal imputado. La existencia de una imputación defectuosa o vaga no califica a la conducta atribuida como atípica porque las imprecisiones del presunto acto ilegal no son determinantes para la configuración del hecho criminal. En virtud de ello, es imposible amparar una excepción de improcedencia de acción bajo la premisa de existir una imputación imprecisa o genérica, pues dicha institución es un mecanismo de defensa que tiene como finalidad atacar la relevancia penal de la conducta imputada mas no la subsanación del hecho vagamente descrito.

2.- Introducción:

En el mundo de lo jurídico los hechos son de vital importancia para resolver un determinado caso. Así, por ejemplo, en el ámbito penal sin la fijación de un suceso fáctico es imposible verificar si la conducta denuncia configura o no un delito.

Lo antes señalado tiene su fundamento en el principio de legalidad, garantía que se encuentra consagrada en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución. En dicha norma constitucional señala textualmente que: *"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".*

En ese sentido, es necesario contar con un determinado hecho que nos permita identificar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal imputado, pues es la única forma de determinar si la conducta atribuida tiene o no relevancia penal. No obstante, también es importante tener muy en claro que la imprecisión en los hechos imputados no convierte el comportamiento atribuido en atípico.

Lo mencionado responde válidamente a la naturaleza misma de las garantías procesales que

1 Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Socio fundador del Estudio Villavicencio, Ruiz & Mellarez Abogados, especialista en derecho penal y con estudios de maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta, además, con una formación en Destrezas en Litigación Oral por el Centro "Acceso Capacitación" de la California Western School of Law – San Diego.

Ir al índice

se ponen en juego durante la tramitación del proceso penal. Por ello, cuando una conducta imputada presenta una descripción genérica o vaga es importante entender que se afecta el principio de imputación necesaria y no el principio de legalidad, el cual tiene dentro de sus funciones determinar si una conducta es o no reprochable penalmente.

Para entender un poco porque lo señalado con anterioridad tiene una validez jurídica es importante tener en claro que, al hablar sobre el principio de imputación necesaria, ello, se hace en razón de la garantía procesal de tomar conocimiento claro de los hechos que son objeto de imputación penal, mas no de la verificación específica de si la conducta atribuida tiene o no relevancia penal.

Si nos centramos en la naturaleza jurídica del principio de imputación necesaria podremos entender que su contenido esencial responde básicamente a una trilogía de garantías constitucionales, como son[2]: *el principio de legalidad (art. 2.24.f[3] de la Const.), motivación (art. 139.5[4] de la Const.) y defensa del imputado (art. 139.14[5] de la Const.).*

De la interpretación conjunta de dicha trilogía se desprende el contenido esencial del principio de imputación necesaria el cual se materializa en la exigencia constitucional de que toda actividad estatal debe estar debidamente motivada y fundada bajo los alcances del principio de legalidad, ello, con el fin de evitar acciones arbitrarias y caprichosas por parte del Estado. En ese contexto, el principio de imputación necesaria obliga a la Fiscalía a precisar de forma clara y detallada los fundamentos que motivaron el inicio de una persecución penal, la formalización de la investigación preparatoria o la acusación penal[6].

Para garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y la libertad del imputado, dentro de un proceso penal, es necesario contar con una actuación Fiscal motivada, que permita al imputado conocer claramente el sustento fáctico que justifica el ejercicio de la acción penal de parte del Estado.

En esa misma línea argumentativa la Corte Suprema de Justicia en la CASACIÓN Nº 375-2011 del 18 de junio del 2013 de la Sala Penal Permanente, ha sostenido que: *" [...] debemos subrayar que, tan pronto como la actividad estatal destinada al esclarecimiento de un hecho ilícito se direcciona respecto de una persona concreta, aun antes de que respecto*

---

2 Cfr. Recurso de Nulidad N° 956-2011-UCAYALI del 21 de marzo de 2011, FJ Tercero punto II de la parte Considerativa, p. 16.

3 **Artículo 2.-** "*Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".*

4 **Artículo 139.-** "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 5. 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".*

5 **Artículo 139.-** "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 14. 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 [...]".*

6 Cfr. CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS. *El derecho a ser informado. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008.* Fondo Editorial PUCP. p. 190.

Ir al índice

de ella se formule una declaración formal o una orden de restricción de derechos, habrá un imputado; debiendo dicho direccionamiento producirse sobre una base razonable; en efecto, la restricción de los derechos del imputado exige un cierto grado de concreción de la imputación, la que deberá ser externalizada y motivada".

Entender que la exigencia constitucional de ser informado de los fundamentos fácticos que sustentan la actividad estatal es un principio esencial del proceso penal, es comprender que el principio de imputación necesaria es una garantía transversal que limita el ius puniendi del Estado al inicio y durante la tramitación del proceso penal.

Debe tenerse en cuenta, además, que el principio en mención no solo garantiza una actuación del Ministerio Público motivada y dentro del marco de la ley, sino que también garantiza frente al juzgador la imparcialidad de sus decisiones[7].

El principio de imputación necesaria encuentra su materialización práctica en el derecho fundamental a ser informado de la imputación. Y, cuando se hace alusión al contenido esencial del derecho fundamental de ser informado de la imputación este tiene que ser desarrollado dentro de los mismos alcances jurídicos del principio de imputación necesaria, pues es en base a dicho principio que encuentra su vigencia.

El derecho a ser informado de la imputación tiene su sustento constitucional en el artículo 139° incisos 14 y 15 de la Constitución ya señalados. Asimismo, y en mérito a una interpretación sistemática y *pro homine*[8], se tiene, además, lo señalado por el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en donde se precisa que *"toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra".*

En el plano internacional se encuentra consagrado en el artículo 7° inciso 4[9] y 8° inciso 2 parágrafo b[10] de la Convención Americana de Derecho Humanos y, el artículo 9 inciso 2[11] y el artículo 14 inciso 3 parágrafo a[12] del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

---

7 Cfr. MONTERO AROCA, JUAN. *Principios del Proceso Penal.* Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa. Valencia. 1997. p. 129 y ss.

8 Véase el Exp. N.° 02061-2013-PA/TC (caso: Carlos Dueñas Olivera), FJ 5.11; Exp. N.° 01983-2009-PA/TC (Caso: Antonio Vicente Marcatinco Andia), FJ 3; entre otros.

9 **Artículo 7.-** "*[...] 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella".*

10 **Artículo 8.-** "*[...] 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: [...] b) Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada".*

11 **Artículo 9.-** "*[...] 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella".*

12 **Artículo 14.-** "*[...]3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella".*

Ir al índice

Ahora bien, si no existe una precisión clara y detallada de los fundamentos que justifiquen el inicio de la investigación o la acusación fiscal, no existirá ni se podrá fijar un blanco que oriente el debate, por lo que el juez de la causa (como juez de garantía) deberá entender que se encuentra frente a un acto fiscal no motivado ni mucho menos dentro de las exigencias constitucionales del principio de imputación necesaria, lo que traerá como consecuencia el rechazo objetivo del requerimiento o la nulidad de la misma.

Bajo ese contexto es interesante lo desarrollado por la Corte Suprema al momento de emitir la Casación No. 396-2016, puesto que los magistrados supremos reafirman el contenido procesal del principio de imputación necesaria, lo que les permite identificar el ámbito de aplicación de dicha institución y sus consecuencias jurídicas según el caso concreto.

3.- Análisis y comentarios a la sentencia de casación:

La Casación No. 392-2016 del 12 de septiembre de 2017 aborda uno de los temas más relevantes y discutidos para la comunidad jurídica en los últimos tiempos. En específico, desarrolla como doctrina jurisprudencial lo relacionado a la correcta interpretación (y, consecuentemente, aplicación) del artículo 6 inciso 1 literal c) del CPP sobre la institución jurídica de la excepción de improcedencia de acción.

El punto en discusión tuvo lugar en mérito al recurso de casación excepcional interpuesto por la Fiscalía Superior de Arequipa en contra de la resolución de segunda instancia que resolvió absolver al acusado del presunto delito de violación sexual imputado.

Los fundamentos del recurso impugnatorio antes mencionado cuestionaban la decisión de la Sala de Apelaciones en la medida de que, para la Fiscalía, no era posible decretar la atipicidad de la conducta imputada al acusado bajo la premisa de haber advertido la existencia de una descripción imprecisa de los hechos objeto de acusación penal.

En virtud de ello, los jueces de la Sala Penal Permanente aceptaron desarrollar como materia casacional lo postulado por la Fiscalía y, decidieron, responder la siguiente interrogante: *¿Si la imprecisión de cargos calificaba a la conducta imputada como atípica según los alcances del artículo 6 inciso 1 literal c) del CPP?*

Para resolver dicho cuestionamiento la Sala Suprema tuvo a bien poder delimitar el concepto del principio de imputación necesaria y de la excepción de improcedencia de acción desde la esencia de su propia naturaleza.

Respecto al primer punto, es decir, sobre el principio de imputación necesaria, la Sala Suprema precisó que dicha garantía permite única y exclusivamente subsanar los vicios cometidos por el titular de la acción penal con relación al hecho imputado, toda vez que dicho principio garantiza y permite al acusado conocer de forma clara, precisa y detallada los hechos imputados y que son objeto de proceso penal, ello, con el fin de que pueda

Ir al índice

defenderse correctamente[13]. Y, ante la ausencia de una imputación clara es razonable que la subsanación de dicha omisión sea el acto válido a seguir.

Lo afirmado tiene su fundamento en el propio contenido esencial del principio de imputación necesaria, el cual señala que dicha garantía siempre ha estado ligada a la exigencia de precisión de cargos[14] de parte del Ministerio Público como titular de la acción penal. Es decir, a la notificación clara, precisa y detallada de los presuntos actos ilícitos que son objeto de proceso penal[15].

Así, lo expresa el propio Tribunal Constitucional cuando en el FJ 16 de su sentencia del 14 de noviembre de 2005, recaída en el Exp. N° 8125-2005-PHC-TC (Caso: Jeffrey Immelt y otros), señala textualmente, en su fundamento jurídico 16[16], que: *"[...] no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan".*

Con respecto al segundo punto sobre la excepción de improcedencia de acción, regulado en el artículo 6 inciso 1 literal c) del CPP ya señalado, la Sala Suprema precisó que dicha institución tiene como finalidad poder verificar si la conducta imputada tiene o no relevancia penal. Por ello, agrega, la Sala, de forma muy correcta que la excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que solo procede en dos supuestos específico: *cuando el hecho imputado (i) no constituye delito o (ii) no es justiciable penalmente.*

El primero supuesto, sin duda, relacionado a todos aquellos casos donde exista una atipicidad penal (absoluta o relativa) del hecho imputado o, cuando concurra alguna de las causas de justificación; y el segundo supuesto, a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la existencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática con relación a lo antes señalado. Así, lo señala en el R.N. Nº 2521-2013 del 13 de enero del 2004, cuando precisa que: *"[...] contra la acción penal pueden deducirse excepciones, entre ellas la excepción de naturaleza de acción cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente, por lo que de ser amparada la excepción, se dará por fenecido el proceso y se mandará archivar definitivamente la causa; que al respecto el hecho denunciado no constituye delito cuando se adecúa a un tipo penal, pudiéndose distinguir dos situaciones: a) La ausencia del*

13 Cfr. AMBOS, KAI. *Principios del Proceso Penal Europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, p. 74.

14 Véase el Exp. N° 03987-2010-PHC-TC (Caso: Alfredo Alexander Sánchez Miranda y Otros), FJ 30: *"[...] la imputación se entiende en sentido material o amplio como: "la atribución, más o menos fundada, que se le hace a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como su consecuencia [...]"*

15 Cfr. MENDOZA CELIS, FRANCISCO. *La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo.* 2da. Ed. IDEMSA. Lima, p. 97.

16 Véase también el Exp. N° 941-2009-PHC/TC (Caso: Lucy Marlene Saldaña Verástegui), FJ 5; Exp. N° 02529-2009-PHC/TC (Caso: Huilder Santos Bejar Tenorio), FJ 4; Exp. N° 801-2010-PHC-TC (Caso: Teófilo Mario Ochoa Vargas), FJ 6; entre otros.

Ir al índice

tipo penal cuando el tipo de lo injusto alegado es inexistente en el ordenamiento jurídico concreto, ya sea en su forma perfeccionada o en una ampliación del mismo: y b) la ausencia de tipicidad cuando el tipo penal existe normativamente, pero los hechos denunciados no se adecúan a él".

Ahora bien, teniendo en claro, entonces, la definición de ambas instituciones desde su propia naturaleza jurídica, lo que enmarca de forma directa su marco de aplicación, podemos advertir que la Sala Suprema correctamente señala que es imposible negar una responsabilidad penal por atipicidad (según las reglas de la excepción de improcedencia de acción) cuando se advierta una imputación indeficiente. No solo porque el hecho atribuido vagamente puede ser subsanado hasta el momento de la acusación fiscal, con lo que se vería garantizado el principio de imputación necesaria, sino porque además dicho vicio no infiere directa o indirectamente en los rasgos de ilicitud del hecho imputado según la norma penal denunciada.

Es importante entender que la naturaleza jurídica del principio de imputación necesaria no permite el cuestionamiento legítimo de si la conducta imputada tiene o no relevancia penal, simplemente se centra en la protección procesal de que el acusado sepa de manera adecuada, mediante una imputación concreta, el marco fáctico que se le atribuye. Una vez subsanada la omisión descriptiva se restaura la protección constitucional del conocimiento de cargos.

Algo que no podemos pasar desapercibido es que entre ambas instituciones jurídicas se entrelazan concretamente, pues sin la descripción de un hecho será imposible definir si una conducta tiene o no relevancia penal, pero eso no le permite a la judicatura amparar la atipicidad de la conducta porque la propia naturaleza jurídica de ambas instituciones así lo impide.

Por último, en cuanto a los efectos jurídicos respecto a los vicios de imputación detectados es necesario precisar que la Corte Suprema resalta nuevamente que la consecuencia válida en estos casos es el de la nulidad de todos los actuados, ello, con el fin de que se pueda subsanar de forma adecuada la omisión detectada. Esto responde al tratamiento constitucional que tiene el principio de imputación necesaria como garantía derivada del debido proceso y, ante su afectación, lo que corresponde es la nulidad de todo lo actuado según el artículo 150 del CPP.

4.- Parte Resolutiva

La Sentencia Casatoria No. 392-2016 declaró fundado el recurso de casación que presentó la fiscalía por una errónea interpretación, falta de aplicación de la ley penal y por apartarse de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema (artículo 429 incisos 3 y 5 del CPP) y dispuso la nulidad de la sentencia antes señalada, así como de la resolución emitida por el juzgado y dispuso, adicionalmente, la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia de control de acusación fiscal y, mandaron a que el juez de investigación preparatoria realice una nueva audiencia de control de acusación.

Ir al índice

5.- Conclusiones

La Casación No. 329-2016 permitió diferenciar los efectos jurídicos y el ámbito de aplicación tanto del principio de imputación necesaria como de la excepción de improcedencia de acción.

Ello fue necesario porque se precisó que, ante la imprecisión de un hecho imputado el acto procesal válido a seguir es la subsanación del mismo, acto que deberá realizarse en la instancia correspondiente. Asimismo, se determinó que dicha imprecisión de hechos no genera la atipicidad, por lo que es imposible aplicar la institución de la excepción de improcedencia de acción como mecanismo válido para justificar la no relevancia penal de la conducta imputada.

Por último, es relevante el contenido de la casación analizada, toda vez que delimita de forma concreta los efectos jurídicos de comprobarse que realmente existe una afectación flagrante al principio de imputación necesaria, es decir, se precisa que ante la existencia de un vicio en la imputación el acto procesal válidos a seguir es la nulidad de todo lo actuado para lograr así subsanar las omisiones descriptivas advertidas.

6.- Reflexiones Finales

El principio de imputación es una garantía procesal de vital importancia que tiene como finalidad velar por el conocimiento claro y preciso de los hechos objeto de proceso penal.

La excepción de improcedencia de acción es un medio de defensa que permite cuestionar la relevancia penal de la conducta imputada.

Es imposible aceptar la atipicidad de un hecho vagamente imputado, ello, en atención a la naturaleza jurídica del medio de defensa antes señalado.

Ir al índice

03

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN 864-2016
DEL SANTA

Sumilla. El derecho de defensa y específicamente el ofrecimiento probatorio, no se puede restringir por el incumplimiento parcial de una formalidad, alegando la falta de sistematicidad del escrito que absuelve la acusación

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintisiete de setiembre de dos mil diecisiete

VISTO y OÍDO: el recurso de casación interpuesto por **Edward Martín Chanamé Mariños**; con los recaudos que se adjuntan al cuaderno correspondiente. Intervino como ponente el señor Sequeiros Vargas, Juez de la Corte Suprema.

UNICO. RESOLUCION IMPUGNADA -folio trescientos setenta y ocho a trescientos ochenta y cinco-.

Es la sentencia de vista expedida el ocho de julio de dos mil dieciséis por los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa que:

i. DECLARÓ INFUNDADA la apelación interpuesta por la defensa técnica del sentenciado Edward Martín Chanamé Mariños; y en consecuencia **CONFIRMÓ** la sentencia de primera instancia que lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor de menor agravado, previsto en el último párrafo del artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal, en perjuicio de las menores de iniciales Y. P. A. E. y N. Z. B. L; y como tal le impusieron trece años de pena privativa de libertad efectiva, así como la obligación del pago de diez mil soles por concepto de reparación civil a favor de cada una de las menores agraviadas, e inhabilitación definitiva para acceder a cargos en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación u Organismos Públicos Descentralizados dedicados a la formación, resocialización, rehabilitación.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Elevada la causa a este Supremo Tribunal, y cumplido con el trámite de traslado a las partes, se expidió el auto de calificación, mediante Ejecutoria Suprema de seis de febrero

Ir al índice

de dos mil diecisiete -folios cincuenta y tres a cincuenta y siete del Cuaderno de Casación- que declaró bien concedido el recurso de casación únicamente por el motivo casacional previsto en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal- casación ordinaria constitucional, por la inobservancia de las garantías procesales referidas a la motivación de resoluciones judiciales -inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú-, y el derecho de defensa - inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú-, Por lo que corresponde verificar si durante el proceso penal, la judicatura ordinaria incurrió en alguna conducta que vulnere las mencionadas garantías y que haga inválido su proceder.

La causa fue deliberada y votada el trece de septiembre del presente año, y su lectura programada para el día de hoy, notificándosele a las partes para dicho acto.

SEGUNDO. FUNDAMENTOS PROPUESTOS POR EL CASACIONISTA - DEFENSOR TÉCNICO DEL SENTENCIADO EDWARD MARTÍN CHANAMÉ MARIÑOS

El impugnante cuestionó la sentencia de vista por vulnerar el debido proceso, materializado en la infracción a su derecho de defensa y de la debida motivación sosteniendo que:

2.1. El Juez de Investigación Preparatoria -en adelante JIP- incumplió el deber de garantizar su derecho de defensa al no controlar las actividades del abogado defensor quien no ejerció una defensa eficaz (defensa inidónea), generando indefensión al ahora sentenciado al no haber ofrecido pruebas para el juicio, pese a haberlas actuado en sede de investigación preparatoria;

2.2. Los integrantes de la Sala Penal Superior no absolvieron los agravios invocados en el escrito de apelación referidos a la violación al derecho a la defensa por defensa inidónea. Por lo que solicitó se declare la nulidad absoluta desde la Etapa Intermedia al no haberse presentado las pruebas que ya habían sido actuadas en sede de Investigación preparatoria y que servían para resguardar su planteamiento de defensa.

Fundamentos por lo que solicitó al Tribunal de Casación que declare fundado su recurso, y en consecuencia CASE la sentencia de vista y declare NULO todo el proceso hasta la etapa intermedia.

TERCERO. IMPUTACIÓN

3.1. FÁCTICA

El Ministerio Público imputa a Edward Martín Chanamé Mariños el que aprovechando su condición de profesor de matemáticas en la Institución Educativa Particular Galileo Galilei, especialmente durante sus clases de reforzamiento, con la condición de subir las notas a las menores agraviadas de iniciales Y. P. A. E. y N. A.B. L. de diez y once años de edad respectivamente, las forzaba a cumplir algunos castigos como el "pico saludo" (un beso en la boca), la "nalgada" (una palmada en los glúteos sobre la ropa) y la

Ir al índice

"nalgada real" (palmada en los glúteos bajo la ropa), actos contrarios al pudor que se habrían producido desde el año dos mil catorce y se repetían en el dos mil quince, siendo la última vez el diecisiete de abril de dos mil quince en el segundo piso del colegio, específicamente en el aula del quinto de secundaria a la primera de las agraviadas y en el aula de primero de secundaria a la segunda agraviada.

3.2. JURÍDICA

El representante del Primer Despacho de Investigación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Nuevo Chimbote, Distrito Fiscal del Santa imputó a Chanamé Mariños la comisión del delito de actos contra el pudor de menor previsto en el artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal, cuyo texto es:

"El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo ciento setenta realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo ciento setenta y tres (...) la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad"

CUARTO. ANTECEDENTES PROCESALES

4.1. ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

4.1.1. El encausado Edward Martín Chanamé Mariños fue investigado por la presunta comisión del delito contra la indemnidad sexual-actos contra el pudor de menor. Durante la etapa de investigación preparatoria, el procesado refiere que ofreció diversos testigos de descargo, entre ellos las de: Julio Ausberto Paredes Tirado, profesor César Ernesto Chung Sáenz, Segundo Máximo Minchola Sáenz, María Rocío Mendoza Correa, Desiré del Carmen Toledo, Hilda Victoria Lombardi Milla, Sachenka Salazar Sánchez, Yenifer Salazar Sánchez y María Trinidad Saldaña Vásquez

4.1.2. Concluida la etapa de investigación preparatoria, la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa efectuó su requerimiento de acusación, confiriendo traslado a las partes. Con tal motivo, el acusado absolvió la acusación formulando las siguientes pretensiones: i) observaciones formales a la acusación, ii) El sobreseimiento de la causa y iii) el cese de la prisión preventiva. En el mismo escrito en el que efectuó las pretensiones antes indicadas, estableció un apartado específico en el que ofreció como medios probatorios las testimoniales antes mencionadas -cfr. folio sesenta y nueve del cuaderno de control de acusación-.

Ir al índice

4.2. DE LA ETAPA INTERMEDIA

4.2.1. Durante la audiencia de control de la acusación, específicamente en el momento previsto para el ofrecimiento de medios probatorios, la defensa propuso las declaraciones testimoniales indicadas en su escrito absolutorio -mencionadas en el considerando 4.1.1. de la presente Ejecutoria-; pero el representante del Ministerio Público se opuso argumentando que se trataban de medios probatorios ofrecidos para el sobreseimiento, y no para ser actuadas en juicio oral.

4.2.2. La defensa absolvió la oposición indicando que el escrito era uno y esos eran sus medios probatorios de descargo que contradecían la acusación, e intentó fundamentar la pertinencia y utilidad de las pruebas que en ese momento postulaba. En ese contexto la Jueza del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria declaró inadmisible las pruebas ofrecidas por el imputado, dejando constancia de que el acusado se reservó el derecho para reiterar su ofrecimiento en juicio oral.

4.3. EL JUICIO ORAL

4.3.1. Previo al inicio del juicio oral el ahora casacionista presentó un escrito ofreciendo como pruebas nuevas las referidas mencionadas en el considerando 4.1.1. de la presente Ejecutoria, indicando que si bien fue un error no haber consignado en el escrito de absolución el rótulo de "ofrecimiento de medios probatorios", dicha formalidad no podía transgredir ni limitar su derecho a la defensa y que el día de la audiencia de control de la acusación trató de sustentar la pertinencia, conducencia y utilidad de los citados órganos de prueba, pero la Jueza de Investigación Preparatoria no se lo permitió por oposición del Ministerio Público.

4.3.2. Iniciado el juzgamiento, oralizó su pedido, el cual fue interpretado por los integrantes del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia Del Santa como una solicitud de reexamen de pruebas, razón por la cual se expidió la resolución número cuatro, en la que declararon improcedente el reexamen de las pruebas sosteniendo la imposibilidad de reexaminar una materia que previamente no fue examinada.

4.3.3. Frente a ello, el recurrente dedujo nulidad de la citada resolución, emitiéndose en la sesión de audiencia del siete de enero de dos mil dieciséis, la resolución número siete que declaró improcedente la nulidad absoluta planteada.

4.3.4. Culminado el juicio oral se expidió sentencia condenatoria contra el procesado.

4.4. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

4.4.1. El recurrente impugnó la sentencia, solicitando a la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declare la nulidad del juicio oral, argumentando la vulneración a su derecho a la defensa y para

Ir al índice

ello presentó un escrito en el que ofreció medios de prueba documentales para acreditar la mencionada infracción. Sin embargo, por resolución número diecisiete, de veintisiete de abril de dos mil dieciséis, los integrantes de la Sala de Apelaciones del Santa declararon inadmisible el ofrecimiento de pruebas formulado por Chanamé Mariños, indicando que las pruebas propuestas no se encuentran dentro de los presupuestos establecidos en el inciso segundo del artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal, toda vez que habían sido ofrecidos un día después de vencido el plazo y además no estaban referidos al *tema probandum*, sino orientados a demostrar un supuesto de defensa ineficaz y el incumplimiento de obligaciones de la Magistrada de investigación preparatoria. Además el citado colegiado Superior no advirtió circunstancias de indefensión durante el desarrollo del proceso, ya que Chanamé Mariños contó con su abogado de elección en todas las etapas del proceso.

QUINTO. PRONUNCIAMIENTO JURISDICCIONAL

A. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

5.1. El derecho a la defensa técnica, constituye un derecho instrumental vinculado a la defensa procesal y se halla consagrado en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú. Es un derecho fundamental e imprescindible en el debido proceso. Su restricción acarrea la nulidad absoluta, conforme se halla previsto en el literal d del artículo ciento cincuenta del Código Procesal Penal.

5.2. El derecho de defensa tiene dos fases: i) es un derecho subjetivo que es inalienable e irrenunciable, es una manifestación de la libertad de las personas; y ii) es una garantía procesal constitucional que impide el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal al garantizar entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación tenga la oportunidad para contradecir y contra argumentar en el proceso, en igualdad de condiciones, en defensa de sus derechos e intereses, usando los medios de prueba que resulten pertinentes para su tesis de defensa.

5.3. En consecuencia, en un Estado de Derecho, la vigencia del debido proceso prohíbe toda forma de juzgamiento en el que previamente se haya transgredido la garantía de defensa que asiste a toda persona sometida a un proceso penal. Lo mencionado es una cuestión de orden público porque la sociedad tiene interés en que se reprima penalmente al culpable mas no al inocente.

5.4. Los Jueces de Investigación Preparatoria están facultados normativamente por los artículos IX.1 del Título Preliminar y el inciso quinto del artículo veintinueve del Código Procesal Penal para cautelar el derecho de las partes y que puedan intervenir en plena igualdad en la actividad probatoria, El Juez de Investigación Probatoria, en el esquema procesal fijado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, debe garantizar que las partes procesales ingresen a juicio oral con los medios de pruebas necesarios para acreditar su pretensión o contradecirla. La negación fundada en razones estrictamente formalistas o que surjan de un error material no constituye

Ir al índice

justificación suficiente para limitar el derecho al ofrecimiento de pruebas que le asiste a los sujetos procesales -V.gr. la imprecisión en el sumillado del escrito en el que se contradice la acción penal-. Su función garantista le forja la obligación de indicar los supuestos de desigualdad, así como advertir la eventual indefensión en la que incurre el procesado por falta de una defensa técnica idónea. Esta obligación se incrementa en la etapa intermedia, dado que constituye un periodo de saneamiento.

B. ANÁLISIS DEL CASO JUZGADO

5.5. En el caso *sub júdice,* durante el control de acusación se restringió el derecho a ofrecer pruebas que le asiste al imputado, indicando que no habían sido debidamente ofrecidos en el escrito en el que absolvió el traslado de la acusación fiscal.

5.6. Ciertamente el derecho a la prueba, y en especial el ofrecimiento se halla sometido a un límite temporal y una formalidad regulada en el artículo trescientos cincuenta del Código Procesal Penal que en esencia refiere que la Etapa Intermedia es la oportunidad para ofrecer medios de prueba dentro de los diez días concedidos para el traslado de la acusación fiscal. Asimismo establece los requisitos para el ofrecimiento de testigos y peritos con la finalidad de que las partes conozcan los medios probatorios a actuarse en el Juicio Oral. La etapa de postulación probatoria brinda la oportunidad de preparar la respectiva contradicción para la Audiencia de Control de Acusación.

5.7. También es cierto que permitir el ofrecimiento probatorio, con prescindencia del plazo establecido en la ley, y que dicha postulación se produzca recién en la Audiencia de Control de la Acusación podría generar desigualdad en desmedro del Ministerio Público, toda vez que este hizo de conocimiento a las demás partes los medios de prueba con los que justifica su pretensión acusatoria; por lo que su capacidad de cuestionamiento a este nuevo ofrecimiento probatorio se hallaría limitada.

5.8. Sin embargo el supuesto ahora juzgado difiere de un incumplimiento rotundo al momento de absolver la acusación, dado que el defensor del sentenciado cuando absolvió el traslado de la acusación ofreció medios probatorios que contradecían la acción penal, los que incluso fueron de conocimiento del Ministerio Público por haber sido ofrecidos durante la investigación preparatoria.

5.9. Si bien formalmente el escrito de absolución tuvo ciertos defectos en lo referido a su estructura, ya que consignó los medios probatorios después del título relativo al sobreseimiento, fue esta circunstancia la que generó la oposición por el representante del Ministerio Público al ofrecimiento de pruebas en la audiencia de control de acusación, bajo la premisa de que eran medios probatorios para el pedido de sobreseimiento y no para la absolución del traslado de la acusación fiscal.

5.10. La imprecisión de los términos del escrito absolutorio de la acusación no puede ser impedimento para considerar que estos medios de prueba eran los que sustentaban la tesis de defensa del acusado, primero, porque la defensa ya los empleó como elemento

Ir al índice

de convicción a su favor durante la investigación preparatoria, y segundo porque lo contrario implicaría que estaba dispuesto a presentarse al juicio oral sin ningún medio probatorio de descargo, este último supuesto interpretado en sentido perjudicial a los intereses del imputado. Tanto más si, al ofrecerlos expresamente en la Audiencia de Control de Acusación como medios de prueba de la defensa para el juicio oral, evidenciaba que el propósito al consignarlos en el escrito de absolución era emplearlos como sustento de su defensa.

5.11. La impericia del abogado al redactar el escrito quedó evidenciada en la propia audiencia de control de acusación, cuando realizó inadecuadamente las observaciones formales a la acusación fiscal, al extremo que fue el propio representante del Ministerio Público quien solicitó a la Jueza suspender la audiencia ante un peligro de indefensión del procesado.

5.12. No obstante que la Magistrada y el Fiscal se percataron de los defectos en los que incurría la defensa, pero la Audiencia continuó, y es precisamente en la etapa de ofrecimiento de pruebas cuando la indefensión del procesado tuvo su momento culminante al inadmitírsele los medios probatorios por este defecto formal. Esta circunstancia generó efectos posteriores perjudiciales y contrarios a un procesamiento en el que se garantiza el principio de contradicción. El imputado fue sometido a juicio oral sin ninguna prueba a su favor pese a sus intentos de ofrecimiento. Estuvo en evidente desigualdad probatoria frente al Ministerio Público, tornando ilusorio el contradictorio, puesto que solo contaba con su propio dicho frente argumento sustentado de la fiscalía. Supuesto que afecta con el denominado principio de *igualdad de armas.*

5.13. Los órganos jurisdiccionales de investigación preparatoria, durante su procedimiento deben considerar que en la Etapa Intermedia, por la naturaleza de su intervención, poseen facultades discrecionales de control de la legalidad, pues ostenta libertad para resolver situaciones no previstas en la ley, como la del caso que nos ocupa, o para aplicar la ley interpretándola en función a los principios de contradicción, igualdad y defensa; y en esencia garantizando la tutela jurisdiccional efectiva.

5.14. La indefensión no solo se produce cuando se priva a las partes de manera irrazonable o desproporcionada de la posibilidad de hacer valer sus derechos o se sitúe a una de ellas en posición prevalente sobre la contraria; sino también cuando el procesado no cuenta con una defensa eficaz, materializada en la falta de un defensor con los conocimientos jurídicos que exige el caso para la etapa respectiva.

5.15. Si durante la audiencia el Juez advierte que el abogado defensor del imputado, no ejerce una defensa adecuada y mínima de los derechos e intereses de su patrocinado, debe advertir a las partes de dicho proceder y suspender la sesión a efecto de evitar supuestos de indefensión que vicien de nulidad a las etapas posteriores. Que el imputado se encuentre asistido por un abogado, no constituye fundamento suficiente para presumir la defensa eficaz, tanto más si el representante del Ministerio Público, como defensor de la legalidad, advirtió en el presente caso una manifiesta indefensión

Ir al índice

formal en la que se hallaba el imputado. El Juez es quien conoce el Derecho, y es el Juez quien debe velar para mantener, en cualquier momento de la causa la igualdad entre las partes.

5.16. La Jueza de Investigación Preparatoria tuvo el deber de evitar eventuales estados de indefensión y permitir, más allá de una situación formalista, que la defensa del encausado ofrezca sus medios probatorios oralmente -inciso cinco del artículo veintinueve del Código Procesal Penal-, Los formalismos vencibles no prevalecen sobre un derecho fundamental pilar del debido proceso, como lo es el derecho a la defensa, más aún si esto no significaba lesión o desventaja al Ministerio Público porque este ya los conocía desde la etapa de investigación preparatoria, tanto más si no existe mandato de prohibición expreso para inadmitir pruebas ofrecidas con defectos en el sumillado del escrito que lo contiene. Debiendo tenerse presente señalado en el sexto considerando de los fundamentos de derecho de la Sentencia Casatoria número diez-dos mil siete -Trujillo, de fecha veintinueve de enero de dos mil ocho: *"la necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique desde luego, una lesión a derechos de las partes".*

5.17. La indefensión generada en la Etapa Intermedia repercutió en las otras etapas del proceso cuando en el juicio oral declararon improcedente el ofrecimiento vía reexamen, por tratarse de un supuesto que no estaba previsto en la ley, no hay reexamen si no hubo un examen previo por el Juez de Investigación Preparatoria; igualmente en la apelación le denegaron el ofrecimiento, bajo el sustento de que no se adecuaba a alguno de los supuestos previstos en el artículo cuatrocientos veintidós del Código Procesal Penal.

5.18. Es decir, se denegó al procesado el ofrecimiento de sus medios probatorios en todas las etapas procesales, continuándose el trámite pese a que mediante sendos escritos advirtió de la indefensión que se generó en la Etapa Intermedia y que de conformidad a lo dispuesto en el inciso d) del artículo ciento cincuenta del Código Procesal Penal constituye causa de nulidad absoluta.

5.19. De otro lado, también se vulneró el derecho a la motivación dado que el Tribunal Superior no absolvió los agravios referidos a la indefensión que padeció y su solicitud de nulidad absoluta, toda vez que el pronunciamiento en este extremo en la sentencia de vista fue expedido con una motivación aparente al indicarse escuetamente que la etapa de investigación preparatoria precluyó y que el sentenciado había contado con abogado defensor durante todo el proceso, no advirtiendo por ello vulneración al derecho de defensa. El pronunciamiento de la Sala Superior no evaluó las circunstancias por las que se produjo la restricción al derecho de ofrecer pruebas que le asiste al imputado. La Sala Superior continuó con el juzgamiento de vista, manteniéndolo en indefensión.

5.20. Conforme a los considerandos precedentes, en efecto se aprecia que el procesamiento llevado a cabo contra Edward Martín Chanamé Mariños estuvo viciado de vulneración

Ir al índice

a derechos de rango constitucional como la motivación de resoluciones judiciales -inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú-, y el derecho de defensa -inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú-. Por lo tanto, configura el motivo casacional previsto en el inciso uno, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal; y corresponde casar la Sentencia de vista hasta el momento en el que se produjeron las vulneraciones a los derechos antes mencionados. Y con reenvío del proceso se debe ordenar la realización de una nueva audiencia de control de acusación, conforme al inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

SEXTO. CONSIDERACIÓN FINAL

6.1 La acusación fiscal contiene un relato genérico en torno a los hechos imputados al acusado entre el año dos mil catorce hasta antes del diecisiete de abril de dos mil quince, día en que sí se precisan las circunstancias de lugar, tiempo y modo del hecho imputado, esta forma genérica de imputación contraviene lo establecido en el literal b del artículo trescientos cuarenta y nueve del Código Procesal Penal, que prevé el principio de imputación necesaria, imposibilitando el ejercicio real y efectivo del derecho de defensa del imputado en torno a esos hechos.

6.2 Por lo que el Juez de Investigación Preparatoria debe tener presente lo determinado en el Acuerdo Plenario seis- dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis del ocho de octubre del dos mil diez, referido al control formal de la acusación fiscal, el cual puede promoverse inclusive de oficio por el Juez de Investigación Preparatoria. El control de legalidad de la acusación constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional enraizada en la garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva; de modo que, en el caso de observar defectos en la acusación fiscal, debe proceder de acuerdo a lo dispuesto en el inciso dos del artículo trescientos cincuenta y dos del Código Procesal Penal.

DECISION

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, **ACORDARON:**

I. **DECLARAR FUNDADO** el recurso de Casación, interpuesto por el procesado Edward Martín Chanamé Mariños, por la causa prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por vulneración de las garantías constitucionales de carácter procesal, motivación de resoluciones judiciales -inciso cinco del articulo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú-, y el derecho de defensa -inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú-. En consecuencia **CASAR** y declarar **NULA** la sentencia de vista expedida el expedida el ocho de julio de dos mil dieciséis por los integrantes de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa que **CONFIRMÓ** la sentencia de primera instancia que condenó a Edward Martin Chanamé Mariños como autor del delito de actos contra el pudor de menor agravado, previsto en el último párrafo del

Ir al índice

artículo ciento setenta y seis-A del Código Penal, en perjuicio de las menores de iniciales Y. P. A. E. y N. Z. B. L; y como tal le impusieron trece años de pena privativa de libertad efectiva, así como la obligación del pago de diez mil soles por concepto de reparación civil a favor de cada una de las menores agraviadas, e inhabilitación definitiva para acceder a cargos en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación u Organismos Públicos Descentralizados dedicados a la formación, resocialización, rehabilitación.

II. **DECLARAR NULO TODO LO ACTUADO HASTA LA ETAPA INTERMEDIA,** retrotrayendo el proceso hasta la audiencia de control de acusación debiendo llevarse a cabo la misma por otro Juzgado de Investigación Preparatoria llamado por Ley, bajo los términos expresados en la parte considerativa de la presente Ejecutoria.

III. **ORDENAR** la inmediata **LIBERTAD** del procesado Edward Martín Chanamé Mariños, siempre que no haya mandato de detención vigente emitido por autoridad judicial competente y **DISPONER** su comparecencia con restricciones, bajo las siguientes reglas de conducta: i) Concurrir al órgano jurisdiccional cada vez que sea citado, ii) No variar de domicilio real sin autorización judicial previa, bajo apercibimiento de revocarse este mandato e imponerse una medida coercitiva más gravosa, y iii) La prohibición de comunicarse con determinadas personas, específicamente con las agraviadas y sus familiares.

IV. **DISPONER** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública; y acto seguido se notifiquen a las partes procesales apersonadas en esta Sede Suprema.

V. **ORDENAR** la devolución del expediente al órgano jurisdiccional de origen para su ejecución correspondiente, y se archive el cuaderno de Casación en esta Corte Suprema.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
SALAS ARENAS
NEYRA FLORES
SEQUEIROS VARGAS

Ir al índice

MODO DE INTRODUCIR LA PRUEBA PARA JUICIO Y DEFECTOS EN LA IMPUTACIÓN SUFICIENTE COMO CAUSAS PARA DECLARAR LA NULIDAD DEL PROCESO PENAL HASTA LA ETAPA INTERMEDIA. CASACIÓN N° 864-2016-DEL SANTA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
MIGUEL ÁNGEL VÁSQUEZ RODRÍGUEZ[1]

1.- Sumilla

La Casación 864-2016 Del Santa, fechada el veintisiete de setiembre del año dos mil diecisiete desarrolla tres aspectos fundamentales del debido proceso penal. Así, se desarrolla la formalidad del acto de ofrecimiento de prueba durante la etapa intermedia en vista del futuro juicio oral, así como aspectos de lo que debe entenderse por defensa eficaz. Y por último se realiza también un escueto análisis de la imputación suficiente, en aplicación de criterios que la Corte Suprema ya ha establecido en resoluciones anteriores.

2.- Introducción

El antecedente de la casación es simple. En una audiencia de control de acusación – por delito de actos contra el pudor – la defensa del procesado solicita sobreseimiento al amparo del artículo 350.1.d del Código Procesal Penal ofreciendo medios probatorios respecto a la referida pretensión. En la audiencia se desestima el pedido de sobreseimiento, pero además se inadmiten también los probatorios del acusado, debido a que se habían postulado para el sobreseimiento y no como medios probatorios para juicio. Se deja a salvo el derecho del acusado a reiterar el ofrecimiento en juicio oral: sin embargo, en dicha instancia no fueron admitidos.

En sede de apelación el acusado vuelve a ofrecer los medios probatorios, sin embargo, fueron rechazados nuevamente, por cuestiones de plazo y por referirse a un supuesto de defensa ineficaz y no para revertir la condena.

Es por ello que el acusado en sede de casación plantea vulneración del derecho de defensa. Adicionalmente, tal como se señaló, la casación concluye que la imputación fue genérica.

3.- Análisis.

Oportunidad y modo del ofrecimiento de pruebas para juicio.

Desde un punto de vista estrictamente normativo formal, la oportunidad para ofrecer medios probatorios para ser actuados en juicio oral es en el término de diez días - hábiles - contados desde el día siguiente que el acusado es notificado por el juzgado de la investigación

1 Juez Superior, integrante de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. Profesor Universitario en la cátedra de Derecho Procesal Penal.

Ir al índice

preparatoria correspondiente con el traslado de la acusación fiscal. Se entiende que la resolución viene acompañada por el escrito de acusación, mas no necesariamente con copia de los anexos. Ello se obtiene de la lectura del artículo 350 inciso 1 apartado f del Código Procesal Penal y de la aplicación del principio de oficialidad, pues se entiende que todos los medios de prueba obtenidos durante la investigación preparatoria deben estar consignados en la carpeta fiscal. Incluso los de descargo, conforme los incisos 1 y 2 del artículo 61 del Código.

Sobre este último tema en particular, aún se discute si es posible que las partes distintas al Ministerio Público, puedan llevar medios probatorios que no obren en la carpeta fiscal a la etapa intermedia. El asunto es de difícil solución. Por un lado, está el derecho a probar, que es sin duda un derecho fundamental. Pero del otro lado hay factores a tomar en cuenta: la investigación tiene un plazo perentorio. Se entiende que la investigación concluye para todos una vez dictada la disposición de conclusión de esta. Si de la llamada igualdad de armas se trata, no solo el Ministerio Público está impedido para investigar con posterioridad de la disposición de conclusión, sino también las otras partes. En ese escenario, consideramos que en el hipotético caso de que el acusado haya obtenido prueba luego en el término del traslado y la lleve a control, esta solo podría ser admitida en el supuesto de prueba nueva. Sin perjuicio de nuestra posición, la Corte Suprema mediante Casación 80-2010 Piura, estableció que el ofrecimiento directo del medio probatorio ante juez de control, no está prohibido por ley y por tanto el juzgador está en la facultad de evaluarla para su admisión conforme los criterios de pertinencia y legalidad, ello atendiendo a lo dispuesto por el artículo 155 inciso 2 del Código Procesal Penal. Sin embargo, consideramos que dicha posición es incompleta, pues la norma indicada hace referencia al acto de ofrecimiento, no al de obtención. No debe olvidarse que, en el ofrecimiento directo por el acusado, las documentales no revisten mayor dificultad, sin embargo, habrá que establecer con claridad el régimen de las testimoniales y pericias, cuya naturaleza opera de diferente forma, pues tendrían que estar mínimamente practicadas para poder evaluar su pertinencia, conducencia y utilidad. Sobre ese punto habrá que esperar pronunciamientos más detallados y profundos en el futuro.

Entonces, respecto al tema que nos atañe, hay dos plazos de perentoriedad: El primero que se impone con el dictado de la conclusión de la investigación preparatoria, que impide que se sigan realizando actos de investigación. El segundo tiene diez días hábiles para ofrecer medios probatorios por escrito, tal como en su momento señaló la Corte Suprema mediante Casación 53-2010 Piura, que si bien no se declaró doctrina jurisprudencial, estableció en su fundamento décimo cuarto la obligación de todas las Cortes de la República de aplicar los criterios establecidos en ella respecto a la referida perentoriedad, en particular para formular observaciones, pero extensiva a todos los presupuestos del artículo 350 del Código Procesal Penal, en aras de la salvaguarda de la igualdad de armas. En ese mismo orden de ideas se expidió con anterioridad la Casación 60-2009 La Libertad, respecto al plazo para solicitar sobreseimiento frente a un requerimiento acusatorio, estableciendo que este solo puede formularse por escrito y el plazo de diez días.

Luego queda zanjada la cuestión de que un medio probatorio ofrecido extemporáneamente no podrá ser admitido en audiencia de control de acusación. En el supuesto de un medio

Ir al índice

probatorio ofrecido directamente por el acusado, pero dentro del plazo de ley, existe pronunciamiento al respecto, como ya se ha señalado, de la Corte Suprema y posiciones contrarias en la judicatura nacional de menor jerarquía, pero ese no es el caso de la ejecutoria en análisis y será probablemente motivo de otro estudio en el futuro.

En lo referido a la casación en comentario, el acusado ofreció medios probatorios que obraban en la carpeta fiscal, así lo precisa el fundamento 5.8, pues estos fueron postulados durante la investigación preparatoria. El error de la defensa - y reconocido por esta - fue mencionarlos como medios probatorios del sobreseimiento y al mismo tiempo no consignarlos expresamente como medios probatorios para juicio.

La situación no es entonces de oportunidad, si no de modo. El acusado cumplió con ofrecer sus medios probatorios con vista a juicio durante la investigación preparatoria y luego los plasmó en su participación activa al momento del traslado de la acusación fiscal.

Es importante analizar el proceso en su conjunto. Las etapas no son episodios aislados. Así como el fiscal desarrolla su investigación orientada a probar su hipótesis incriminatoria en juicio oral y cada uno de sus actos de investigación se realiza en pro de dicha hipótesis, lo mismo sucede con la defensa. Si la defensa del acusado realiza actividad en pro de acreditar determinados eventos en su favor, estos pueden ser ventilados en la propia investigación, con la esperanza de que el fiscal promueva un sobreseimiento, o en caso de que no sea así, solicitar excepciones o sobreseimientos de parte en la etapa intermedia, para finalmente si todo lo anterior no prospera, proponer su defensa integral en el plenario del juicio oral.

Antes de continuar, un paréntesis necesario, si bien el artículo 61 del Código Procesal Penal plasma el deber de objetividad del Ministerio Público, ello no significa que el fiscal deba disponer actos de investigación en favor del procesado o para acreditar su tesis de no responsabilidad. Aquí dos escenarios, uno que se adquiere de la formulación expresa de la norma y otro que aparece por la aplicación del sentido común y los principios:

a) El articulo 61 no se refiere a la prueba de no comisión del hecho imputado por parte del procesado. El texto normativo señala que practicará actos de investigación que permitan indagar sobre las circunstancias *"*[...] *que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado* [...]*"*. Luego, i) no se está planteando investigación del hecho, si no de sus circunstancias, las que como sabemos difieren del hecho principal y pueden ser precedentes, concomitantes y posteriores; ii) la eximencia y atenuación de responsabilidad penal están reguladas expresamente en el Código Penal, incluso con ese mismo nombre, en su Libro Primero, Título II, Capitulo III: "Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal" y que contiene los artículos 20 al 22, cuyos únicos supuestos son a los que se refieren la normas consignada en estos tres artículos.

b) Ahora, es lógico que, si el fiscal dispone un acto de investigación orientado a acreditar la hipótesis incriminatoria, y luego lo practica y obtiene un resultado contrario a su supuesto inicial, no puede ocultar el resultado, desaparecerlo o ignorarlo. Conforme a su deber de defensa de la legalidad y de objetividad, deberá incluir el resultado del acto

Ir al índice

> practicado en la carpeta fiscal. De allí – del acervo de la carpeta fiscal que se construye conforme el principio de oficialidad –, las partes tomarán lo que mejor contribuya a sus intereses. El fiscal no está obligado de ninguna manera a ofrecer prueba de descargo en su requerimiento acusatorio.

Dicho esto, se tiene que las pretensiones de la defensa son integrales a lo largo del proceso, sin perjuicio de que vayan evolucionando ante la aparición de nuevos elementos de convicción conforme la naturaleza de la etapa de investigación. Así, no tiene mayor sentido lógico pensar que la defensa ofreció o solicitó la realización de actos de investigación sin el propósito de usarlos en juicio.

No cabe duda también que, dentro de las reglas del proceso, el no acatamiento de los plazos perentorios desencadena una sanción procesal. Así, aunque el procesado haya revelado desde un inicio su propósito de desarrollar una defensa activa, al no postular sus defensas en el plazo de ley, pierde dichas potestades. No es cierto entonces el viejo y manido adagio de que *"el derecho de defensa es irrestricto"* pues como se sabe, ningún derecho – incluidos los fundamentales – es absoluto. Así, el derecho de defensa puede ser válidamente restringido si la parte procesal ignora o violenta deliberadamente las reglas procesales mínimas. Este criterio se encuentra representado en el derecho procesal moderno en las llamadas etapas preclusivas, por ejemplo.

Es por ello que tal como hemos señalado líneas arriba, la Corte Suprema sentó precedente claro en cuanto a la imposibilidad de admitir a trámite lo que se postuló extemporáneamente.

Situación diferente, cuando la defensa ofreció su medio probatorio en el plazo previsto, pero bajo un membrete erróneo, tal como sucedió en esta oportunidad. Nótese que el razonamiento de los juzgados tanto de primera como segunda instancia fue estrictamente formal. Este razonamiento no implica necesariamente desconocer el principio de igualdad de armas, como señala la ejecutoria suprema, pues consideramos que el problema va más allá: El principio de igualdad de armas – o cuando menos igualdad de posibilidades procesales, conforme el inciso 1 del artículo del Título Preliminar – se entiende como la observancia rigurosa de la literalidad del rito procesal. Así solo será medio probatorio para ser actuado en el plenario aquello que aparece bajo el apartado y título de *"medios probatorios para juicio"* en el escrito correspondiente; solo será excepción de improcedencia de acción lo que lleve dicho membrete, aunque en el contenido se desarrolle una excepción de naturaleza de juicio. Esto llega a extremos insospechados cuando el juez da por válida una acusación solo porque contiene una lista numerada de elementos de convicción sin mayor desarrollo. En términos formales se ha cumplido con lo previsto por el artículo 349 del Código Procesal Penal, pero no así con el deber de motivación fiscal en dicho requerimiento, tal como establece el artículo 122 inciso 5.

Como se puede advertir el problema es una indebida simplificación de la garantía de igualdad procesal. Esta termina reduciéndose a otorgar los mismos plazos para contestar y los mismos tiempos para oralizar. Como ya se indicó, existen extremos – que al mismo tiempo son límites – muy marcados: La finalidad del proceso por un lado y la sanción procesal del otro ante la indiferencia marcada de la parte legitimada.

Ir al índice

Si se analiza el principio del derecho de defensa a la luz únicamente de la averiguación de la verdad, se produce una suplantación de parte, pues finalmente en ese afán – legítimo a primera vista – se permite que las partes presenten prueba fuera de plazo, postulen en audiencia lo que no hicieron en el requerimiento y se les conceda reconocimientos a derechos que no invocaron oportunamente, entre otros. Esta práctica inevitablemente afecta el derecho de la parte diligente y cuidadosa que sí observó las reglas del proceso. Se vulnera sin duda el mismo derecho que se pretendía resguardar, el derecho de defensa, con eventos procesales inesperados, pero sobre todo se viola el principio básico de la justicia que es la equidad.

Es por ello que surge el otro parámetro invocado: la sanción procesal. Los códigos procesales plantean reglas de juego en dicho extremo. No se admite el pedido extemporáneo al moroso. No se le niega derecho a postular pretensiones, pero se le advierte desde inicio que existe un término temporal perentorio. El litigante conoce de antemano estas reglas y participa en el proceso aceptando su aplicación. Así, el litigante puede tener razón en todos y cada uno de sus fundamentos impugnatorios, pero si el pedido se presenta fuera de plazo, la resolución – incluso errada – queda firme. Sería un completo absurdo procesal que el juez revise el pedido, le parezca que efectivamente tiene agravios plausibles y, en virtud a ello, le habilite un plazo especial al apelante poco diligente.

Luego la conclusión es que el sistema no premia la desidia o la marcada negligencia procesal, ello en aras de la seguridad jurídico procesal. Es por ello que Corte Suprema con acierto establece que en el caso en casación no existió esta desidia y si bien hubo error, este no configura marcada negligencia procesal, sino más bien lo que perfectamente podría encajar en un supuesto de error material – en paralelo a la regulación de dicha figura para resoluciones judicial –, o incluso como error indiferente, como se encuentra normado en el artículo 209 del Código Civil.

Finalmente, es importante reiterar que tanto las diligencias preliminares como la investigación preparatoria propiamente dicha, así como la etapa intermedia; no son otra cosa que fases o etapas de preparación para juicio. En ese orden de ideas las audiencias que se desarrollan en estas etapas tienen la misma finalidad: Preparar el juicio oral para su óptima realización. Una vez entendida esta idea es mucho más sencillo comprender la entidad de los actos procesales. Si el acusado hizo traslucir su intención de contradecir objetivamente la tesis fiscal, y además introdujo medios probatorios para ello, manifestando además lo mismo en audiencia pública, resultó arbitrario privarlo del derecho a probar que además había ejercido oportunamente. Para terminar, si lo que se quiere es simplificar, pues en términos breves resulta que un pedido de sobreseimiento en etapa intermedia lleva en sí mismo una tesis de absolución. Ello y una contradicción de la tesis fiscal en juicio, son básicamente la misma cosa.

Defensa eficaz

La Casación 864-2016 Del Santa, en los fundamentos 5.14 a 5.16 hace mención a la defensa eficaz, se alude a que el abogado no habría realizado una defensa mínima y adecuada y

Ir al índice

que el Juez debió velar por mantener la igualdad procesal. De hecho, se menciona que el Ministerio Público advirtió esa eventualidad.

Nótese al respecto que la norma ordinaria no concede facultades de subrogación del defensor por actuación ineficaz o irregular. Actualmente se habla de ello en ambientes académicos, siguiendo modelos adversariales extranjeros; pero en el ordenamiento nacional no existe norma que permita la subrogación por defensa inadecuada o irregular, como sí sucede con el fiscal conforme el artículo 62 del Código Procesal Penal.

Sin embargo, el análisis no se agota en el ordenamiento interno, así en la sentencia del 30 de mayo de 1999, caso "Petruzzi v. Estado Peruano" la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala en el fundamento 141: *"En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada"*, afirmando así que en el proceso penal la persona tiene derecho a una defensa adecuada y que por tanto la actuación de un defensor meramente formal constituye un estado de indefensión prohibido por el Pacto de San José. Sin embargo, en la sentencia de la CIDH se advierte que la presencia de los abogados consistió en una de última hora, sin conocimiento de cargos y sin acceso al expediente, así como sin las mínimas condiciones adecuadas para su participación. La propia Corte señala en el fundamento 142 que *"...el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención"*.

En el supuesto fáctico procesal materia de análisis de la Casación en comento, no se cuestiona la presencia formal del abogado ni las condiciones en las que ejerció la defensa, si no por el contrario sus conocimientos del caso y las alternativas de defensa, así como de técnicas básicas de ofrecimiento de pruebas en el escrito de absolución de traslado de la acusación.

Solo para situar un marco referencial, propondremos una situación extrema: En lo ideal cada juez debería primero someter a un examen de conocimientos a cada abogado respecto a los procedimientos penales vigentes y técnicas de litigación oral, lo que resulta inviable en un modelo acusatorio moderno. Dicho esto, se ha de precisar que quien avala la capacitación del abogado es su universidad en primer término y luego el Colegio de abogados correspondiente, sin obviar la oficina de la Defensa Pública en el caso de los defensores públicos. El conocimiento de las normas procesales básicas debe distinguirse del yerro material en cuestiones que se encuentran inclusive en el marco de la interpretación. Existen espacios donde es difícil distinguir entre el desconocimiento y una estrategia de defensa – de buena o mala fe – pues ello se desarrolla en el ámbito subjetivo. Así, cuando el defensor no apela cabe preguntarse si omitió presentar el recurso por estrategia, por negligencia o por desconocimiento. Más notorio es alguno de estos factores cuando apela al quinto día pensando que ese es el plazo cuando en realidad la norma especial establecía que son solo tres. En ese caso particular ¿deberá concederse apelación por defensa ineficaz? Es decir, por desconocimiento de la norma procesal, ¿o será del caso aplicar la sanción procesal de la inadmisibilidad? Es nuestro criterio que en este caso debe primar la sanción procesal, sin perjuicio de las sanciones que reciba el abogado en su Colegio correspondiente o en la oficina de Defensa Pública si es defensor de oficio.

Ir al índice

Como se puede ver no todos los casos de defensa ineficaz desembocan en nulidad y en muchos es difícil distinguir entre error y estrategia. El Juez dirige la etapa intermedia, el juicio oral y la apelación, y en esa dirección no se le puede pedir que distinga en cada oportunidad entre desconocimiento del letrado o estrategia de defensa. El juez no puede asumir el rol que le corresponde a cada una de las partes.

El asunto de defensa ineficaz debe radicar en que existan datos que hagan ver un desconocimiento flagrante de la norma penal o del procedimiento. Si por el contrario se califica la forma como se planteó la defensa se estaría hablando de estrategia. Esto último es analizado por cada parte y por el juez desde su propia perspectiva interna, es decir que se analiza – subjetivamente – cómo es que debió haberse ejercido la defensa. Ese aspecto no está circunscrito en el contenido esencial de los derechos a la defensa eficaz y la igualdad de armas.

Era por tanto innecesaria la mención a la defensa ineficaz por parte de la Corte Suprema, pues no se trató de que el abogado por ignorancia flagrante de la norma pusiera en indefensión a su patrocinado. Erró sí, en la interpretación de un formalismo. El Código Procesal Penal no establece como han de redactarse los escritos ni presenta plantillas para ello. El letrado probablemente interpretó que la prueba del sobreseimiento necesariamente iba a pasar como prueba para juicio. Evidentemente debió ponerse en el supuesto de lo que sucedería si su sobreseimiento no prosperaba desde una perspectiva formal, situación en la que los abogados defensores de mayor recorrido son expertos, precisamente por experiencia, para cubrir todos los aspectos posibles que demanda un excesivo ritualismo; prefieren pecar por exceso que por defecto.

La cuestión finalmente fue – como en efecto determinó la Corte Suprema – que se produjo una interpretación plana y ligera de la norma, lo que desencadenó en la indefensión del procesado.

Una reflexión vinculada: Dado que ya ha quedado claro con los años de la reforma que nuestro sistema es uno acusatorio y garantista y no uno adversarial, hemos de preguntarnos lo siguiente: ¿Por qué el Ministerio Público se opone a la admisión de pruebas de descargo? Es comprensible la oposición – y así debe ser – cuando la prueba es sobreabundante, no es útil o no guarda ninguna relación con el hecho materia de juzgamiento, pues de ser admitida solo entorpece el trámite el juicio oral. Pero si la prueba de descargo puede ser mínimamente, conducente, útil y pertinente ¿por qué el Ministerio Público se opone por un formalismo, si lo que interesa es la averiguación de la verdad? Es además el propio Ministerio Público el que debe salvaguardar esa averiguación de la verdad en mérito de la aplicación del principio de objetividad fiscal y su rol de defensor de la legalidad.

En el fundamento 4.2.1 de la casación se precisa que *"...el representante del Ministerio Público se opuso argumentando que se trataba de medios probatorios ofrecidos para el sobreseimiento, y no para ser actuados en juicio oral."* y pese a ello, contradictoriamente, también acusó defensa ineficaz. Como se puede advertir fácilmente, si el fiscal a cargo hubiese consentido, conforme a su rol, el ofrecimiento de estos probatorios para el esclarecimiento de la verdad, no se hubiese generado la nulidad.

Ir al índice

Imputación suficiente

En los fundamentos 6.1 y 6.2 de la Casación 864-2016, se precisa que adicionalmente a la causal de nulidad absoluta por violación a los derechos de defensa y motivación de resoluciones judiciales, se agrega la de falta de imputación necesaria.

Efectivamente, en la imputación fiscal se indica que la fiscalía mencionó una serie de tocamientos a las menores agraviadas que se venían desarrollando cuando estas llevaban clases de reforzamiento de matemáticas. La última oportunidad fue el 17 de abril de 2015. La trascripción aparece en la casación en el fundamento 3.1.

Se precisa que respecto al 17 de abril de 2015 sí se señalan las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Y al parecer ello no es así necesariamente, pues al tratarse de dos agraviadas, la acusación no menciona qué "castigo" se aplicó a cada una de las agraviadas, pues eran tres modalidades de estos: beso en la boca, nalgada sobre la ropa y nalgada bajo ropa. Estas conductas – las tres detalladas – ¿fueron realizadas a las dos menores? No se advierte ello. No se señala tampoco en qué consistieron específicamente los tocamientos de los años 2014 y 2015.

Siguiendo la línea de la Casación 392-2016 Arequipa, se dispuso retrotraer la causa hasta etapa intermedia a fin de realizar un correcto control de la acusación. Efectivamente aceptamos que la falta de imputación suficiente no permite llevar a cabo un juicio de manera válida.

Solo una anotación final al respecto: La nulidad solo puede ser invocada por la parte afectada por el vicio, nunca por la que lo causó. Ello implica que, si la falla de imputación necesaria fue provocada por el fiscal, no sería viable la nulidad por esa causa si la sentencia es absolutoria. Ello aún no ha sido desarrollado por la jurisprudencia nacional, pero la doctrina tiende a inclinarse respecto a esta postura.

4.- Ideas finales

La Corte Suprema declaró fundado el recurso y casó la sentencia de vista, anulando todo hasta la etapa intermedia y disponiendo además la libertad del procesado. Ahora bien, es importante precisar las consecuencias implícitas de ello: El yerro de la fiscalía en la imputación necesaria, así como la oposición completamente innecesaria al ofrecimiento de pruebas se suman a la falta de discrecionalidad de los jueces de primera – de la investigación y juzgamiento – y de segunda instancia, para salvaguardar y hacer valer el derecho de defensa del procesado que había sido conculcado. A su vez, todo ello genera un nuevo proceso, con el costo que ello implica para el Estado y para el sistema procesal, así como también la libertad del procesado, lo que puede tener dos lecturas perfectamente válidas: la primera de ellas respecto a la privación arbitraria de la libertad de un procesado por fallas del sistema y la segunda sobre la pérdida de eficacia de la medida de prisión preventiva si es que esta se dictó y en la hipótesis de la eventual responsabilidad penal del procesado.

Ir al índice

Errores de esta naturaleza le producen un profundo daño al sistema, pues agravian a uno de los principales pilares del modelo vigente: el garantismo procesal; y resulta entonces que este profundo daño se extiende de hecho a la parte más débil, que es el procesado, tornándose en muchas ocasiones en irreparable. Es por ello que resulta imperioso insistir en la necesidad de corregir la forma de postular cargos y el resguardo de garantías fundamentales evitando el excesivo formalismo procesal. Pese a los años transcurridos de implementada la reforma, aún se siguen observando estas fallas. Parece ser que la necesidad de una modificación normativa que plasme la necesidad de una audiencia de control de imputación de cargos, se hace cada vez más patente. Mientras tanto corresponde a la academia impulsar una mejora en los estándares de imputación necesaria y el respeto de las garantías mínimas que acuden al procesado.

Ir al índice

04

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.° 1-2017/CIJ-433

BASE LEGAL: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal
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.

Lima, once de octubre de dos mil diecisiete.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES

1.° Las salas penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 6620-2017-P-PJ, de 4 de septiembre de 2017, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial -abierto al efecto-, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal -en adelante, CPP-, a fin de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobre la interpretación, en el delito de lavado de activos, del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, y la precisión del estándar de prueba para su persecución procesal y condena.

2.° El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de 2017 se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento del señor Fiscal de la Nación, mediante el oficio número 287-2017-MP-FN, de 29 de agosto último, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria vinculante 92-2017/Arequipa, de 8 de agosto del presente año, con sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia, entre ellas las signadas con los números 2071-2011/Lima, 4003-2011/Lima, 244- 2013/Lima y 399-2014/Lima. Segunda, la resolución de convocatoria de 11

Ir al índice

de septiembre para la reunión preparatoria del día miércoles trece de ese mes, y la resolución general del mismo día 13 de septiembre que ratificó la convocatoria al Pleno Jurisdiccional Casatorio.

En esta última resolución se fijó como puntos objeto de la sentencia plenaria -casatoria, los siguientes:

A) La autonomía del delito de lavado de activos en función a lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, esto es, de la *"actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias".*

B) La necesidad de la noción de "gravedad" en los delitos que generan activos ilegales que serán objeto de operaciones de lavado de activos y su relación con la fórmula legal *"... cualquier* [delito] *con capacidad de generar ganancias ilegales",* establecida en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249.

C) El estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con el ***"****origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias"* o de la *"actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias"* (artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249), así como los ámbitos e intensidad que, en su caso, debe comprender su probanza, tanto en sede de investigación preparatoria y de acusación -enjuiciamiento-, como de sentencia.

3.° La segunda etapa consistió: **a)** en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día 29 de septiembre de 2017 -se presentaron un total de 29 *amicus curiae*-; **b)** en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día dos del presente mes, con el informe oral del señor Fiscal Supremo, doctor Tomás Aladino Gálvez Villegas, y de los señores Fiscales Superiores, doctores Rafael Ernesto Vela Barba y Frank Robert Almanza Altamirano, acreditados por el señor Fiscal de la Nación mediante oficio número 365-2017-MP-FN, de 21 de septiembre de este año; y, **c)** en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes y del señor San Martín Castro, de fecha lunes nueve de octubre.

Han presentado informes escritos como *amicus curiae*, los siguientes:

1. Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, jurista y abogado.
2. Gino Marcio Valdivia Guerola, Fiscal de Prevención del Delito.
3. Luis Gustavo Demetrio Plaza Arbulú, abogado.
4. José Antonio Saavedra Calderón, por el Instituto Peruano de Derecho Comparado.
5. Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero, docente, por el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
6. Sonia Raquel Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos y Pérdida de Dominio proveniente del TID.
7. Pedro Andrés Coello Cruz, abogado.

Ir al índice

8. Sergio Javier Espinoza Chiroque, Superintendente Adjunto de Unidad de Inteligencia Financiera, por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP.
9. Manuel Andrés Coello Cáceres, abogado.
10. César Lino Azabache Caracciolo, abogado.
11. Marcial Eloy Paucar Chappa, Fiscal Provincial Penal de Lima.
12. Julio Pacheco Gaige, Vocal Supremo Militar Policial - Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.
13. José Felisandro Mas Camus, Director de Normas y Registro de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.
14. Janet Briones Muñoz, Procuradora Pública Adjunta de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.
15. José Wilfredo Arrieta Caro, Profesor Universitario, de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
16. Davinson Carlos Pino Ticona, abogado.
17. Carmen María Antonia Masías Claux, Presidente Ejecutiva de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA.
18. José Wilfredo Arrieta Caro, abogado consultor.
19. Fernando Ramírez Rodríguez, abogado.
20. Janet Evangelina Briones Muñoz, Procuradora Pública Adjunta de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.
21. Benji Gregory Espinoza Ramos, docente de la Universidad Norbert Wiener.
22. Ronal Hancco Llaclle, abogado.
23. Jesús Heradio Viza Ccalla, Fiscal Provincial Penal de Madre de Dios.
24. Jhon Eber Cusi Rimachi, abogado.
25. Javier Alberto José Ballón-Landa Córdova, abogado.
26. Maricruz Julieta Vargas Leandro, Coordinadora General del Taller de Dogmática Penal. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
27. Wilmer Culquicondor Merino, abogado.
28. Miguel Ángel Augusto Falla Rosado, docente de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
29. Justo Fernando Balmaceda Quiroz, docente de la Universidad San Ignacio de Loyola.

4.° La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.

El resultado de la votación fue de once votos de la ponencia de los señores Prado Saldarriaga y Neyra Flores, con la intervención del señor San Martín Castro, y tres votos a favor de la ponencia de los señores Hinostroza Pariachi y Figueroa Navarro.

No intervino en la sesión la señora Chávez Mella, por vacaciones.

5.° Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una discrepancia de criterios y declarar, en su consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

Ir al índice

6.° Intervienen como ponentes los señores PRADO SALDARRIAGA y NEYRA FLORES, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y EFICACIA NORMATIVA DEL ARTÍCULO 10 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1106

7.° Sobre el origen, la fuente y la función del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se ha debatido mucho en la doctrina nacional y en decisiones recientes emitidas por algunas Salas Penales de este Supremo Tribunal. Por lo general se le ha pretendido vincular, explicar o cuestionar, en base a referencias sobre lo regulado en instrumentos internacionales multilaterales de relevancia global, como *(i)* la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena); *(ii)* la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo); *(iii)* la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida); y, *(iv)* también en programas estratégicas de prevención y control de aplicación asociada internacional como las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera internacional-GAFI de 2012.

Sin embargo, en ninguno de estos instrumentos internacionales se incluyó una disposición específica que destaque lo que resulta ser esencial y característico del aludido dispositivo legal nacional, cual es declarar expresamente la autonomía plena del delito de lavado de activos. Siendo así, no son aquellos instrumentos la fuente legal seguida por el legislador nacional para construir la mencionada norma interna, razón por la cual no resultan útiles sus contenidos y hermenéutica sobre el significado, alcance o la utilidad que le toca cumplir actualmente al citado artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, en el tratamiento político criminal, dogmático penal y procesal de todas las operaciones de lavado de activos que puedan ocurrir en el país.

También resulta significativo destacar que en la legislación alemana, española, colombiana o argentina no se incluye normativamente una disposición similar a la peruana, por mencionar aquellos sistemas jurídicos, doctrina y jurisprudencia extranjeros sobre el delito de lavado de activos, que suelen ser recogidos e invocados con reiterada frecuencia por los comentaristas nacionales, como soporte teórico o informativo para sustentar su análisis teórico del citado precepto del Decreto Legislativo 1106 [cfr.: Fidel Mendoza Llamacponcca: El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 308 y ss. Manuel A. Abanto Vásquez: El delito de lavado de activos. Análisis crítico, Editorial Grijley, Lima, 2017, p. 139 y ss. Tomás Aladino Gálvez Villegas: El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo 1106. Percy García Cavero: Derecho Penal Económico - Parte Especial, Volumen I, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 576 y ss.].

8.° En todos estos esfuerzos hermenéuticos, desafortunadamente, se omitió tomar en cuenta lo regulado por el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con

Ir al índice

el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, de la Organización de Estados Americanos, cuya redacción original data de 1992. Esto es, se obvió considerar un instrumento regional importante por su eficacia vinculante para el Perú, dada su condición de miembro activo del Grupo de Expertos a cargo de su redacción y actualización. Pero, además, porque se trata de un instrumento técnico que fue elaborado para operar como un referente insoslayable al que deben acudir los Estados de las Américas para diseñar e implementar sus políticas preventivas y represivas, a fin de promover la armonización legislativo penal hemisférica en materia de lavado de activos.

Asimismo, porque el Reglamento Modelo demandó expresamente, desde su versión original, el reconocimiento político criminal y la criminalización de las conductas representativas del lavado de activos como un delito autónomo. En efecto, el inciso 6 del artículo 2 del texto de 1992, luego de describir los actos de lavado de activos, dispuso textualmente lo siguiente: *"Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito o delitos conexos"*. Dicho mandato normativo, pese a las sucesivas reformas producidas en la redacción original, ha sido conservado en lo fundamental por la fórmula legal actualmente vigente del mismo Reglamento de 2010, la cual reitera lo siguiente: *"Los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave"*.

9.° El citado Reglamento Modelo constituye, en suma, una norma rectora que regula y orienta el modo, la técnica y el desarrollo práctico que debe aplicarse en la criminalización primaria o secundaria de las conductas, operaciones y transacciones que constituyen lavado de activos. De allí, pues, que el ordenamiento penal peruano recepcionó, acató y asimiló de modo expreso sus contenidos esenciales desde la promulgación de la Ley 27765, a fin de que ella sea aplicada por el legislador y por los operadores de la justicia penal nacional al tratar todo lo relativo a la descripción legal, procesamiento y sanción de los delitos de lavado de activos.

Es por ello que en ese precedente legislativo el párrafo cuarto del artículo 6 prescribió lo siguiente: *"En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria"*. Es más, en el Proyecto de Ley de la Congresista Susana Higuchi Miyacawa, que fue el antecedente directo de dicha disposición legal, ya se proponía incorporar el delito de lavado de activos con total autonomía, incluso incorporando una inédita Sección II A, en el Capítulo III, del Título XVIII, del Código Penal, destacando, además, en el párrafo segundo del artículo 406, la siguiente advertencia normativa: *"El delito de lavado de activos conforme a esta Sección es independiente y diferente del delito del cual se deriva"*.

10.° Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1106 se volvió a ratificar el contenido básico y la inserción nacional de la antes mencionada disposición rectora regional. En el

Ir al índice

artículo 10, párrafo primero, de su redacción inicial, se estatuyó lo siguiente: *"El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria".* Además, por vez primera en la evolución legislativa nacional, se introdujo en ese mismo artículo una sumilla ideográfica alusiva a su contenido y que lo designaba como relativo a la "Autonomía del delito y prueba indiciaria". Cabe agregar que en la Exposición de Motivos del citado Decreto Legislativo se dejó muy en claro que el artículo 10 era una disposición meramente declarativa y de reconocimiento, esto es, una advertencia legal dirigida al Juez para que gestione mejor y resuelva los casos que llegue a conocer por delitos de lavado de activos, respetando tal autonomía. Es de mencionar que este tipo de disposiciones declarativas están también presentes en otras leyes penales, como por ejemplo en el artículo 123 del Código Penal, para orientar al juzgador al momento de evaluar y resolver lo concerniente a las denominadas lesiones con resultado fortuito: *"Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir".*

Por ende, el artículo 10 no es un tipo penal o un tipo complementario que regule algún numerus clausus o listado abierto, cerrado, mixto de posibles, exclusivos o necesarios delitos precedentes. Esto último ha sido puesto de manifiesto por la propia Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1106 en los siguientes términos: *"De igual modo, se ha reformulado el supuesto contemplado en el artículo 6 de la Ley N° 27765 que será consignado ahora como artículo 10, para evitar que este siga siendo distorsionado en su función de norma declarativa, que reconoce la autonomía absoluta del delito, tanto para su configuración típica, como para lo atinente a la actividad probatoria que demanda desplegar para su acreditación judicial [...]. Se deja en claro que dicha disposición no es un catálogo de delitos precedentes ni mucho menos una comunicación, exhaustiva o cerrada de los orígenes ilegales que el autor del delito conoce o debía presumir".*

11.° Las posteriores reformas puntuales que introdujo en el Decreto Legislativo 1106 el Decreto Legislativo 1249, tampoco han cambiado la opción político criminal asumida por el artículo 10 sobre la autonomía, sustantiva, procesal y punitiva del delito de lavado de activos. Es así que su texto reformulado y actualmente vigente, persiste en resaltarlo con el siguiente enunciado: *"El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena".* Igualmente, en tomo a los agregados realizados en el citado artículo 10 por el Decreto Legislativo 1249, la Exposición de Motivos formula las siguientes explicaciones: *"Por otro lado, en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106 si bien se señala expresamente la autonomía del delito de lavado de activos, una interpretación literal de la norma puede llevar a concluir que dicha autonomía se circunscribe al ámbito de la investigación y procesamiento, más no al ámbito de la sanción. En consecuencia, se introduce la expresión sanción para clarificar que la autonomía del lavado de activos abarca a los tres ámbitos: investigación, procesamiento y sanción".*

Ir al índice

12.° Tomando en cuenta los antecedentes reseñados, no es posible, rechazar o poner en duda la autonomía declarada del delito de lavado de activos en nuestro sistema penal. No cabe, por tanto, merced a prácticas hermenéuticas de reducción teleológica negativa que resultan afectando el principio de legalidad [José Hurtado Pozo - Víctor Prado Saldarriaga: Manual de Derecho Penal, 4ta. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 224], obstruir o evitar la investigación, juzgamiento y sanción de un delito de relevante significado político criminal como el lavado de activos, colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la calidad, circunstancias, actores o destino jurídico que correspondan a los delitos precedentes que pudieron dar origen o de los cuales derivaron los bienes objeto de posteriores operaciones de colocación, intercalación o integración. Optar por una forzada interpretación de esas características, conllevaría vaciar de contenido el objetivo y la utilidad político criminal del artículo 10, debilitando con ello el efecto preventivo general que hoy tiene la criminalización nacional e internacional del delito de lavado de activos; lo cual, además, deviene en incoherente e inoportuno en un contexto evidente de preocupación social por el rebrote generalizado de la corrupción de sistema atribuidas a personas expuestas políticamente y su potencial impunidad.

Por consiguiente, resulta, pues, oportuno concluir precisando que para admitir judicialmente una imputación por delito de lavado de activos y habilitar su procesamiento, sólo será necesario que la misma cumpla los siguientes presupuestos:

A. La identificación adecuada de una operación o transacción inusual o sospechosa, así como del incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el agente del delito. Para operativizarla serán de suma utilidad los diferentes catálogos forenses que reúnen de manera especializada las tipologías más recurrentes del lavado de activos, como los producidos, entre otros, por la UNODC y GAFILAT [cfr.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Guía Práctica para analistas financieros, UNDOC, Lima, 2012, GAFISUD. Tipologías Regionales GAFISUD - 2010, Costa Rica, Diciembre, 2010].

B. La adscripción de tales hechos o condición económica cuando menos a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos que describen los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 y sus respectivas modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1246.

C. El señalamiento de los indicios contingentes o las señales de alerta pertinentes, que permiten imputar un conocimiento o una inferencia razonada al autor o partícipe sobre el potencial origen ilícito de los activos objeto de la conducta atribuida. Esto es, que posibiliten vislumbrar razonablemente su calidad de productos o ganancias derivados de una actividad criminal. Para este último efecto tendrán idoneidad los informes analíticos circunstanciados que emita al respecto la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, así como el acopio de la documentación económica, tributaria, financiera o afín que sea útil y relevante para ello.

13°. Es de agregar, finalmente, que el reconocimiento judicial de la autonomía del delito de

Ir al índice

lavado de activos ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto, a modo de ejemplo, basta con hacer referencia a la posición asumida en el noveno fundamento jurídico de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2868-2014, de 27 de diciembre de 2016: "...[el lavado de activos es un] *delito autónomo de aquél al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada",* así como en el cuarto considerando de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4003-2011, de 8 de agosto de 2012: *"En efecto, la normatividad aplicable establece tipos penales de lavado de activos autónomos del delito previo o delito fuente, por lo que para su investigación no se requiere que estos estén sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria, bastando, para la existencia del lavado que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo".*

§ 2. NOCIÓN DE *GRAVEDAD* Y EL PRECEPTO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 10 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1106

14°. El artículo 10 hace expresa referencia a que el origen ilícito de los activos objeto de las operaciones de lavado de activos, es un componente normativo que debe ser abarcado por el dolo del autor de tales actos. Como bien califica la doctrina histórica y contemporánea un elemento normativo es aquel que exige *"una comprensión lógica o intelectual"* donde *"predominan las valoraciones"* [cfr.: José Luis Diez Ripollés: Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 156. Felipe Villavicencio Terreros: Derecho Penal. Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2013, p. 314]. La formulación legal requiere, pues, de una valoración que debe construirse en función a hechos y circunstancias concomitantes, precedentes o concurrentes, que aquél conoce o puede advertir sobre la condición maculada de los bienes involucrados en las acciones de lavado de activos que ha decidido ejecutar. Esto es, corresponde al autor del delito inferir que los bienes que someterá a acciones de colocación, intercalación o integración, fueron producidos o han derivado del ejercicio de actividades criminales, lo que los hace de circulación o posesión antijurídica. Pero, además, la misma disposición legal explica con solvente claridad que dicho origen ilícito debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad justamente de generar ganancias ilícitas. Lo cual es una exigencia del todo coherente con la función y el modus operandi que le son propios a las tipologías criminológicas o criminalísticas, nacionales e internacionales, que suelen ser la representación empírica de dicha forma de delincuencia autónoma y de servicios ilegales que es el lavado de activos. Fundamentalmente, porque él se materializa a través de diversas modalidades, simples o complejas, de disimular, modificar u ocultar aquel origen maculado de tales productos o ganancias.

Consecuentemente, la referencia que hace el artículo 10 de *"...o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales"* resulta ser semánticamente omnicomprensiva de toda actividad criminal que pueda producir también -como aquellas que a modo de ejemplo señala el precepto aludido- réditos económicos de cualquier forma y en cualquier proporción o magnitud. Al respecto cabe mencionar que hay, entre otras, tres clases recurrentes de actividades criminales que tienen esa capacidad lucrativa ilícita que considera el citado artículo:

Ir al índice

A. Actividades criminales de despojo, como el robo, la extorsión o la estafa, etcétera.

B. Actividades criminales de abuso, como el peculado, la concusión, la colusión, el enriquecimiento ilícito, la administración fraudulenta, etcétera.

C. Actividades criminales de producción, como el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilegal de armas, la trata de personas, la minería ilegal, etcétera.

Todas ellas son actividades idóneas para producir ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activo para asegurarlas.

15.° En mérito a lo expuesto, la limitación o exclusión de esa útil posición político criminal asumida por el artículo 10, exigiendo una condición de gravedad delictiva, basada sólo en el límite máximo de la penalidad conminada, constituye también una reducción teleológica negativa y contraria al principio de legalidad. Pero, además, este tipo de exclusión hermenéutica resulta incoherente con los criterios y umbrales internacionales que también ejercen eficacia vinculante sobre la configuración de la legislación penal nacional, como es el caso de las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI, a las cuales el Perú está formalmente adherido a través de su condición de integrante formal del GAFILAT.

En efecto, sobre el estándar de penalidad mínima de las actividades criminales que deben ser abarcadas por las leyes penales contra el lavado de activos, que el GAFI exige regular a los países que se han sometido a sus Recomendaciones y Evaluaciones Periódicas de Cumplimiento, resulta pertinente lo estipulado por la Recomendación 3: *"Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes"*. Además, para esclarecer mejor la condición punitiva de tales actividades criminales en el numeral 3 de la respectiva Nota Interpretativa, el GAFI de modo detallado ha precisado lo siguiente: *"Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionados con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionados con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad"*.

Cabe destacar que en el Código Penal nacional coexisten muchas actividades criminales que como la apropiación ilícita (artículo 190), la estafa (artículo 196), el estelionato (artículo 197), la administración fraudulenta (artículo 198) o la insolvencia fraudulenta (artículo 209), superan ampliamente los estándares mínimos de penalidad que el GAFI demanda para que sean afectadas por las disposiciones contra el lavado de activos, pero que, además, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10, tienen una clara *"capacidad de generar ganancias ilegales"*.

Ir al índice

16.° Por consiguiente, es de concluir destacando lo innecesario e inconveniente, para un estándar de eficacia de las políticas nacionales, regionales e internacionales de prevención y represión penal del delito de lavado de activos, desarrollar nociones de gravedad que perjudican la útil y adecuada regulación actual del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, la misma que involucra toda actividad criminal capaz de producir ganancias ilegales. Además, cabe precisar que el único criterio de gravedad que ha formalizado la legislación penal vigente en el Perú, para habilitar la persecución, procesamiento y sanción de las conductas que constituyen delito de lavado de activos, se refiere al monto relevante del valor económico de la operación de colocación, intercalación o integración realizada por el agente, y que es considerado como circunstancia agravante específica en al artículo 4, inciso 3, del Decreto Legislativo 1106, cuando dicho monto excede el equivalente a más de quinientas Unidades Impositivas Tributarias.

§ 3. ESTÁNDAR DE PRUEBA DE LA ACTIVIDAD CRIMINAL QUE GENERA GANANCIAS ILEGALES - EXIGENCIAS LEGALES SEGÚN LAS ETAPAS PROCESALES

17.° La definición de lo que se denomina "estándar de prueba" guarda relación con la garantía de presunción de inocencia (artículo 2, numeral 24, literal 'e', de la Constitución), concretamente con su regla de juicio (manifestación procesal de la referida garantía constitucional en el momento de la valoración de la prueba), concerniente al *in dubio pro reo* y que requiere para la condena una convicción judicial más allá de toda duda razonable luego de una cuidadosa e imparcial consideración de las pruebas del caso que permita la confirmación de la hipótesis acusatoria y su no-refutación -este principio, como acota Claus Roxin, no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica solo después de la finalización de la valoración de la prueba [Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 111]-, lo que, por lo demás, está complementado con el principio de la sana crítica racional en la valoración de la prueba. Por tanto, *"A la hora de fijar los hechos en la sentencia, la eficacia de los resultados de las pruebas practicadas se somete al indicado principio"* [Teresa Armenia Deu: Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, editorial Marcial Pons, Madrid, p. 247].

El Juez está liberado de las obligaciones legales de la prueba tasada, pero no de las reglas del pensamiento o de la razón. La valoración de las pruebas es discrecional, pero el Juez debe respetar esquemas racionales [Michele Taruffo: Proceso y Decisión, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 75 y 180].

El párrafo final del apartado 1 del artículo II del Título Preliminar del CPP, en esa misma perspectiva normativa, indica: *"En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado"* al igual que el artículo 398, apartado 1, del mismo Código, que apunta: *"la motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente [...] la declaración de que [...] los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma..."*. Luego, cuando reste incertidumbre en la apreciación de las pruebas inculpatorias aportadas al proceso, debe dictarse sentencia absolutoria; cualquier duda acerca de la culpabilidad del acusado debe interpretarse a su favor (STEDH Telfner vs. Austria, de 20 de marzo de 2001).

Ir al índice

La apreciación de la prueba ha de ser conforme a las reglas de la sana crítica (concordancia de los artículos 158.1 y 393.2 del CPP), no exenta de pautas o directrices de rango objetivo. Los elementos que componen la sana crítica son: *(i)* la lógica, con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia) y del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes); *(ii)* las máximas de experiencia o "reglas de la vida", a las que el juzgador recurre (criterios normativos o reglas no jurídicas, producto de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos hechos productos de la vida social concreta, que sirven al juez, en una actitud prudente y objetiva, para emitir juicios de valor acerca de una realidad, con funciones heurística, epistémica y justificativa); y, *(iii)* los conocimientos científicamente aceptados socialmente (según exigen los cánones de la comunidad científica mundial) [Rodrigo Rivera Morales: La prueba: un análisis racional y práctico, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 254].

Frente al silogismo, en cuyo mérito la premisa menor es la fuente-medio de prueba, la premisa mayor es una regla de la sana crítica y la conclusión es la afirmación por el juzgador de la existencia o inexistencia de los hechos enjuiciados, debe tener presente, como explica Silvia Barona Vilar, *(i)* que en el sistema de valoración libre las reglas de la sana crítica deben determinarse por el juzgador desde parámetros objetivos -no legales-; y, *(ii)* que, ante la ausencia de la premisa menor -pruebas válidamente practicadas-, la absolución es obligada [Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 22da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 310].

18.° Respecto del juicio histórico, sobre el que recae esta regla jurídica de máxima jerarquía, es claro que el cumplimiento del estándar de prueba se refiere, de modo relevante, de un lado, a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal –objeto de acusación y enjuiciamiento-; y, de otro lado, a la vinculación del imputado con éstos, a título de autor o de partícipe (artículos 23, 24 y 25 del Código Penal). Estos elementos típicos y la intervención delictiva -que procesalmente constituyen el objeto o tema de prueba- deben probarse más allá de toda duda razonable. Cabe acotar que no existe prueba en sí sino prueba de un tipo penal, de un suceso histórico jurídico-penalmente relevante afirmado por la acusación -el supuesto fáctico por el que se acusa-.

19.° En lo atinente al punto materia de análisis por este Pleno Jurisdiccional Casatorio, cabe enfatizar que lo que debe acreditarse en el delito de lavado de activos, entre otras exigencias típicas, es el origen ilícito del dinero, bienes, efectos o ganancias (artículos 1 y 2) o del dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos "al portador" (artículo 3); esto es, propiamente, de los activos que tienen su origen en actividades criminales antecedentes-, respecto de los cuales el sujeto activo conoce o debía presumir su ilicitud. Recuérdese que el objetivo político criminal de este delito estriba en hacer posible la intervención del Derecho penal en todos los tramos del circuito económico de los delitos con capacidad para generar ganancias ilegales; responde a la tendencia internacional de abarcar todas las posibles conductas ilícitas con el fin de reprimir cualquier obtención de beneficios generados por las

Ir al índice

indicadas actividades criminales; y, por ello, se erige en un delito autónomo, que tipifica y describe conductas concretas distintas a las que integran la conducta delictiva antecedente, del que trae causa los bienes objeto de lavado.

Las "actividades criminales" (artículo 10) -de aquellos delitos con capacidad de generar ganancias ilegales-, vista incluso la propia dicción de la citada disposición legal, no puede entenderse como la determinación de la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de diversos agentes individualizados y objeto. No es un requisito indispensable para que pueda formularse acusación y emitirse condena por este delito de lavado de activos. Por lo demás, la especificidad de un delito previo no es el objeto de la acusación y de la sentencia. Así, por ejemplo, se estimó en la STSE 1505/2005, de 23 de febrero de 2005 (conforme: fundamento jurídico quinto, numeral dos), con la consideración más relevante, para nuestro país, de la incorporación de una regla expresa en el párrafo primero del artículo 10, que preceptúa: *"El delito de lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron [los activos], hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena".*

Esta misma sentencia indicó en el aludido fundamento jurídico que: *"La actuación contra este género de actividades pasa fundamentalmente por la investigación sobre los bienes que afloran en poder de determinadas personas y es suficiente con una referencia genérica al origen de los mismos para después, casi siempre por la vía de los indicadores o indicios, llegar a la conclusión racional y motivada de su procedencia".* No se requiere, en suma, la identificación de las concretas operaciones delictivas previas; basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico -de un injusto penal-. Como no se necesita una condena anterior de la actividad antecedente de la que procede el activo maculado, es suficiente establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del mismo, en función de los demás datos disponibles; o, dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo (conforme: STSE 154/2008, de 8 de abril).

20.° Como la característica fundamental del delito de lavado de activos es su autonomía, sin accesoriedad respecto de la actividad criminal que determinó el activo maculado -se desvincula lo máximo posible del delito previo-, en buena lógica, como postula Javier Zaragoza Aguado, no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva. La presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes [Investigación y Enjuiciamiento del Blanqueo de Capitales (II). En: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial, 3ra. Edición, Organización de Estados Americanos, Washington D.C. 2007, p. 396].

En esta misma tesitura -con mayor fuerza desde la exigencia en nuestro país de un precepto legal declarativo y de reconocimiento que es el artículo 10- es la que postula Isidoro Blanco

Ir al índice

Cordero, al enfatizar: *"En definitiva, basta con acreditar la existencia de una actividad delictiva de modo genérico, que en atención a las circunstancias del caso permita excluir otros posibles orígenes de los bienes, no siendo necesaria una probanza plena de un acto delictivo específico ni de los intervinientes en el mismo"* [Principios y Recomendaciones Internacionales para la penalización del lavado de dinero - Aspectos Sustantivos. En: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial, Obra citada, p. 171].

21.° En atención a lo expuesto, para la condena de un delito de lavado de activos, como para cualquier otro, es necesaria la convicción más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: *(i)* una actividad criminal previa idónea para generar determinados activos -según lo establecido en los fundamentos jurídicos precedentes-; *(ii)* la realización de actos de conversión y transferencia, o actos de ocultamiento y tenencia, o de actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional; y, *(iii)*, subjetivamente, tanto el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita del activo -dolo directo o eventual- (sin que este conocimiento sea preciso o detallado en todos sus pormenores del origen delictivo de los activos, pues basta la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal), cuanto de la realización de los actos de lavado con la finalidad u objetivo de evitar la identificación, la incautación o el decomiso -es, por ello, un elemento subjetivo especial distinto del dolo, específicamente, es un delito de tendencia interna ascendente o delito de intención-.

A los efectos de una sentencia condenatoria, ninguno de estos elementos, como, por ejemplo, explica la STSE 220/2015, de 9 de abril, se puede "presumir", en el sentido de que se pueda escapar de esa certeza objetivable -no es de aceptar suposiciones o meras conjeturas- No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta. Específicamente, los elementos subjetivos han de ser inferidos normalmente de datos o fenómenos exteriores que deben ser analizados con el mismo rigor y cautela con que lo son los indicios de los que se infiere, en muchas ocasiones, la realidad del tipo objetivo de un delito (conforme: STSE 586/2006, de 29 de mayo).

22.° El artículo 10, en la última oración de su párrafo final, menciona expresamente que: *"El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso"*. Esta regla, meramente declarativa por cierto, solo ratifica que, por la realidad criminológica de esta modalidad criminal, es menester acudir a la prueba por indicios (reconocida expresamente por el artículo 158, apartado 3, del CPP, y por la Ejecutoria Suprema Vinculante RN 1912-2005/Piura, de 6 de septiembre de 2005, y Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, de 13 de octubre de 2006), pues en muy escasas ocasiones se cuenta con prueba directa -como sería la confesión del interviniente en el delito de lavado de activos-. La prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de comisión de actividades criminales con capacidad para generar ganancias ilegales así como de lavado de activos procedente de aquéllas, por lo que la prueba indirecta o por indicios será la más usual (conforme: STSE 433/2000, de 10 de enero). O, en otros términos, la indispensable prueba del origen ilícito del activo que se "lava" en la práctica totalidad de los casos sólo puede alcanzarse por medio

Ir al índice

de indicios, ante el riesgo en otro caso de que queden en la impunidad la totalidad de tales conductas, al posibilitarse y ser lo más frecuente en la práctica que semejantes infracciones se persigan independientemente del delito origen del activo, alcanzándose su sanción de manera autónoma y proclamándose la ausencia de accesoriedad entre ambos (conforme: STSE 1061/2002, de 6 de junio).

La prueba por indicios -que, por lo demás, es clásica y no solo es exclusiva de esta modalidad criminal- aparece, entonces, como el método más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, como se anotó, único posible para tener acreditada su comisión (verbigracia: STSE 738/2006, de 4 de julio). Ello, en ningún caso, puede entenderse como una relajación de las exigencias probatorias, sino como otra forma de probanza que puede conducir al siempre exigible grado de certeza objetiva preciso para un pronunciamiento penal condenatorio (verbigracia: STSE 247/2015, de 28 de abril). Cada uno de los indicios, como tales, deben estar plenamente probados y no es admisible que sean simples productos de una cadena de conjeturas o sospechas, es decir de suposiciones no corroboradas a plenitud (verbigracia: STSE 928/2006, de 5 de octubre).

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. Es pertinente destacar lo que sobre este punto, en orden a la inferencia, señaló la Casación Colombiana: *"Es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta de su articulación, de forma tal que los hechos indicadores* [los indicios] *sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacía varias hipótesis de solución"* (Sentencia de Casación de 3 de diciembre de 2009, radicado número 28.267).

Algunos de los indicios, los más habituales, se han citado en el Acuerdo Plenario número 2-2010/CJ-116, de 16-11-2010, párrafo 33. Y, si se trata de los procedimientos irregulares más utilizados en el sistema financiero internacional, no solamente a través de las facilidades que proporciona internet sino también en operaciones convencionales, es del caso acudir, en la línea descripta en el párrafo 12 de esta Sentencia Plenaria, a los dictámenes y estudios realizados por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), que detallan las prácticas corruptas para montar un entramado a partir del cual se intenta dar apariencia de licitud a las actividades de lavado de activos, así como las diversas orientaciones de la CICAD.

En todo caso, puede concebirse -a título meramente enunciativo, sin que necesariamente se califiquen de obligatorios requisitos legales ni que deban concurrir juntos, pues lo más relevante son los datos concretos de la causa- un triple pilar indiciario -o elementos incriminatorios- sobre el cual edificarse una condena por el delito de lavado de activos (por ejemplo: STSE 345/2014, de 24 de abril):

Ir al índice

Primero, los incrementos inusuales o crecimientos injustificados del patrimonio, o la realización de actividades financieras anómalas -por su cuantía y su dinámica-.

Segundo, la inexistencia de negocios o actividades económicas o comerciales lícitas que justifiquen el incremento patrimonial o las trasmisiones dinerarias.

Tercero, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas con capacidad de generar ganancias ilegales o con personas o grupos relacionados con los mismos.

23.° Por otra parte, en el desarrollo de la actividad procesal, de persecución, procesamiento, acusación - enjuiciamiento y condena del delito de lavado de activos, como es obvio, el estándar o grado de convicción no será el mismo. Éste, conforme al principio de progresividad en el desarrollo de la acción penal durante el procedimiento penal, atraviesa varias fases y en cada una de ellas las exigencias son mayores -unificados bajo el concepto muy difuso de "prueba semiplena"-, hasta exigir el grado de convicción pleno del órgano jurisdiccional, más allá de toda duda razonable, cuando se trata de pronunciar una sentencia condenatoria [Conforme: Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín y otros: Derecho Procesal Penal, Editorial Civitas, Pamplona, 2009, p. 452]. Seguridad, certeza y 'verdad' existen recién al final del juicio oral cuando el juez arribó a un convencimiento sobre el curso de los acontecimientos; mientras tanto, todas las decisiones hasta la sentencia son adoptadas o fundadas con base en la sospecha [Klaus Volk: Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 78 y 79]. Ésta, por lo demás, se sustenta en el principio de proporcionalidad -a tono con la magnitud del interés persecutorio del Estado-, que permite justificar la formulación 'e disposiciones y resoluciones intermedias en el curso del proceso penal que puedan afectar la libertad del imputado hasta antes de la sentencia, sin vulnerar la garantía de presunción de inocencia, porque no es una consecuencia de ella [Javier Llobet Rodríguez: Proceso Penal Comentado, 6ta. Edición, Editora Dominza-Editorial Jurídica Continental, San José, 2017, p.393].

Así se tiene lo siguiente:

Primera, para la emisión de la disposición de diligencias preliminares sólo se requiere sospecha inicial simple, para *"...determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosas, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión* [...], *y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente"* (artículo 330, apartado 2, del CPP).

Segunda, para la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesita sospecha reveladora, esto es, *"...indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad..."* (artículo 336, apartado 1, del CPP).

Tercera, para la formulación de la acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento se precisa sospecha suficiente, vale decir, *"...base suficiente para ello..."* o *"...elementos de*

Ir al índice

convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado" (artículo 344, apartado 1 y apartado 2, literal d *a contrario sensu*, del CPP).

Asimismo, corresponde, por su importancia y especialidad, abordar otro supuesto de convicción judicial, el referido a la prisión preventiva. Para pronunciar dicha resolución coercitiva personal se requiere sospecha grave, o sea, *"...fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo"* (artículo 268, literal a, del CPP).

Es de entender que el vocablo "sospecha" no se utiliza en su acepción vulgar -de meras corazonadas sin fundamento objetivo [Luis Lamas Puccio: La prueba indiciaría en el lavado de activos, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 167]-, sino en su pleno sentido técnico-procesal; es decir, como un estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios -que se erigen en elementos de convicción sobre la base de actos de investigación- obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar diversas decisiones y medidas limitativas, así como practicar determinadas actuaciones.

En este ámbito también se utiliza insistentemente el vocablo "indicios", respecto del que debe aclararse la existencia de una noción técnica y otra común del mismo. La primera significación hace mención al hecho base que permite enlazar con el hecho consecuencia o hecho presunto como consecuencia de un razonamiento lógico causal del juzgador en la prueba por indicios. La segunda significación -común o procedimental- lo identifica con aquel indicador de la producción de ciertos hechos que a priori son delictivos; se trata de una primera plataforma de la investigación criminal y es la que es materia de este análisis [Francisco Ortego Pérez: El Juicio de Acusación, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, p. 46].

24.° En orden al nivel o intensidad de la sospecha, cabe afirmar lo siguiente:

A. La sospecha inicial simple -el grado menos intensivo de la sospecha- requiere, por parte del Fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos -solo con cierto nivel de delimitación- y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito -en este caso de lavado de activos- [Cfr.: Claus Roxin, Obra citada, p. 329]. Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos –aunque con cierto nivel de delimitación-, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna -esto último, por cierto, no es lo mismo que prueba indiciaría o por indicios, objeto de la sentencia-.

Las sospechas (vocablo utilizado, por ejemplo, en el artículo 329, apartado 1, del CPP), en todo caso, en función a los elementos de convicción que se cuentan, conforme a la jurisprudencia germana, solo aluden a un hecho presuntamente delictivo, de momento nada debe indicar sólidamente aún un autor en concreto (BGH StV 1988, 441). Si no está claro si las circunstancias conocidas hasta el momento ponen de manifiesto una conducta punible, cabe una indagación preliminar. Desde esta perspectiva, para incoar diligencias preliminares solo se precisa de la posibilidad de comisión de un hecho delictivo. Es, pues, un juicio de posibilidad que realiza el Fiscal, que es el que funda el *ius persequendi* del fiscal, y que exige

Ir al índice

una valoración circunstanciada de su parte [Francisco Ortego Pérez: Obra citada, p. 53].

Corresponde al Fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso con plena observancia del principio de legalidad, como preceptúa el artículo 65, apartados 4 y 5, del CPP. Las diligencias preliminares de investigación, en esta perspectiva, tienen como objetivo *"...determinar si* [el Fiscal] *debe formalizar la Investigación Preparatoria"* (artículo 330, apartado 1, del CPP), y persiguen *"...realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad* [...], *individualizar a las personas involucradas en su comisión..."* (Artículo 330, apartado 2, del CPP). El plazo de las diligencias preliminares debe ser, siempre, razonable, y se define en función de *"...las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación"* (artículo 334, apartado 2, del CPP).

De otro lado, es de resaltar, como no podía ser de otro modo, que el paso de las diligencias preliminares a la investigación preparatoria formal está regulada legalmente (artículos 334 y 336 del CPP), incluso cuando corresponda la reapertura de las actuaciones investigativas del fiscal, la que en virtud al valor seguridad jurídica está sometida, para su eficacia procesal, al cumplimiento previo y razonado de los presupuestos materiales estipulados en el artículo 335, apartado 2, del CPP.

B. La sospecha reveladora para la disposición de formalización de la investigación preparatoria -el grado intermedio de la sospecha-, en cuanto imputación formal de carácter provisional, consiste en la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta de lavado de activos, mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación -los elementos de prueba, como se sabe, son los que se utilizan para la construcción de una sentencia- para incoar un proceso penal en forma y, en su día, servir de presupuesto necesario para la acusación y la apertura del juicio oral -en este supuesto la investigación arroja mayor claridad sobre los hechos objeto de averiguación-. Los hechos para la dilucidación, en el momento procesal oportuno, de la acusación solo podrán determinarse en su extensión y necesaria explicitación hasta el término de la investigación preparatoria.

Efectivamente, el nivel de fijeza de la actividad criminal previa, siempre presente por estar incorporada al tipo penal de lavado de activos, es intermedio. Se debe indicar de qué actividad, genéricamente advertida, se trata y señalar, a partir de esos datos, la ilicitud de los activos objeto de las conductas de lavado por el agente delictivo. Para esta inculpación formal, propia de la disposición de formalización, se requiere probabilidad de intervención del imputado en un hecho punible. Los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose por ello de vagas indicaciones o livianas sospechas, de suerte que la aludida disposición debe apoyarse en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza suponga una probabilidad de la existencia de un delito -no se exige un inequívoco testimonio de certidumbre- (conforme: STCE de 16 de febrero de 1983).

C. La sospecha suficiente, idónea para la acusación y para la emisión del auto de enjuiciamiento -el grado relativamente más sólido de la sospecha-, en la evaluación provisoria del hecho

Ir al índice

exige, a partir de los elementos de convicción acopiados hasta el momento, una probabilidad de condena (juicio de probabilidad positivo) -que ésta sea más probable que una absolución. Esto es, que consten datos de cargo, desfavorables al imputado y que prevalezcan respecto de los datos que lo favorezcan o de descargo, que fundan el progreso de la persecución penal [Julio B. J. Maier: Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2da. Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 496]-. El Fiscal y, en su día, el Juez tienen la responsabilidad de realizar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación; probabilidad racionalmente determinada [Francisco Ortego Pérez: Obra citada, p. 54].

Se exige, en aras de garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción, que la imputación sea completa (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específica (debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas), pero no exhaustivo (no se requiere un relato minucioso y detallado, o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de acusación de elementos fácticos que obren en las actuaciones de la investigación preparatoria, y a los que la acusación se refiera con suficiente claridad) -estas exigencias son materiales, no formales, destinadas a que el acusado conozca con claridad y precisión los hechos objeto de acusación- (conforme: STSE de 6 de abril de 1995). Así, los hechos deben delimitarse y los elementos de convicción deben señalarse en la acusación; y, en lo atinente al delito de lavado de activos, debe mencionarse la actividad criminal precedente, en los ámbitos y conforme a las acotaciones ya anotadas, de la que proceden los activos cuestionados, sin perjuicio de enunciarse la concurrencia de los demás elementos del tipo penal.

Se reclama, enseña Ellen Schlüchter, respecto de la probabilidad de condena, como pauta de la sospecha de criminalidad suficiente, el cumplimiento de tres presupuestos: *(i)* que la acusación ha de basarse en una descripción de hechos cuya comisión es, previsiblemente, demostrable a través de los medios de prueba; *(ii)* que los hechos presentados tienen que ser concluyentes para uno o varios tipos penales de la parte especial del Código Penal o del Derecho Penal especial; y, *(iii)* que no existan obstáculos procesales [Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Videncia, 1999, p. 98]. No es de descuidar, por cierto, que exista probabilidad acerca de la existencia de los elementos de imputación que consten en las actuaciones de la investigación preparatoria -que aparezca como probable una condena- [Julio B.J. Maier: Derecho Procesal Penal, Tomo III, Ira. Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 359].

D. La sospecha grave, propia para dictar mandato de prisión preventiva -el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro Código Procesal Penal, que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento-, requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) [Claus Roxin: Obra citada, p. 259]. Ésta es una *conditio sitie qua non* de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal. El elemento de convicción ha de ser corroborado por otros elementos de convicción o cuando

Ir al índice

por sí mismo es portador de una alta fiabilidad de sus resultados, y además ha de tener un alto poder incriminatorio, esto es, vincular al imputado con el hecho punible. Esta exigencia probatoria, sin duda, será superior que la prevista para inicio de actuaciones penales pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena: descarte de duda razonable [Jordi Ferrer Beltrán: Presunción de inocencia y prisión preventiva. En: AA. VV, Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba, Editorial Ideas. Lima, 2017, pp. 128 y 130],

No se exige, por ello, prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino únicamente la existencia de indicios o elementos de convicción fundados y graves de la comisión de una actividad delictiva y de los demás presupuestos de punibilidad y perseguibilidad, y a partir de ellos de su responsabilidad penal. El juicio de imputación judicial para la prisión preventiva exige un plus material respecto a los dos anteriores niveles de sospecha, pues debe contener un elevado índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo [Cristina Guerra Pérez: La decisión judicial de prisión preventiva, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 138].

La expresión "sospecha grave" debe ser interpretada en sentido cuantitativo, es decir, denotando un grado de intensidad mayor que la precedente, que permitan ya sostener desde un principio, aunque provisionalmente, que la persona inculpada es responsable del delito [Odone Sanguiné: Prisión provisional y derechos fundamentales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 471].

Desde luego, no serán susceptibles de reproche constitucional las resoluciones judiciales que expresen los hechos que se estiman provisionalmente acreditados y las fuentes -elementos de convicción- que les han conducido a estimar que existen indicios fundados y graves de responsabilidad penal del sujeto sometido a prisión preventiva, siempre que esa inferencia de responsabilidad criminal no puede calificarse de ilógica, o de argumentalmente insuficiente [Rafael Bellido Penadés: La prisión provisional y las medidas alternativas. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (Víctor Moreno Catena: Director), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 410. STCE 164/2000, de 12 de junio].

25.° En conclusión, los elementos de prueba y, antes, los elementos de convicción deben ser idóneos y necesarios en cada fase o etapa del procedimiento penal para justificar las diligencias preliminares, el procesamiento penal a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la acusación y el auto de enjuiciamiento, y, finalmente, la sentencia -que requiere, esta sí, elementos de prueba-. Los actos de aportación de hechos deben recaer tanto en los elementos de la figura delictiva cuanto en los factores que determinan la intervención delictiva del imputado -en este caso, del delito de lavado de activos-. Racionalmente los datos de hecho deben acreditar, según los grados de convicción exigibles en casa fase o etapa procesal, los hechos objeto de imputación.

Conforme avanzan las averiguaciones, el grado de determinación de la actividad criminal previa, apta o capaz para generar determinados activos objeto de lavado, se va ultimando. Ello no significa, sin embargo, que desde el inicio de las averiguaciones no se requiera contar con puntos de partida objetivos de cierta idoneidad y conducencia, por lo menos abstracta, y

Ir al índice

fundados en la experiencia criminalística; datos que, progresivamente, según los momentos decisivos de cada fase procesal, deben delimitarse, consolidarse y confirmarse en lo que le es propio. Por consiguiente, de meros argumentos generales, sin conexión razonable o adecuada con los primeros hallazgos o datos aportados, no es posible siquiera mantener la sub-fase de diligencias preliminares y, menos, formalizar la investigación preparatoria.

No basta, a final de cuentas, limitarse a afirmar, en el punto materia de examen, la presunta realidad del origen del activo maculado bajo el argumento de simples "negocios ilícitos". Debe concretarse, conforme a lo ya concluido en los fundamentos jurídicos precedentes, en la sentencia condenatoria -y con menos énfasis, pero con algún nivel de referencia, en las demás decisiones y actos de imputación- que éste viene de una actividad criminal, con las características y ámbitos ya apuntados, pues de lo contrario faltará un elemento del tipo (conforme: STSE 707/2006, de 23 de junio).

26.° Si, como quedó establecido, el delito de lavado de activos, por lo común, se acredita mediante prueba por indicios, éstos han de ubicarse, identificarse, asegurarse y enlazarse entre sí -formar una cadena de indicios-, para inferir, con arreglo a las reglas de la sana crítica, la realidad de los actos de lavado de activos objeto del proceso penal. Es de tener presente, sobre el particular, los aportes de los estudios y trabajos criminológicos y de la experiencia criminalística de los órganos especializados en su prevención y detección -nacionales, extranjeros e internacionales-, que progresivamente vienen identificando las prácticas ilícitas que desarrolla la delincuencia, especialmente la organizada, a fin de orientar correctamente la investigación y el enjuiciamiento de esta modalidad delictiva.

III. DECISIÓN

27.° En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

ACORDARON

28.° DECLARAR SIN EFECTO el carácter vinculante de la disposición establecida por la Sentencia Casatoria número 92-2017/Arequipa, de 8 de agosto de 2017.

29.° ESTABLECER como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes -que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos-, los siguientes lineamientos jurídicos:

A. El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.

B. El artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento. No es un tipo penal o un tipo complementario.

Ir al índice

C. El "origen delictivo" mencionado por el citado artículo 10 es un componente normativo. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. La ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente; no optó por el enfoque del "umbral".

D. La noción "actividades criminales" no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados y objeto. Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.

E. El estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal: la ley fija esos niveles de conocimiento. Varía, progresivamente, en intensidad.

F. Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una "sospecha inicial simple", para formalizar la investigación preparatoria se necesita "sospecha reveladora", para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa "sospecha suficiente", y para proferir auto de prisión preventiva se demanda "sospecha grave" -la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia-. La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable.

29.° PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

30.° PUBLICAR la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el diario oficial El Peruano y en la Página Web del Poder Judicial.

S.S
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CHAVES ZAPATER
SEQUEIROS VARGAS
PACHECO HUANCAS
CALDERÓN CASTILLO

Ir al índice

EL VOTO DISCORDANTE DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, ALDO FIGUEROA NAVARRO Y LUIS ALBERTO CEVALLOS VEGAS, ES COMO SIGUE

Tipo penal y elemento normativo del tipo

1. Para evaluar la cuestión relacionada con la determinación de la existencia o no de un elemento normativo del tipo en el delito de lavado activos, sus alcances y su incidencia en el ámbito probatorio, es menester realizar una interpretación gramatical, sistemática, teleológica e histórica de los tipos penales previstos en los artículos 1°, 2° y 3°, en concordancia con el artículo 10°, segundo párrafo del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249.

2. Para ello, debemos partir por establecer su ubicación, sentido e identificación en la teoría del delito. Al respecto, es conteste la posición dogmática que el delito es acción típica, antijurídica y culpable. Una primera consecuencia de esta definición estructural es que los conceptos de tipo y acción no son diferenciables o escindibles. Los tipos penales se construyen en función de acciones típicamente relevantes. En un Estado Constitucional de Derecho, estas acciones seleccionadas responden a las exigencias de un derecho penal de acto, y no de autor. La selección se realiza de acuerdo a los principios democráticos de un derecho penal constitucionalizado, esto es, bajo los principios de legalidad, subsidiaridad, fragmentariedad, responsabilidad y proporcionalidad.

3. Así las cosas, los elementos de la acción son, como sostiene Jakobs[1], elementos del tipo penal. Pero el tipo penal no es exclusiva o diferenciadamente objetivo o subjetivo; como reflejo de la realidad social presupone a un sujeto cognoscente y un objeto cognoscible. Por razones teóricas -no ontológicas- se divide el tipo en objetivo (aspecto externo del delito) y en subjetivo (actitud interna del sujeto), pero ello no significa la inexistencia de una relación de correspondencia entre ambos. *Ergo*, asumir unilateralmente que el tipo subjetivo se estructure sin correspondencia en el tipo objetivo es caer en subjetivismo, por la inexistencia de afectación del bien jurídico (ausencia de imputación objetiva); por el contrario, acentuar el enfoque exclusivamente en el tipo objetivo sin referencia al tipo subjetivo, es desembocar en objetivismo, no requiriéndose la configuración del dolo o la culpa (inexistencia de imputación subjetiva). Como estructura de acción única, entonces, el tipo penal -no la norma subyacente- debe configurarse conjunta y equilibradamente para constituir un injusto penal.

4. Ahora bien, en la descripción de los tipos penales, el tipo objetivo no se compone solo por meras descripciones perceptibles sensorialmente. La relevancia penal de la descripción requiere muchas veces de datos susceptibles de valoración jurídica o prejurídica. Los elementos del tipo objetivo que requieran de una integración valorativa se denominan, por ende, elementos normativos del tipo. Su significado es trascendente porque dota de contenido al injusto, condición sin la cual la descripción típica de la conducta, carecería de relevancia penal, pues se incardinan con el bien jurídico y, con ello, con la imputación objetiva. Esta connotación valorativa de un elemento del tipo objetivo requiere además ser abarcada por el tipo subjetivo, o más precisamente por el dolo del

1 Jakobs, Günther: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación; Marcial Pons ed.; Madrid 1995; p. 200.

Ir al índice

sujeto. El mero conocimiento del objeto del delito -por ejemplo de un bien en el hurto- no es suficiente para su configuración, es necesario considerar la ajenidad respecto del objeto material. El dolo del sujeto activo debe abarcar entonces este último aspecto (elemento normativo del tipo objetivo) mediante una "valoración paralela en la esfera del lego" (Paralellwertung del Laiensphäre).

Elemento normativo del tipo en el lavado de activos

5. La primera cuestión dogmática a evaluar es la determinación de la existencia de un elemento normativo del tipo en el lavado de activos, y su relación con *"la actividad criminal que produce dinero, efectos, bienes o ganancias",* prevista en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249. Pero para ello debe determinarse la naturaleza y alcance de esta descripción normativa con la estructura de los tipos penales de lavado de activos (interpretación sistemática). En el caso de los tipos penales de lavado de activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3°, se tienen como denominadores comunes los siguientes: a) en los tipos objetivos se presentan como objetos de los delitos "[el] *dinero, bienes, efectos o ganancias* (tipos de conversión o transferencia y ocultamiento o tenencia), y *"dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos 'al portador"* (tipo de transporte); b) en los tipos subjetivos se alude al conocimiento real o presunto de su *"origen ilícito".*

6. La verificación de la relación entre los tipos objetivos y los tipos subjetivos correspondientes, dejan entrever que se trata de un tipo congruente, en el caso del tipo penal del artículo 2°; esto es" [...] *la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo*[2]. Y en los casos de los tipos penales de los artículos 1° y 3°, de tipos incongruentes o, como se les rotula en la doctrina, con exceso subjetivo, condicionados por la existencia de un elemento subjetivo distinto al dolo. El dolo es descrito, en todos los casos, mediante la frase "[cuyo origen ilícito] *conoce o debía presumir".* Por su parte, el elemento subjetivo distinto del dolo se evidencia *"con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso".* Pero en los tres casos, el dolo debe abarcar la totalidad de los elementos objetivos de los tipos penales.

7. Ahora bien, el tipo objetivo en los tres delitos ha sido construido sobre la base del objeto material de los mismos; vale decir *"el dinero, bienes, efectos, ganancias o instrumentos financieros", sobre los que recaen las actividades típicas señaladas en dichos tipos penales; esto es, el "convertir, transferir, administrar, custodiar, recibir, ocultar, mantener en su poder, transportar o trasladar consigo".* Pero estas actividades, relacionadas con esos elementos fundamentalmente descriptivos, son irrelevantes penalmente hablando; son conductas neutras y hasta funcionales al sistema económico y sus instituciones. Así las cosas, no podría satisfacer la exigencia de ser conductas típicas. Es necesario entonces interpretar su sentido conjuntamente con la finalidad de protección subyacente en la norma. En otros términos, su contenido de injusto debe establecerse conforme al bien jurídico protegido en el lavado de activos. En este sentido, debe considerarse el carácter de delito complejo del lavado de activos. Mediante su represión se protege directamente, según la modalidad típica, el correcto funcionamiento del sistema económico y sus instituciones, y la eficacia de la función jurisdiccional, e indirectamente la sostenibilidad

2 Mir Puig, Santiago: Derecho Penal. Parte General; cuarta edición; ed. Reppertor; Barcelona 1996; p. 205.

Ir al índice

de los sistemas económico, social y político, socavado por el funcionamiento del crimen organizado y la influencia negativa de la corrupción sistémica[3], cuyas ganancias constituyen su soporte y son fuentes de desintegración económica, política y social, mediante un proceso de criminalización del Estado[4].

8. A su vez, la determinación precisa del bien jurídico protegido, sirve para delimitar el ámbito del riesgo permitido y, por ende, del riesgo prohibido al mismo, como consecuencia de las actividades económicas. Esta delimitación es fundamental, en el contexto de una economía prevalentemente informal como la nuestra[5]. Esto significa que en la determinación de los límites de la imputación objetiva se debe considerar que los actores económicos desarrollan sus actividades en un contexto de prevalente informalidad. Por tanto, una conducta económica informal no necesariamente traspasa los límites del riesgo permitido. En concreto, las actividades de conversión, transferencias, ahorro al margen del sistema financiero, posesión, transporte de activos pueden revelar una actitud de desconfianza o indiferencia frente al sistema económico o financiero, pero se encuentran dentro de lo socialmente permitido o tolerado. En consecuencia, los actos señalados anteriormente deben alcanzar una entidad suficiente como para que traspase el baremo de lo permitido y se convierta en prohibido. La única característica que puede significar un aumento en el riesgo al bien jurídico tutelado, es la realización de conductas relacionadas con los activos pero que tengan una proveniencia ilícita concreta. En este sentido, los actos de conversión, transferencia, ocultación, traslado, transporte de activos ilícitos aumentan el riesgo al bien jurídico protegido, en el lavado de activos, y son por ende imputables objetivamente al lavador.

9. Por otro lado, a nivel del tipo subjetivo, es de señalar que este debe tener correspondencia con el tipo objetivo. El conocimiento -potencial- o la presunción del origen ilícito de los activos (cognición subjetiva) ha de coincidir con el objeto material calificado de ilícito en su origen (objeto cognoscible). El que la mención de la condición de ilicitud del objeto material del delito haya sido trasladada al ámbito subjetivo del sujeto activo no despoja al objeto material de su característica ilícita. Desde esta perspectiva, la configuración del dolo en los tipos penales de lavado de activos debe abarcar el conocimiento potencial directo o eventual de los activos maculados, como objeto material, pero con la característica de ilicitud que le da contenido al injusto (tipo de injusto). Se trata entonces que el sujeto activo deba conocer (dolo directo) o presumir (dolo eventual) el origen ilícito de los activos, en sus diversas variantes típicas. La presunción equivocada de la ilicitud de un activo no maculado, puede revelar una actitud proterva pero, en modo alguno, es un acto de lavado. No se puede argüir la inexistencia de un elemento normativo del tipo bajo la afirmación que la ilicitud del origen delictivo no está mencionada en el tipo objetivo, pues implicaría incurrir en solipsismo[6].

---

3 Resulta ilustrativa la descripción de la relación que existe entre el lavado, crimen organizado y corrupción, en Hurtado Pozo, José: El blanqueo de capitales para la realización de operaciones transnacionales delictivas.. *http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140708_02.pdf*

4 Cfr. respecto a la incidencia del crimen organizado como factor de riesgo en el proceso de criminalización del Estado en: Aa.Vv; Convergence illicit networks and national security in the age of globalization, editado por Michael MiklaucicyJacqueline Brewer, Washington 2013: NDU Press.

5 CEPLAN: Economía Informal en Perú. Situación actual y perspectivas; mayo 2016. https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/economiajnformal_en_peru_ll-05- 2016.pdf

6 Esto es, asumir la postura filosófica que consiste en asumir que, en la realidad, solo existe el sujeto, independientemente del objeto.

Ir al índice

10. Por tanto, una primera lectura lógica y dogmática de los tipos penales previstos en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo nos permite colegir que los únicos activos que son objeto de lavado son los que tienen un origen ilícito y cuyo conocimiento directo o presunto debe quedar plenamente abarcado por el autor. Conforme señala Hurtado Pozo *"si el adjetivo ilícito* [...] *se refiere a algún elemento singular del tipo legal (por ejemplo, art. 196 "el que se procura para sí o para otro un provecho ilícito")* [...] *se trata de un verdadero elemento del tipo*[7]*.* La naturaleza de la ilicitud es normativa, requiere una valoración paralela en la esfera del profano. La cuestión que debe determinarse a continuación es a) el tipo de ilicitud, b) su identificación como delito fuente y, por tanto, circunstanciado, y c) su relación con el lavado de activos.

Relación entre ilícito, fuente y delito determinante

11. Con relación a la primera cuestión no hay mayor objeción en que el ilícito al que se alude, como elemento normativo del tipo, es uno de carácter penal. Dos razones abonan a esta afirmación. Primero, conforme al principio de fragmentariedad, el control penal debe centrarse en la sanción de las conductas más graves. Como criterio de prelación es evidente que la realización de actos de lavado que deben castigarse son los provenientes de un ilícito penal, ostensiblemente más relevantes que los de un ilícito civil (enriquecimiento indebido, por ejemplo) o de un ilícito administrativo (no rendición de cuentas de viáticos, por ejemplo). Segundo, recurriendo al criterio sistemático, los tipos penales se complementan con el listado de delitos señalados en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106. Al respecto se menciona que "[el] *conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales".* Este listado de delitos, forma parte de los tipos penales, como auténticos elementos del tipo objetivo, y que, por razones de técnica legislativa, son denominador común a los tres tipos penales[8]. No es aceptable señalar que esta norma es de carácter declarativo o de reconocimiento. Si así lo fuera, ni siquiera formaría parte del cuerpo normativo de un Decreto Legislativo. Lo declarativo está vinculado con una pretensión explicativa, orientadora, pero no se condice con las características de una norma jurídica, que por su naturaleza es imperativa, implica un mandato de hacer o no hacer, y no tiene una función meramente explicativa o referencial.

12. En lo que concierne a la naturaleza jurídica del ilícito penal debe dilucidarse si este concepto es asimilable a lo que normalmente se identifica en la doctrina como el

7 Hurtado Pozo, José: Manual de Derecho Penal. Parte General I; tercera edición; editorial Grijley; p.411.

8 En otras legislaciones se opta por considerar los ilícitos fuente en los mismos tipos penales. Es el caso de la legislación colombiana: "El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o "administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les de a los bienes provenientes de dichos actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito [...]" (art. 8, Ley N° 747).

Ir al índice

"delito previo", "delito precedente" o "delito fuente" o, en los términos de la Convención de Palermo, "delito determinante". Un error conceptual recurrente en el que se puede incurrir y del cual derivan conclusiones improvisadas o extremas es equiparar la materialidad de la fuente de ganancia a la configuración del delito. En realidad, "ilícito penal" no es similar o equivalente a "delito previo", "delito precedente", "delito fuente" o "delito determinante". A efecto de evidenciar la diferencia, debemos primero descartar, por su equivocidad, los términos "delito previo" o "delitos precedentes", pues podrían consolidar el primer malentendido en la determinación de los estándares probatorios del lavado de activos. El carácter previo del "delito" que generó el activo puede llevar a la inferencia equivocada que para la configuración y sanción del "delito posterior" -el lavado de activos- deba probarse e incluso sancionarse al responsable del "delito previo", cuya existencia requiere de una acción típica, antijurídica y culpable[9].

13. Ahora bien, una vez reconducido el concepto de "delito fuente" o "delito determinante" al de "ilícito fuente" o "determinante", ha de verificarse cuál es su entidad o esencia. El Fiscal de la Nación sostiene, a través de sus representantes, que se trata de una actividad criminal abstracta. Justifica su posición jurídica en el hecho que lo que es materia de conocimiento por el lavador es el origen ilícito del activo, mas no del acto de lavado. La cuestión que debe establecerse es si se está considerando por "actos criminales" a los generadores de los activos, como conducta de vida de quien entrega los activos maculados o, más aun, a la sola referencia típica del delito. En este ámbito, es necesario primero descartar que no puede considerarse el sustento determinante de los activos en una mera referencia normativa (atribución abstracta de "acto criminal"). Ningún evento fáctico posterior se sustenta en una imputación jurídica abstracta. En la Casación N° 92-2017-Arequipa, se puede evidenciar que el Ministerio Público sostuvo la imputación por lavado respecto a una presunta actividad defraudadora de una persona jurídica, pero no se delimitó mínimamente el hecho histórico precedente (auto lavado). Queda entonces por evaluar si el lavado de activos, se configura a partir de la verificación de una actividad criminal abstracta, que este Pleno debe entender por indeterminada en el tiempo, o como sostiene el representante del Ministerio Público, no circunstanciado. En realidad, esta tesis no es aceptable en el contexto normativo nacional. Al parecer, su sostenedor parte de una interpretación incompleta del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106. En efecto, en dicho artículo se dice *"El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales".*

14. Si el legislador hubiera querido convertir el delito de lavado en uno vinculado únicamente a la conducta criminal precedente de quien entrega los activos, no habría recurrido al listado de delitos que señala a continuación. Los tipos penales se habrían

9 Este error conceptual parece reproducirse en el Decreto Supremo N° 018-2017-JUS cuando define al lavado de activos como "[...] *delito autónomo que tiene su origen en un delito precedente y que consiste en darle apariencia de legalidad a los fondos o activos ilícitos producto de dicho delito, a fin de que circulen sin problema en el sistema económico-financiero".*
http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/aprueban-politica-nacional-contra-el-lavado-de-activos-y-el-decreto-supremo-n-018-2017-jus-1565834-4/

Ir al índice

estructurado como actos de lavado provenientes, por conocimiento directo o presunto, de la actividad criminal del transferente o de quien produce la tradición del activo. El Fiscal de la Nación sostiene -a través de sus representantes- que lo relevante, a efectos típicos del lavado, es el conocimiento -se entiende abstracto- del origen ilícito del activo, no el acto generador. Hay, sin embargo, una contradicción lógica en esta afirmación. El origen (*Arqué*) ilícito del activo responde a una situación concreta, pero este es producto de una actividad criminal abstracta. Lo concreto no puedo surgir de lo abstracto, ni lo abstracto puede generar algo concreto, al menos en el sentido de los principios de legalidad y culpabilidad (por el acto).

Compatibilidad con los estándares internacionales en materia de lavado de activos

15. La dotación de sentido de los elementos del tipo penal de lavado de activos debe hacerse igualmente en concordancia tanto con los tratados internacionales (*Hard Law*), como con las recomendaciones o modelos internacionales (*Soft Law*), asumidos por nuestro país. Ahora bien, los Tratados suscritos por el Perú tienen fuerza normativa directa, conforme se establece en el artículo 55° de la Constitución Política del Estado. En el ámbito, del delito de lavado de activos, nuestro país es Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Viena 1988). Al respecto, desde aquel instrumento internacional se establecía que debía castigarse *"La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados* [en el Tratado]". Lo mismo se señalaba con relación a "[La] *ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados*". Con mayor claridad se expresa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000). En el artículo 3,1.b.i se establece la obligación de los Estados signatarios de tipificar como delitos *"La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos".* Se puede colegir de los textos glosados de dichos instrumentos internacionales, lo siguiente: a) Se alude a bienes procedentes de delitos; b) Estos bienes son productos de delitos concretos; c) Estos delitos son considerados determinantes; d) Hay una relación de conexidad entre los delitos determinantes y las conductas de lavado.

16. Queda entonces por delimitar qué es el "delito fuente" o "delito determinante". Respecto al primer término debe acotarse su significado, en función de los estándares internacionales provenientes de los Tratados y de sus Recomendaciones. En puridad cuando se habla de "delito" se está designando el injusto típico (material) que constituye el origen del dinero, bienes, efectos o ganancias. Ello se puede deducir de lo que se establece en el artículo 2.e de la Convención de Palermo cuando define lo que es el "producto del delito". Al respecto en este instrumento se señala que *"Por 'producto del delito' se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa*

Ir al índice

o indirectamente de la comisión de un delito". A su vez, cuando define los "bienes" en la Convención de Palermo se dice que por esta categoría *"se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"* (artículo 2.d). Por último, cuando en la Convención se alude al "delito determinante" se señala que por este término "[...] *se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención"* (artículo 2.h)[10]. Por tanto, conforme a un criterio de convencionalidad, debe entenderse que cuando se hable de un *"delito fuente"* o un *"delito determinante"* ha de entenderse una acción capaz de generar un producto concreto, y evidenciado en bienes, de acuerdo a los alcances de dicho instrumento internacional. Esta concepción restrictiva no es arbitraria. Se sustenta en la propia naturaleza de un Tratado Multilateral, en el que su negociación se hace con la concurrencia de una gran cantidad de Estados, con sistemas jurídicos diferentes. Por lo demás, no cabe sostener que entre los tratados se dé un orden de prelación, según el alcance regional o multilateral de los mismos. Los tratados, de acuerdo a la Convención de Viena, obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe *(art. 26, pacta sunt servanda)*. En este sentido, es de considerar que, de acuerdo al artículo 32.b del citado Tratado, la interpretación de los tratados debe hacerse de tal manera que esta, *"no conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable"*. Lo absurdo sería que, en un Tratado que pretende maximizar los esfuerzos de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, se exija la configuración de un delito acabado en todas sus categorías conceptuales. En realidad, de las definiciones glosadas precedentemente, puede inferirse que la Convención se está refiriendo al injusto del cual derivan productos que generan bienes producto de una actividad criminal concreta pues lo que es objeto de lavado lo es, en los términos del Tratado el "[....] *producto del delito".*

17. En el mismo sentido, interpretamos las recomendaciones establecidas en el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves de la CICAD[11], En este documento guía, se recomienda que los Estados tipifiquen como conductas de lavado de activos, la conversión, transferencia, transporte, adquisición, posesión, uso, administración, ocultamiento, encubrimiento o impedimento de la determinación real del origen, el destino, el movimiento o la propiedad, de *bienes* a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son "[...] *producto de un delito* de tráfico ilícito u otros delitos graves" (art. 2). A su vez, en dicho Reglamento Modelo se entiende por "bienes" "[L]*os activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"*, y por "producto" o "productos", a "[L]*os bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente, de la comisión de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves"* (art. 1). Una lectura sistemática e integrada de dicho Reglamento nos lleva a las siguientes conclusiones: a) Se recomienda tipificar toda conducta de ocultación, estratificación e integración de bienes; b) pero los actos mencionados exhaustivamente no recaen sobre cualquier tipo de bienes, independientemente de su condición jurídica; c) Las conductas reseñadas solo tienen contenido penal, si se trata de bienes producto

10 De acuerdo a la sistemática de la Convención de Palermo, el artículo 6 se refiere precisamente a la "Penalización del blanqueo producto del delito".

11 http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_espl2_02/RE6LAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP.pdf

Ir al índice

de un delito -una conducta concreta, no de una actividad criminal abstracta, como sostiene la fiscalía.

18. Por otro lado, similar postura se asume en el Grupo de Acción Financiera GAFI. En efecto, mediante las Recomendaciones elaboradas por este Grupo de Trabajo se fijan los estándares internacionales que deberían cumplir los países en materia de lavado de activos[12]. Al respecto, el GAFI parte de la consideración previa que los países tienen diversos marcos legales, administrativos y operacionales y diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden tomar todos medidas idénticas contra estas amenazas. En ese entendido, las Recomendaciones del GAFI fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares[13]. Este documento, por lo demás, es claro en establecer que *"Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinante* (Recomendación 3). *Ahora bien, en la nota interpretativa de dicha recomendación se dice: "El delito de lavado de activos debe extenderse a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor, que represente, directa o indirectamente, los activos del crimen [...] 5. Los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido tugar internamente. Los países pueden disponer que el único prerrequisito sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente.* El sentido de la tercera recomendación, cuyo contenido es sucinto, es esclarecido con la nota interpretativa glosada. En efecto, cuando se habla de *"los activos del crimen"* se está refiriendo a la conducta -concreta, determinada, mínimamente circunstanciada- "ocurrida", por ejemplo, en otro país. A ello se refiere el GAFI cuando menciona al delito determinante que puede *"haber tenido lugar internamente"*. El haber tenido lugar alude a un hecho histórico acontecido en un lugar, periodo y modo determinados. No se está refiriendo a una conducta de vida (*modus vivendi*) o, en términos de la Fiscalía, a "una actividad criminal abstracta", sin referencia alguna a un suceso fáctico determinado.

19. En consecuencia, en atención a las consideraciones expresadas precedentemente, asumimos que los tipos penales previstos en los artículos 1°, 2° y 3°, en concordancia con el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 prevén un elemento normativo del tipo, relacionado con el objeto material del delito, y que implican que los activos materia de los actos de lavado tienen una relación de conexidad con un ilícito determinante concreto. Esta interpretación tiene fundamentos dogmáticos, constitucionales y convencionales. Esta exigencia de concreción vinculada a la determinación del ilícito penal de los activos maculados debe ser matizada, según se trate de un delito de autolavado o de lavado por terceros (heterolavado). En el primer caso (autolavado), el grado de concreción de las circunstancias del ilícito - no del delito- es mayor que en el segundo caso (heterolavado). Como lo sostuvieron igualmente los informantes en la

12 GAFI: Estándares Internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación; febrero del 2012.
http://www.aranzadi.es/blanqueodecapitales/pdf/4.40recomendacionesgafi.pdf

13 En 2003, las Recomendaciones del GAFI se revisaron por segunda vez y junto con las Recomendaciones Especiales fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT).

Ir al índice

Audiencia Plenaria -y que fue además el único supuesto que resolvió la Casación 92-2017- en el caso del autolavado está claro que quien realiza la conducta de lavado tiene conocimiento de las conductas ilícitas que generaron bienes como producto del delito y cuyas circunstancias se irán progresivamente dilucidando según el avance del proceso, y forman parte de la imputación necesaria, para garantizar el derecho de defensa del imputado por autolavado.

20. En el caso de lavado por terceros, ciertamente, no se puede asumir tal grado de concreción, pero por lo menos los actos de lavado deben conectarse con un marco de imputación genérico, por lo menos reconducible a la identificación de una actividad criminal concreta. En modo alguno significa desconectar fácticamente los actos de lavado de la conducta ilícita concreta originadora de los activos, pues forma parte de los tipos penales de lavado, como elemento normativo del tipo. Asumir una postura que se acerque a la no justificación de activos presuntamente maculados, implicaría crear un tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares[14].

21. Finalmente, no es correcta la afirmación que la consideración de la existencia de un elemento normativo del tipo del lavado de activos conduzca a la impunidad. Circunscribir la impunidad a este aspecto significa reducir la problemática de la investigación, juzgamiento y sanción por estos delitos. Como se señala en el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, las - vulnerabilidades en el sistema de represión de esta conducta delictiva se explican por diversos factores limitantes, como: *"a) La escasa coordinación efectiva entre el Ministerio Publico y la PNP; b) La demora en la puesta en marcha de la Dirección de LA de la PNP; c) La falta de peritos y expertos con habilidades especiales en apoyo a las investigaciones de LA; d) Los plazos demasiado acotados para concluir investigaciones preliminares bajo el modelo acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal, los cuales resultan insuficientes para completar la investigación preliminar en casos complejos; e) La demora excesiva de ciertas autoridades extranjeras en la colaboración requerida por el Ministerio Público en el marco de investigaciones por LA; f) La escasez de recursos, la sobrecarga de trabajo y la falta de capacitación específica a nivel judicial, unido a la necesidad de potenciar el frente judicial; g) La falta de mecanismos para la adecuada administración y disposición de bienes incautados y decomisados y la inaplicabilidad del Decreto Legislativo N° 992 y sus modificatorias que regula el Proceso de Pérdida de Dominio en una interpretación convencional, constitucional y conforme al principio de legalidad"*[15]. Por ende, no es aceptable el argumento que busca circunscribir las posibilidades de éxito de una política pública, a una estructura típica (reduccionismo causal), cuando en realidad el éxito de la misma está relacionada con otros factores más amplios.

Bien jurídico y relevancia del ilícito fuente

22. El delito de lavado de activos siempre estuvo vinculado a otros delitos relevantes. En un inicio se le vinculó exclusivamente al tráfico ilícito de drogas. En la actualidad, y como

14 Además, interpretar el enriquecimiento ilícito, como un delito de no justificación reproduciría la interpretación de dudosa constitucionalidad de "no justificación razonable del incremento patrimonial" del enriquecimiento ilícito de funcionarios.

15 Plan Nacional de lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo; mayo 2011; p. 25. http://www.peru.gob.pe/normas/docs/Plan%20Nacional.pdf

Ir al índice

consecuencia de la evolución legislativa internacional se estableció como tendencia legislativa internacional que los estados se comprometan a tipificar el delito de lavado de activos, en conexión con la mayor cantidad de delitos graves. En el Convenio de Palermo, por ejemplo, se circunscribió el objeto de aplicación del Tratado a los casos de delitos graves que, de acuerdo al glosario de términos previstos en el artículo 2°, hace alusión a delitos que merezcan una pena privativa de libertad mayor a cuatro años. Sostener que otros instrumentos internacionales, prevén un límite menor, es meramente referencial, no vinculante ni corresponde a una política criminal que se focalice en la persecución de lo relevante y lo directamente vinculado con el bien jurídico protegido. El peligro de querer abarcar cualquier conducta, independientemente de su relevancia, es la de consolidar el control penal simbólico, sustentado más en la cantidad de procesos que en la importancia de lo perseguido y sancionado.

23. En el propio Reglamento Modelo de la CICAD se rotula dicho Reglamento como el referido a "[....] *delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves"* y considera como delitos graves los " [....] *determinados por la legislación de cada estado, incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión; corrupción y fraude".*

24. El legislador nacional siguiendo esta tendencia optó por delimitar la aplicación del delito de lavado de activos a una lista de delitos que, por la penalidad abstracta con las que están conminados, en efecto son delitos de especial dañosidad social. Se ha interpretado literalmente la frase *"y otros* [delitos] *capaces de generar ganancias ilegales"* como cualquier conducta delictiva que directa o indirectamente genere activos. Sin embargo, por el bien jurídico protegido en el lavado de activos no puede considerarse como idónea para producir activos cualquier conducta independientemente de su gravedad. Esta debe relacionarse a conductas que por su entidad puedan en efecto lesionar el bien jurídico protegido, mediante los actos de lavado. Como se reconoce en el propio Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, el sentido de la protección contra este delito radica en *"27. [...] tiene como finalidades principales proteger la integridad y estabilidad del sistema económico-financiero, reducir el poderío económico del crimen organizado y el terrorismo, y contribuir a la lucha contra la corrupción"*[16]. Otras eventuales conductas generadoras de productos pueden ser abordadas mediante los tipos penales de la receptación o el encubrimiento personal.

25. La Exposición de Motivos es solo un criterio referencial que debe ser considerado con los otros aspectos de la labor de interpretación. Para arribar a una conclusión que dé sentido a la disposición, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, y no como se afirma que la interpretación nace de la norma -con sentido- debe recurrirse a todos los métodos, y no unilateralmente a uno. Esa es la postura hermenéutica que se asumió en el Pleno Jurisdiccional del 2006, cuando se fundamentó el voto en minoría, con ocasión de la determinación de la combinación de leyes. En el voto en minoría se dijo: *"La invocación de la exposición de motivos del Código Penal vigente, no es de recibo, primero porque si bien es válido utilizarla como un criterio que ayuda a utilizarla como un criterio que ayuda a la interpretación jurídica, en sí misma no es una fuente formal del ordenamiento jurídico, la que se circunscribe a los preceptos de la propia ley,*

16 Plan Nacional; ibídem; lineamiento 27.

Ir al índice

a su sentido literal posible; y segundo, por cuanto en el caso concreto en la exposición de motivos, en puridad, no se refiere al texto, tal como fue aprobado, de! artículo 6° del Código Penal[17]. Como señala Hurtado Pozo "[...] *el recurso a los criterios de interpretación no significa seguir un orden de prioridad determinado. El hecho de dar prioridad a uno de ellos en detrimento de los demás, supone tomar partido por una ideología determinada"*[18]. Pero ello no significa que se reduzca la actividad interpretativa al uso unilateral de un solo método, pues "[el] *intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver"*[19]. Por tanto, la invocación unilateral y excluyente de la exposición de motivos, y aislada de los métodos sistemáticos, literales y teleológicos, es una interpretación limitada.

26. Por otro lado, es ilógico que se formule un listado de delitos -que por la pena conminada- sean considerados graves, para que a continuación se prevea una cláusula abierta que, como cajón de sastre, incluya cualquier otro delito capaz de generar ganancia, independientemente de su gravedad. Hubiera bastado que el legislador formulase una redacción general, asociada a la capacidad de generar ganancias, con exclusión del supuesto típico del artículo 194 -receptación-.

27. En atención a lo expuesto, nuestro voto es por:

28. DECLARAR

a. Que el origen ilícito (penal) de los bienes, en el lavado de activos, es un elemento normativo del tipo, y forma parte de los tipos penales previstos en los artículos 1°, 2°y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10° del citado Decreto Legislativo, y como tal se refiere a una actividad ilícita penal concreta, tal como se señaló en la sentencia casatoria 92-2017- Arequipa.

b. Que el listado de delitos señalados expresamente y la mención genérica de los delitos capaces de generar ganancias, para efectos de la configuración del delito de lavado de activos, está circunscrito a los delitos graves, conforme al criterio fijado en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a la finalidad de protección del bien jurídico y al principio de legalidad.

CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI
ALDO MARTÍN FIGUEROA NAVARRO
LUIS ALBERTO CEVALLOS VEGAS

17 Voto en minoría del Acuerdo Plenario N° 2-2006/Q-20016. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc25ca0043eb77fe9303d34684c6236a/PLENO_SUPREMO.PENAL_2006_110808.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc25ca0043eb77fe9303d34684c6236a

18 Hurtado Pozo; Manual de Derecho Penal. Parte General; ibid., p. 219.

19 Hurtado Pozo; Ibid. p. 220.

Ir al índice

EL VOTO DISCORDANTE ADICIONAL DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI, ES COMO SIGUE:

En ejercicio de mi derecho fundamental de libertad de expresión, y con la potestad de administrar justicia, por mandato del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, el señor Juez que suscribe, deja constancia de su disconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de los señores jueces supremos, que han intervenido en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, convocado por el Señor Juez Supremo coordinador César San Martín Castro, a pedido del Señor Presidente del Poder Judicial; quienes han aprobado la ponencia del Señor Víctor Prado Saldarriaga y en consecuencia, DECLARAN SIN EFECTO (anulan) LA SENTENCIA CASATORIA N° 92-2017/AREQUIPA, del 8 de agosto de 2017; vulnerando así el Instituto de la Cosa Juzgada.

FUNDAMENTOS

LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA. NATURALEZA.

1.- El proceso penal, hoy en día, está constitucionalizado y por tanto está rodeado de principios y garantías constitucionales; entre los cuales se encuentra el principio de legalidad previsto, en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado. Este principio tiene dos vertientes, una sustantiva y otra procesal, de manera que todos los jueces de la república tenemos que respetarlo. No podemos actuar en base a presiones de cualquier clase, menos cuando una alta autoridad de un órgano constitucional autónomo, en forma ligera e irresponsable, solicita al Supremo Tribunal que se reúna de emergencia, para llevar a cabo este Pleno Casatorio, cuando no había motivo constitucional ni legal para ello, conforme pasaremos a explicar.

2.- La sentencia plenaria casatoria, está regulada en el artículo 433, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal. En este caso, se ha aplicado el inciso 4, cuyo texto señala: *"Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal, en sus decisiones, sostuvieron criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio, o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema".* Una vez reunidos los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema, emitirán una Sentencia Plenaria, cuya nueva doctrina jurisprudencial será publicada en el diario oficial (El Peruano).

3.- Como puede apreciarse la ley procesal, establece sus requisitos de validez y los casos en que podría emitirse; ello es así, porque está de por medio otra sentencia que tiene la categoría de cosa juzgada; la misma que será revisada por el pleno de jueces supremos.

4.- La sentencia plenaria uniforma criterios discrepantes, sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma (ley sustantiva o ley procesal). La discrepancia debe surgir de dos sentencias casatorias, dictadas en los respectivos recursos de casación, por distintas Salas Penales de la Corte Suprema. La decisión plenaria (por unanimidad o mayoría de votos) debe descartar uno de los criterios jurisprudenciales, que ha entrado en conflicto con el otro.

5.- La sentencia plenaria, entonces, no procederá cuando no existen discrepancias entre dos sentencias de casación, conforme lo señala el artículo 433, inciso 4°, del Nuevo Código

Ir al índice

Procesal Penal ya acotado. No obedecer esta norma procesal imperativa, sería vulnerar el principio de legalidad procesal, que tiene rango constitucional y en consecuencia, cualquier sentencia plenaria sería inconstitucional, y sin valor legal alguno.

RAZONES DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO PENAL N° 1- 2017/PCJSP-CSJR

6.- El señor Fiscal de la Nación, autor del pedido de este Pleno Casatorio, ha sostenido que la Casación N° 92-2017/Arequipa, es contraria a los criterios jurisprudenciales contenidos en los Recursos de Nulidad N° 2071-2011-Lima; N° 4003-2011-Lima; N° 2444-2013-Lima; y, N° 399-2014-Lima. Sin embargo, no se han precisado cuáles son los considerandos o fundamentos jurídicos de dichas resoluciones, que se contradicen con los criterios vinculantes de la Casación N° 92-2017/Arequipa. En todo caso, de la revisión de aquellos pronunciamientos jurisprudenciales, no se aprecia contradicción alguna con la Casación N° 92-2017/Arequipa; e, incluso, ninguno de ellos se refiere a la interpretación de la cláusula abierta "o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales", prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249.

7.- No obstante que no existe contradicción entre los diversos pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente citados, con la Casación N° 92-2017/Arequipa; el Señor Juez Supremo-Coordinador del I Pleno Casatorio Penal 2017, convocó al Pleno Casatorio, mediante Resolución de fecha 13 de setiembre de 2017, fijando de oficio los "criterios discrepantes" entre la Sentencia de Casación N° 92-2017-AREQUIPA, dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de la que somos autores; y las ejecutorias supremas dictadas en los recursos de nulidad correspondientes, aludidas por el Fiscal de la Nación, tanto por la Sala Penal Permanente como por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940.

8.- Dichas ejecutorias supremas no tienen la naturaleza de sentencias de casación y no han establecido criterios jurisprudenciales vinculantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales de 1940. Cuando se convoca a un Pleno Casatorio Penal, basado en el artículo 433, inciso 4°, del Nuevo Código Procesal Penal; previamente debe identificarse los criterios jurisprudenciales que han entrado en contradicción; para lo cual se revisarán las sentencias contradictorias respectivas; precisando el número de fundamento o fundamentos en que se encuentran. Identificadas las contradicciones sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma (entiéndase ley penal o procesal penal), recién procede la convocatoria al Pleno Casatorio, precisándose en la resolución administrativa de convocatoria, tales criterios discrepantes. Ejemplo de ello, es la Sentencia Plenaria N° 01-2013/301- A.2-ACPP, dictada por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, de fecha 06 de agosto de 2013, en cuyos fundamentos primero y segundo, se precisaron los criterios jurisprudenciales contradictorios entre 2 ejecutorias supremas vinculantes, siendo ponentes los señores jueces supremos Pariona Pastrana y Neyra Flores, con la intervención del señor juez supremo San Martín Castro. Se trataba de la interpretación y aplicación del artículo 300, apartado 5°, del Código de Procedimientos Penales (norma procesal), habiéndose descartado el criterio jurisprudencial de una de las ejecutorias supremas vinculantes, disponiéndose en la parte resolutiva (Decisión Plenaria) la preferencia por la interpretación de la ley procesal, dispuesta en la otra ejecutoria suprema también vinculante.

9.- En el caso del presente Pleno Casatorio, no se han identificado dos sentencias casatorias contradictorias, sobre la interpretación de una norma sustantiva o procesal, dictadas por

Ir al índice

otras Salas Penales de la Corte Suprema. Una sentencia casatoria vinculante del nuevo Código Procesal Penal, no tiene la misma categoría de una ejecutoria suprema dictada en un recurso de nulidad con el Código de Procedimientos Penales de 1940, que no establece precedente vinculante.

10.- En todo caso, tampoco se han identificado los criterios discrepantes sobre la interpretación de una norma, entre la Sentencia de Casación vinculante N° 92- 2017/Arequipa, y las ejecutorias supremas de las otras dos salas penales supremas, en que se amparó el Señor Fiscal de la Nación para solicitar este Pleno Casatorio. El Señor Juez Supremo Coordinador del Pleno, nos ha convocado a este Pleno Casatorio sin señalar tales criterios discrepantes; pero además no se sabe en qué fundamento o fundamentos de las supuestas sentencias contradictorias, se encuentran dichos criterios discrepantes.

11.- La resolución de convocatoria se ha limitado a señalar que los puntos objeto de sentencia plenaria casatoria son los siguientes: A. La autonomía del delito de lavado de activos, en función a lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo número 1106, modificado por el Decreto Legislativo número 1249, esto es, de la "actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias". B. La necesidad de la noción de "gravedad", en los delitos que generan activos ilegales que serán objeto de operaciones de lavado de activos y su relación con la fórmula legal *".....cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales",* establecida en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo número 1106, modificado por el Decreto Ltegislativo número 1249. C. El estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con el *"origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias"* o de la *"actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias"* (artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo número 1106, modificado en el último artículo por el Decreto Legislativo número 1249), así como los ámbitos e intensidad que, en su caso, debe comprender su probanza, tanto en sede de investigación preparatoria, como de acusación.

LA SENTENCIA CASATORIA N° 92-2017/AREQUIPA.

12.- Nuestra Sentencia Casatoria, ha declarado vinculante sólo los fundamentos 17, 52 y 56; conforme se declara expresamente en el punto IV de la parte resolutiva, cuyo texto señala: *"Establecieron como doctrina jurisprudencial de carácter vinculante, los fundamentos jurídicos décimo séptimo, quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, inciso 3, del Código Procesal Penal".* Los demás fundamentos (59) no son vinculantes, de manera que los jueces que no comparten con dichos criterios, pueden apartarse con la fundamentación respectiva, a que hace referencia el artículo 22° de la ley orgánica del poder judicial.

13.- En cuanto al primer punto del Pleno Casatorio (autonomía del delito de lavado de activos). La Sentencia Casatoria N° 92-2017-Arequipa, cuya autoría nos corresponde, no entra en contradicción con ninguna de las ejecutorias supremas que dio origen a este Pleno Casatorio Penal. En efecto, en cuanto a la autonomía del delito de lavado de activos, **no hemos declarado vinculante ni la autonomía procesal ni la autonomía sustancial (véase los fundamentos 17,52 y 56)**. En nuestra Sentencia Casatoria, lo que hemos declarado

Ir al índice

vinculante es el criterio jurisprudencial, de que el "delito fuente"; es decir, aquél que genera los activos que luego se "lavan", es un elemento normativo del tipo de lavado de activos; en los tres subtipos que señalan los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 (Leer fundamento 17 de la Sentencia Casatoria). La interpretación de estos tres subtipos de lavado, no se contradice con ninguna otra, que haya sido declarado vinculante. Cabe mencionar que ninguna de las ejecutorias supremas de los recursos de nulidad, que menciona el Señor Fiscal de la Nación, en su pedido para convocar a este Pleno Casatorio, han interpretado de manera distinta los artículos 1, 2 y 3 del referido Decreto Legislativo 1106. En consecuencia, no existiendo discrepancia de criterios entre dos sentencias casatorias vinculantes, carece de objeto la convocatoria a este Pleno Casatorio.

14.- De otro lado, respecto al segundo punto del Pleno, sobre la noción de "gravedad" y su relación con la fórmula legal *"....cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales",* establecida en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo número 1106. Este criterio jurisprudencial es nuevo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema, por cuanto interpreta la norma o cláusula abierta *"cualquier otro delito con capacidad de generar ganancias ilegales"*, contenida en el segundo párrafo, in fine, del artículo 10 del Decreto Legislativo antes mencionado. Ninguna de las ejecutorias supremas de los recursos de nulidad, invocados por el Señor Fiscal de la Nación, han interpretado dicha cláusula abierta, tampoco la han tratado, discutido ni razonado; y no hay decisión alguna al respecto, conforme se puede leer de las partes resolutivas de dichas ejecutorias supremas. En consecuencia, si no existe otra sentencia casatoria, o al menos una ejecutoria suprema de recurso de nulidad, que haya tratado la interpretación de la referida cláusula abierta; no puede hablarse de "criterios discrepantes" (contradictorios); por lo que pretender incorporar un 7 nuevo precedente vinculante, a través de esta sentencia plenaria, cuando no hay 'contradicción alguna, es atentar contra el artículo 433, inciso 4, del Código Procesal; y vulnera el instituto de la cosa juzgada, por cuanto se está declarando sin efecto los fundamentos 52 y 56 de la sentencia casatoria 92-2017/Arequipa. Solo se puede anular o dejar sin efecto una sentencia, cuando la ley lo señala expresamente.

15.- Se dirá como argumento de justificación, que había que anular la sentencia casatoria 92-2017/Arequipa, porque lo solicitó el Señor Fiscal de la Nación y porque a criterio de algunos opinólogos, no especialistas, dicha sentencia casatoria "generaría impunidad", por cuanto estaba exigiendo que para investigar a cualquier persona por delito de lavado de activos, previamente tenía que acreditarse el delito fuente; es decir, el delito que generó los activos lavados. Nada más falso, por cuanto ninguno de los 3 fundamentos de la Sentencia Casatoria 92-2017/Arequipa, declarados precedentes vinculantes, dispone que para investigar el delito de lavado de activos, previamente hay que acreditar el delito fuente o delito previo que generó los activos.

16.- Si bien es cierto, la interpretación de la cláusula abierta ***"cualquier otro delito con capacidad de generar ganancias ilegales"***, realizada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, contenida en los fundamentos 52 y 56 de la Sentencia Casatoria, podría generar dificultades para la investigación del delito de lavado de activos; por cuanto para considerar como delito fuente dentro de dicha cláusula abierta; es decir, fuera del listado

Ir al índice

de delitos que señala el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 (delitos de tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, terrorismo, tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, secuestro, robo, todos los delitos contra la administración pública, todos los delitos tributarios y aduaneros, entre otros), se estableció cuatro criterios, dentro de los cuales se encuentra el criterio de "gravedad"; también es cierto que cualquier opinión en contrario (sobre la gravedad del delito), debió plasmarse en otra sentencia casatoria del mismo nivel que la Casación 92-2017-Arequipa, para generar contradicción y luego llevar el tema a un Pleno Casatorio.

17.- Se creó una infundada alarma social, por aquellos que criticaban la sentencia casatoria, quienes, anunciaban apocalípticamente que los procesos por lavado, algunos emblemáticos, se iban a caer, se generaría impunidad y que nuestro País se convertiría en un "paraíso fiscal". ¡Qué tal irresponsabilidad! Nunca se puso ni se pondrá en peligro los procesos por lavado de activos que tiene a su cargo el Ministerio Público. En efecto, los únicos 3 fundamentos vinculantes de la Sentencia Casatoria 92-2017-Arequipa, no señalan, menos ordenan, que para investigar el delito de lavado tiene que acreditarse previamente el delito previo o delito fuente que generó los activos. Hubo una mala intención, por decir lo menos, en los anuncios de los críticos de dicha sentencia casatoria.

18.- El fundamento 17 de la sentencia casatoria, solo declara lo que siempre dijo la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (fundamento 32), de las Salas Penales de la Corte Suprema; y en un gran número de ejecutorias supremas posteriores; que "el delito fuente es elemento objetivo del tipo penal". Doctrina jurisprudencial que no ha sido negada por ningún otro Acuerdo Plenario, menos por alguna otra ejecutoria suprema. En plena vigencia del fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010, hasta hoy, se han iniciado numerosos procesos por delito de lavado de activos; algunos en trámite y otros ya culminados. Ningún Fiscal, Procurador o abogado litigante, ha cuestionado el fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010 ya mencionado; que dice lo mismo que nuestro fundamento 17 de la Sentencia Casatoria, declarada vinculante.

19.- Entonces, si al amparo del fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010 tan mencionado, no se ha puesto en peligro los procesos por lavado de activos, no se ha generado impunidad ni se ha convertido a nuestro país en "paraíso fiscal"; ¿Cómo es que ahora, con el fundamento 17 de nuestra Sentencia Casatoria, que dice lo mismo que el fundamento 32 ya acotado, vendrá la hecatombe en los procesos por delito de lavado de activos? No encontramos una repuesta racional, lógica, objetiva, y ajustada a la verdad.

20.- Los otros dos fundamentos vinculantes de la Sentencia Casatoria (52 y 56), no se refieren para nada a los procesos de lavado de activos, proveniente de la lista de delitos que contiene el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, ya detallado en líneas anteriores. Dichos fundamentos, solo se refieren a otros delitos que pueden considerarse como delito previo o delito fuente, generadores de ganancias ilegales; es decir, fuera de la lista de delitos ya mencionados. El caso que trató la sentencia casatoria, fue la imputación que hizo el Ministerio Público contra un ciudadano, por el delito de lavado de activos proveniente del delito de fraude en la administración de personas jurídicas (artículo 198 del Código Penal).

Ir al índice

Este delito no está en la lista del segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, por lo que era necesaria la interpretación de la cláusula abierta "cualquier otro" que contenía dicha norma sustantiva, para decidir si incluíamos o no al delito de fraude en la administración de personas jurídicas en aquella cláusula abierta.

21.- El fundamento 56 (vinculante) de la sentencia casatoria, despeja cualquier duda, cuyo texto señala: ***"...Este Supremo Tribunal considera que para incluir un determinado delito (como delito fuente) en la cláusula abierta "o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales"-prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores...sic."*** Esta doctrina jurisprudencial, conforme al tenor de dicho fundamento, no se aplicará a los procesos por lavado de activos proveniente de los delitos enumerados en el mismo artículo 10° ya mencionado. A modo de ejemplos: no se aplicará a los procesos por lavado de activos proveniente del delito de tráfico ilícito de drogas, del delito de minería ilegal, de los delitos contra la administración pública (peculado, colusión, cohecho, tráfico de influencias, negociación incompatible, malversación de fondos etc.)

22.- Ahora bien, la pregunta de oro es ¿Cuántos procesos por lavado de activos, provenientes de delitos que están fuera de la lista ya mencionada, existían antes de la Sentencia Casatoria? Ni el Ministerio Público ni los detractores de la Sentencia Casatoria, lo han precisado para justificar su pronóstico apocalíptico. Lo que públicamente se conoce es que los procesos mediáticos por lavado de activos, actualmente en trámite, tienen como delito fuente o delito previo el tráfico ilícito de drogas, los delitos contra la administración pública, minería ilegal, delitos tributarios, extorsión, trata de personas, etc.; para los cuales no es aplicable la Sentencia Casatoria injustamente satanizada.

23.- Podría presentarse en el futuro, activos generados por otros delitos que no están en la lista (ejemplos: el delito de estafa, el de apropiación ilícita, el hurto simple, entre otros). Hoy no sabemos a ciencia cierta si hay procesos de lavado de activos provenientes de dichos delitos. En todo caso, si el criterio de "gravedad" del delito, establecido como doctrina jurisprudencial por la Sentencia Casatoria, para incluir un delito como generador de activos dentro de la cláusula abierta tan mencionada; no es compartida por otros señores jueces supremos; y se requiere uniformizar la jurisprudencia al respecto. Para ello, tenemos el Acuerdo Plenario previsto en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno, emitir acuerdos que generen doctrina legal. Nada impedía que los señores jueces se reunieran en pleno para emitir algún Acuerdo Plenario sobre dicha cláusula abierta "cualquier otro".

24.- Es importante precisar que un Acuerdo Plenario no tiene el mismo valor que una Sentencia Plenaria vinculante. En el primero, no se requiere que hayan dos sentencias casatorias contradictorias de carácter vinculante; solo requiere que los jueces discrepen sobre la interpretación o aplicación de una norma, en cualquier clase de resoluciones. En cambio, en una Sentencia Plenaria que será de carácter vinculante, se requiere de dos sentencias casatorias contradictorias, sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma.

Ir al índice

En consecuencia, no existiendo ninguna sentencia casatoria ni alguna ejecutoria suprema dictada en algún recurso de nulidad, que fije criterios sobre la interpretación de la cláusula abierta: "cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales"; no procede la emisión de una Sentencia Plenaria, por lo que el pedido del Fiscal de la Nación debe ser desestimado.

25.- Finalmente, en cuanto al estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con el origen delictivo o actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias. La Sentencia Casatoria N° 92-2017-Arequipa, en sus 63 fundamentos, para nada se refiere al estándar de prueba del delito de lavado de activos, por lo que no hay contradicción entre ninguna sentencia casatoria. En efecto, ninguno de los tres fundamentos declarados vinculantes (fundamentos 17, 52 y 56) interpretan alguna norma sobre la prueba del delito de lavado de activos; por tanto, este último tema es totalmente impertinente y no puede ser objeto de la sentencia plenaria casatoria, bajo sanción de nulidad, por vulnerar el artículo 433, inciso 4, del Código Procesal Penal.

DEFENSA DE LOS TRES UNICOS FUNDAMENTOS VINCULANTES DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 92-2017/AREQUIPA.

26.- Sin perjuicio de lo anotado, consideramos una obligación constitucional defender nuestra Sentencia Casatoria, para respetar los principios constitucionales de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, que debe imperar en todo Estado Constitucional de Derecho. En principio, negamos contundentemente haber mencionado que para la investigación de un delito de lavado de activos, es condición necesaria acreditar previamente el delito fuente o delito previo que generó los activos lavados. Los que afirman este hecho, mienten al país. En efecto, de la lectura de los tres únicos fundamentos vinculantes de la sentencia casatoria, en ninguno de ellos consta tal exigencia, que en realidad es un tema probatorio. Estos son los fundamentos: **DÉCIMO SÉPTIMO:** «Una interpretación sistemática y teleológica de la ley vigente, permite concluir que el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249; y que cumple, además, una triple función dogmática; esto es: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena». **QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO:** «Aunque la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, solo pone el acento en la capacidad del delito previo de "generar ganancias ilegales"; sin embargo, una interpretación histórica, de ratio legis, sistemática y teleológica; de la referida norma; hace exigible que solamente puedan constituir delitos fuente - subsumibles en la cláusula abierta "o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales"-, ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales; cuya determinación requerirá de una motivación cualificada por parte del operador jurídico, dada la significativa indeterminación de la cláusula abierta en mención». **QUINCUAGÉSIMO SEXTO:** «Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta "o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales" -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando a su presunto autor o partícipe, ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii)

Ir al índice

Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada. De esta forma se evitará la vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de *lex certa*». Del contenido de estos tres fundamentos vinculantes, cuyo tenor es totalmente claro, no se aprecia en ningún extremo que nuestra Sala haya considerado que para abrir investigación o juzgar por delito de lavado, previamente tiene que acreditarse el delito fuente o delito previo que genere los activos lavados.

El "delito fuente" y su utilización jurisprudencial como sinónimo de "origen delictivo".

27.- En la audiencia del Pleno Casatorio, los fiscales que intervinieron oralmente, no se refirieron a ninguno de los mencionados recursos de nulidad [N° 2071- 2011-Lima; N° 4003-2011-Lima; N° 2444-2013-Lima; y, N° 399-2014-Lima], que sirvió de sustento al pedido del señor Fiscal de la Nación; sino que basaron sus argumentos en una supuesta contradicción con el R.N. 2868-2014/Lima, Sala Penal Transitoria; de fecha 27 de diciembre de 2016. Sin embargo, de la revisión de los fundamentos jurídicos de este Recurso de Nulidad, no se aprecia contradicción alguna con la Casación N° 92-2017/Arequipa.

28.- El R.N. 2868-2014/Lima, expedido por la entonces Sala Penal Transitoria; de fecha 27 de diciembre de 2016; no se refiere a la interpretación de la cláusula abierta de delitos fuente "o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales"; sino que está referido a la prueba del delito de Lavado de Activos procedentes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas; esto es, de uno de los delitos - fuente previstos en la lista del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106; por lo que no es posible que exista contradicción alguna con los considerandos quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto de la Casación N° 92-2017/Arequipa.

29.- Del mismo modo, tampoco existe contradicción alguna entre el R.N. 2868- 2014/Lima, y el considerando décimo séptimo de la Casación N° 92- 2017/Arequipa; por cuanto el R.N. 2868-2014/Lima, también reconoce que el delito fuente es un elemento objetivo del tipo penal de lavado de activos. El ponente delimita el suceso táctico del delito previo en tiempo y espacio. Así, en el segundo párrafo del considerando noveno, se señala que: «En el presente caso, se atribuyen actos de lavado de activos -de una precedente actividad de tráfico ilícito de drogas- que ocurrieron con anterioridad, mayormente desde marzo de mil novecientos noventa y cinco hasta mayo de dos mi ocho. Como cuadro táctico antecedente, la acusación fiscal hace mención a la actividad de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas que fue intervenida por la Policía y la Fiscalía en dos oportunidades: a) en abril de dos mil cinco, y b) en octubre de dos mil siete: el total de droga incautada en ambas ocasiones alcanzó un aproximado de mil ochocientos kilogramos de clorhidrato de cocaína. Además, respecto del encausado Luis Alejandro Lagos Lizarbe, se mencionó su involucramiento en actividades de tráfico ilícito de drogas desde antes del año mil novecientos noventa y tres y con requisitorias por los Juzgados Penales de Huaraz y Huacho; incluso fue detenido y procesado en Chile el seis de junio de dos mil tres por esa misma actividad delictiva».

30.- En el fundamento jurídico décimo de la Ejecutoria Suprema en mención; se señala que el delito de lavado de activos, «es un delito autónomo de aquél al que se vinculan los activos

Ir al índice

objeto de la actividad específicamente tipificada». Sin embargo, con ello no se consagra ninguna "autonomía material relativa"; sino que se hace referencia, exclusivamente, a una autonomía procesal; al señalarse a continuación que: «no requiere, *por ello*, que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal -no se exige siquiera una condena por la actividad delictiva antecedente, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva (...). Además, resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se imputa el lavado u otro. (...) 3° Integra la tipicidad el origen ilícito o la conexión directa o derivada de actividades criminales de los activos, esto es, dinero, bienes, efectos o ganancias. Tales activos, constituyen, en el delito de lavado de activos, un elemento normativo del tipo, **siendo de aclarar señala el juez ponente, que en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados -el tipo penal de lavado de activos no sanciona un acto generador de activos y el posterior proceso de lavado de esos activos;** lo único que castiga es el acto de lavado- [García Cavero, Derecho Penal Económico-Parte Especial, Volumen I, dos mil quince, p. quinientos setenta y seis]. Tal actividad delictiva, en cuanto conducta típica y antijurídica (injusto penal, no injusto culpable) -no es necesario que concurra también la culpabilidad del agente (...)-, está referida a delitos con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos de receptación -en esta causa, el delito de tráfico ilícito de drogas-, legalmente sancionados cuando se produce el acto de lavado de activos. La relación entre la actividad delictiva precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una imputación objetiva [Caro/Reyna/Reátegui, Derecho Penal Económico, Tomo II, 2016, p. 663]».

31.- Si bien en la Ejecutoria dictada en el R.N. 2868-2014/Lima, se señala que: «en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados» [F.J. 10.3]; ello no implica una contradicción con el fundamento jurídico décimo séptimo de la Casación N° 92- 2017/Arequipa; por cuanto:

- En esta sentencia casatoria, al emplearse el término delito fuente" -siguió la misma terminología del fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad»-; se habla de exactamente lo mismo que la Ejecutoria dictada en el R.N. 2868-2014/Lima, denomina "origen criminal" o "procedencia delictiva" de los activos lavados: la actividad delictiva previa, entendida como "conducta típica y antijurídica (injusto penal, no injusto culpable); que, tanto en el R.N. 2868-2014/Lima -F.J. 10.3-, como en la Casación N° 92-2017/Arequipa, constituye un elemento normativo del tipo.

- En el R.N. 2868-2014/Lima, al igual que en la Casación N° 92- 2017/Arequipa, también se cita el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; por lo que en ambos pronunciamientos se reconoce su plena vigencia. Incluso, se utilizan idénticas citas bibliográficas de los autores Percy García Cavero y Carlos Caro Coria; por lo que, si se utilizan los mismos autores, se entiende que se sigue una misma línea de pensamiento dogmático.

Ir al índice

- La Casación N° 92-2017/Arequipa, se circunscribe, únicamente, a un caso de autolavado de activos provenientes de un delito que no está previsto en la lista cerrada de delitos fuente; mientras que el R.N. 2868- 2014/Lima, se ocupa de conductas de autolavado y heterolavado de activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, esto es, de un delito que sí se encuentra expresamente previsto como delito fuente en la lista cerrada. En ese sentido, no puede existir contradicción entre ambos pronunciamientos, por cuanto el R.N. 2868-2014/Lima, no realiza ninguna interpretación de la cláusula abierta "o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales".

- Sin perjuicio de lo anterior, en el R.N. 2868-2014/Lima, se señala que «La acreditación de la procedencia delictiva de los activos lavados debe confirmarse-indistintamente con prueba directa y/o con prueba indiciaría, ambas en plano de igualdad. (...) No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva del dinero, bienes, efectos o ganancias».

- En el fundamento jurídico 10.4 del R.N. 2868-2014/Lima, se señala que: «No se requiere, igualmente, que el agente conozca de la situación procesal actual o definitiva del delito fuente, *"...ni el conocimiento de un delito en particular o el conocimiento exacto del hecho previo"*. [Abel Souto, El blanqueo de dinero, 2015, p. 115]». Al respecto, cabe precisar dos cuestiones: i) En la casación N° 92-2017/Arequipa, la imputación fiscal versa sobre una conducta de autolavado de activos; donde es lógico que al agente se le pueda imputar un dolo directo o conocimiento circunstanciado [sin perjuicio, de que, para la ley, basta también el dolo eventual], por cuanto él mismo fue quien generó las ganancias ilegales; ii) la cita al autor español Abel Souto, no es del todo aplicable a la legislación peruana, por cuanto en España no existe una cláusula abierta como la prevista en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106: " o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales"; según la cual, en un caso de autolavado proveniente de un delito [léase, hecho típico y antijurídico] que no se encuentra en el listado cerrado; es lógico imputar un dolo directo o circunstanciado al autor.

32.- Al respecto, resulta ilustrativo precisar que en la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 757-2014/Lima, del 27 de agosto de 2014, la Sala Penal Transitoria señaló textualmente que: «como delito propio, al margen del lavado de activos -en que el delito contra la **Administración Pública** es un elemento normativo del tipo legal de lavado de activos-, se tiene el delito de peculado doloso. En este último, el *fáctum* se refiere a la ejecución de tres obras: i) pavimentación del jirón Marañón; ii) pavimentación de la avenida veintiocho de julio; y, iii) construcción de la Berma Central de la avenida veintiocho de julio» - fundamento jurídico séptimo-. Y, además, se precisó en el fundamento jurídico noveno que: «El delito previo o determinante, es un elemento normativo del tipo legal u debe acreditarse sólo el injusto penal. De lo cual se aprecia que "delito previo", "delito fuente", "delito determinante", "origen criminal", "origen delictivo", son términos que están referidos a los mismo: un hecho típico y antijurídico previo generador de las ganancias ilegales, el cual es un elemento del tipo penal de lavado de activos.

Ir al índice

33.- En la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3091- 2013/Lima, del veintiuno de abril de dos mil quince, la Sala Penal Permanente; en el fundamento jurídico cuarto; señaló que: «es necesario precisar que el delito fuente del delito de lavado de activos necesariamente tiene que ser previo a la realización del mismo, es decir para poder hablar de un delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavar». Incluso, resulta bastante llamativa la sumilla: «El delito precedente, o también llamado delito fuente, en el delito de Lavado de Activos es un elemento importante a corroborar en la configuración de este delito; si bien se ha precisado que no se necesita que dicho delito se encuentre siendo investigado, sí deberá ser corroborado mínimamente».

34.- En la Casación N° 333-2012/Puno; del quince de octubre de dos mil trece, la Sala Penal Permanente señaló, en el fundamento jurídico octavo, que: «el delito de lavado de activos constituye un conjunto de operaciones (...), tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de actividades delictivas (...); sin embargo, de la lectura de la impugnada, se aprecia que dicha tarea no fue acabadamente desarrollada por el Juzgado Colegiado ni por la Sala de Apelaciones, en tanto si se estimó que el dinero recaudado a los encausados provenía del delito de tráfico ilícito de drogas, no se evaluó la materialidad de este delito, esto es, no se estableció cuáles serían los medios de prueba que acrediten la existencia del delito fuente referido concretamente al delito de tráfico ilícito de drogas; por tanto, lo señalado como fundamento por ambos órganos jurisdiccionales para sustentar sus decisiones judiciales resulta insuficiente, aparente y deficiente (...)». Del mismo modo, en el fundamento jurídico noveno, se puntualizó que: «no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, en tanto, éstas deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto del delito fuente; así, en el caso de autos, no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente por parte del fiscal, al tratarse de la formulación genérica de cargos; sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción del delito del que provendrían los ilícitos activos». Y en el fundamento jurídico décimo, se concluye rotundamente que: «resulta de suma importancia la presencia del delito previo, pues constituye el presupuesto indispensable que sirve de nexo con el objeto sobre el que van a recaer las conductas constitutivas de blanqueo de bienes, por lo que al no existir ese nexo, no podrá haber objeto material idóneo para la comisión del delito de blanqueo de bienes agravado; por lo demás, debe precisarse que se cumple con el requisito de delito previo, cuando se haya determinado la configuración de un delito, aunque no se haya podido individualizar o se encuentre en curso establecer la responsabilidad del autor; (...) no se requiere sentencia previa por el delito fuente o delito precedente, ni siquiera una investigación sobre este delito». De las diversas ejecutorias supremas analizadas en esta oportunidad, se aprecia que "delito previo", "delito fuente", "delito determinante", "origen criminal", u "origen delictivo", son términos que están referidos a lo mismo: un hecho típico y antijurídico previo, generador de las ganancias ilegales; el cual es un elemento del tipo penal de lavado de activos.

35.- Sin perjuicio de lo anterior; en ninguno de los recursos de nulidad señalados por el señor Fiscal de la Nación, se sostiene que el delito fuente no constituye un elemento objetivo del tipo: [hecho típico y antijurídico] -léase «origen delictivo» u "origen criminal"- que impregna

Ir al índice

de ilicitud a los bienes objeto material del delito de lavado de activos. En el R.N. N° 2071-2011/Lima, de fecha seis de diciembre de 2012, la Sala Penal Transitoria, incluso, se expresa en el fundamento jurídico séptimo (segundo y tercer párrafo), que es el propio Ministerio Público quien aduce que: «el delito de lavado de activos se origina con la comisión de un ***delito fuente***. Es decir, procede o proviene de un ilícito penal en que el objeto material genera ganancias ilegales, por lo que existe una relación entre el *delito previo o fuente* y el delito de lavado de activos, constituyendo de esta manera el *delito fuente* un elemento objetivo del tipo penal. Asimismo, (...) la prueba del primero constituye una condición para establecer la tipicidad del lavado de activos». En esta Ejecutoria Suprema; se señala, simplemente, que no necesariamente, el delito fuente debe consumarse con anterioridad al acto de lavado (véase el literal "e" del considerando noveno); en concordancia con lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116. En el R.N. 4003-2011/Lima, de fecha ocho de agosto de 2012, Sala Penal Permanente menciona tan solo la autonomía procesal del delito de lavado de activos; así, se señala en el fundamento jurídico cuarto: «(...) se trata de un delito común y autónomo respecto a cualquier otro delito. En efecto, la normatividad aplicable establece tipos penales de lavado de activos autónomos del delito previo o delito fuente, por lo que para su investigación no se requiere que estos se estén sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria, bastando, para la existencia del lavado, que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo». Y en el considerando quinto se señala: «(...) resulta de vital importancia determinar la naturaleza o condición del delito fuente o delito previo al delito de lavado de activos; es decir, del delito del cual provienen los activos ilícitos. Así, el artículo seis de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, establece un catálogo abierto de delitos de los que deben provenir los activos materia del blanqueo». *Y*, finalmente, en el fundamento jurídico sexto, se concluye de manera rotunda que: «Si bien es necesario que para la configuración del delito de lavado de activos, quede establecido el delito que origina el mismo, pues naturaleza de éste delito -que incluso originó su criminalización- combatir los actos que dificultan la judicialización de los delitos precedentes así como los que perjudican al sistema económico del Estado (...); sin embargo, (...) no hace falta, aún, que haya quedado establecido, con seguridad rayana en la certeza, el delito precedente, pues para la investigación es necesario únicamente que existan indicios reveladores que vinculen al procesado con el delito precedente». En el R.N. 399-2014/Lima, del once de marzo de dos mil quince; la Sala Penal Permanente, en el fundamento jurídico quinto, solamente se refiere a la autonomía procesal del delito de lavado de activos: «(...) en esta clase de delito no se requiere de una decisión judicial que involucre al procesado en el comportamiento subyacente [delito previo o delito fuente], porque el delito previo puede ser cometido por terceros y no necesariamente por el lavador de activos». En el R.N. 2444-2013/Lima, del nueve de diciembre de dos mil catorce, la Sala Penal Transitoria emite un pronunciamiento sobre la misma cuestión vista en el R.N. N° 2071-2011/Lima, de fecha seis de diciembre de 2012, Sala Penal Transitoria; esto es, que el lavado de activos puede ser posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales (F.J. quinto); en concordancia con lo ya señalado en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116. En el R.N. 435- 2010/Ucayali, del veinte de mayo de dos mil once, Sala penal Transitoria, se precisa, en el fundamento jurídico tercero: "este tipo delictivo presupone la existencia de un delito fuente cuyos réditos son sobre los que recae la conducta prohibitiva. En el R.N. 1374-2013/Lima, del veintiocho de noviembre de dos mil catorce, la

Ir al índice

Sala Penal Transitoria señaló que: "no existe prueba suficiente e idónea que demuestre de manera fehaciente e indubitable que los bienes de los procesados provienen de fondos de origen ilícito, específicamente del delito de tráfico ilícito de drogas; en consecuencia, no se ha logrado destruir el principio fundamental de la presunción de inocencia". (f.j. octavo)

36.- El término «delito previo», «delito determinante», «delito fuente», etc., es utilizado, en los distintos pronunciamientos de la Corte Suprema, como sinónimo de «origen delictivo», «origen criminal»; por lo que solamente existe una diferencia en la terminología empleada. Incluso, expresamente, en el Recurso de Nulidad 3036-2016, de la Segunda Sala Penal Transitoria; se señaló en el fundamento jurídico décimo quinto que, es una exigencia para el titular de la persecución penal: "acreditar que las supuestas ganancias económicas del agente, su enriquecimiento desmedido o su incremento patrimonial injustificado, proviene de un origen ilícito; lo que presupone la existencia de un delito fuente". Por ello, lo que corresponde es consolidar los criterios expuestos por las distintas Salas Penales de la Corte Suprema; manteniéndose vigente, entonces, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; el cual reconoce que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad»; el cual fue suscrito por los señores magistrados: San Martín Castro; Lecaros Cornejo; Prado Saldarriaga; Rodríguez Tineo; Barrios Alvarado; Príncipe Trujillo; Neyra Flores; Barandiarán Dempwolf; Calderón Castillo; y, San María Morillo.

37.- El delito previo o delito fuente, también tiene suma importancia en el caso del procedimiento de extradición pasiva o activa por delito de lavado de activos. Dada la configuración legal del delito fuente en nuestro sistema penal, que puede tratarse de "cualquier [...] delito con capacidad de generar ganancias ilegales" (salvo la receptación), la exigencia de doble incriminación será cumplida, únicamente, cuando el delito cometido en el extranjero presente dicha aptitud. Ahora bien, esta exigencia se cumple aun cuando no exista coincidencia de *nomem iuris* entre el delito fuente cometido en el extranjero y su correlato en el Estado nacional. No es exigible que en ambos sistemas legislativos se emplee la misma denominación para ambos, protejan un mismo bien jurídico o tengan uniforme ubicación sistemática en sus códigos penales o Leyes Especiales. Tampoco que contemplen la misma gravedad o que los legisladores de ambos países pretendan análoga finalidad de represión. Lo que debe verificarse es, la identidad de los elementos materiales del hecho delictivo generador de las ganancias que es cometido en el extranjero, en su cotejo con aquel que constituye su correspondiente nacional. De modo tal que dichos elementos tácticos puedan ser reconducidos por el intérprete a un precepto penal concreto que constituya delito en ambas legislaciones. De darse un procedimiento de extradición, ¿qué pasaría si en el país requerido, el delito que genera las ganancias ilegales, no es delito previo para la legislación extranjera? Por ejemplo, en Uruguay, el delito de defraudación tributaria, no es delito previo que pueda generar ganancias ilegales. ¿Qué pasa si se lava en Perú, dinero proveniente del delito de defraudación Tributaria en Uruguay? En Uruguay no hay delito de lavado proveniente de defraudación tributaria. Según la GAFI, la doble incriminación del delito previo (la defraudación tributaria se castiga tanto en Perú como en Uruguay) es suficiente para dar cumplimiento a la doble incriminación del delito previo (Defraudación Tributaria); pero no del delito de Lavado de activos. Entonces, el delito previo, a nivel internacional, es trascendental.

Ir al índice

38.- El delito previo, delito fuente o delito determinante no es un término inventado por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sino lo crea el Legislador al redactar los tipos penales de lavado de activos; en cumplimiento a los Convenios Internacionales que ha suscrito, en materia de lavado de activos. Conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Se inicia con la Convención de las Naciones Unidas sobre drogas, año 1988, llamado también Convención de Viena, que agrupó a 106 países, dentro de los cuales se encuentra nuestro país. La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre. En esta Convención se crea por primera vez el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos proveniente solo del delito de tráfico ilícito de drogas (delito fuente).

39.- Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada nacional, denominada Convención de Palermo-Italia, realizada entre el 12 al 15 de diciembre de 2000; estableció que los países tipifiquen como lavado o blanqueo los actos de conversión o transferencia de bienes obtenidos de la comisión de un delito; lo denominan productos de un delito. Define el delito que produce los activos, como delito determinante, sinónimo de delito previo o delito fuente. Señala que el delito determinante es todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido por el artículo 6 de la Convención (no es abstracto). Además, obligó a los países miembros a incluir como delitos determinantes, todos los delitos graves, considerando como tales aquellos delitos que tienen una sanción máxima de 4 años de prisión o más. A los países que en su legislación interna señalen una lista cerrada de delitos determinantes, los obliga a incluir los delitos cometidos por grupos delictivos organizados.

40.- En el año 2003, en la Sesión de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, llamada Convención de Mérida, México, aprobada el 9 de diciembre de 2003, inspirándose en la Convención de Viena, exhortó a los estados miembros para que amplíen el cuadro o lista de delitos determinantes, del lavado de activos.

41.- En el derecho internacional público, la Convención de Varsovia para el Consejo de Europa, del 16 de mayo de 2005, dispuso que se castigará el blanqueo de capitales cuando se haya acreditado que los bienes provienen de un delito previo. Se prevé también el principio de doble incriminación, respecto de los delitos previos, para los efectos de las extradiciones por delito de lavado de activos. En la misma línea, las Directivas de la Comunidad Europea sobre blanqueo de capitales, reconocen que los bienes deben provenir de una actividad delictiva. Amplían los delitos previos, después del tráfico ilícito de drogas, incluyen al terrorismo y en general a la delincuencia organizada. Alude a los delitos graves, a la hora de definir la actividad delictiva que genera los bienes ilícitos; cuya gravedad dependerá del sistema punitivo de cada Estado. De otro lado, está el Tratado de Lisboa, miembro de la Unión Europea, que reconoce como delitos previos específicos, el terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el delito de corrupción, delitos informáticos y delincuencia organizada.

42.- En América, la Organización de Estados Americanos (OEA) realizó una Conferencia sobre

Ir al índice

tráfico ilícito de drogas, en Río de Janeiro del 22 al 26 de abril de 1986, donde se recomendó a la Asamblea General la creación de una Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD). Esta Comisión elaboró un Reglamento Modelo para América, teniendo como base la Convención de Viena (no puede ir contra ella), para tipificar como delito el blanqueo de los productos derivados del tráfico ilícito de drogas (delito previo). En el 38 período ordinario de sesiones, celebrado en diciembre de 2005 en los Estados Unidos de Norteamérica, se dispuso ampliar los delitos previos a "otros delitos graves". En el artículo 2 del Reglamento Modelo de la CICAD, se define las cuatro conductas de lavado de activos; y se señala taxativamente que los bienes a blanquear o lavar deben ser PRODUCTO de actividades delictivas graves. En el inciso 5 del artículo 2, del mencionado Reglamento, se señala: *"La investigación, enjuiciamiento y condena del delito de lavado, se hará de manera autónoma de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave"*. Esta disposición convencional consagra la llamada autonomía procesal del delito de lavado de activos; que ha sido asumida por el legislador peruano, tanto en el Decreto Legislativo 986 como en el Decreto Legislativo 1106 (artículo 10). La autonomía es procesal, porque se abre proceso por delito de lavado de activos, sin importar que haya otro proceso por el delito previo o determinante, menos que haya una sentencia previa del delito precedente que generó los activos. Empero, esta autonomía procesal no suprime el carácter ilícito de los bienes lavados, o, que el origen delictivo no sea un elemento del tipo objetivo. Este origen delictivo o procedencia delictiva de los bienes tendrá que probarse en el mismo proceso de lavado de activos, a través de prueba directa o indiciaria.

43.- De otro lado, el Grupo de Acción Financiera (GAF), que reúne a los países más desarrollados del planeta, surgió el 16 de julio de 1989, para establecer lazos de cooperación y enfrentar el tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, terrorismo y medio ambiente. Luego se creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que agrupa a 29 países. En abril de 1990, emitió un primer Informe (task force report) que consta de 40 recomendaciones para articular un sistema internacional de lucha contra el blanqueo de capitales. Acoge la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988 y la Convención de Palermo-Italia, del año 2000. La primera recomendación del GAFI era que los delitos previos o subyacentes del lavado de activos, han de ser todos los delitos graves. Para ello recomendó observar cuatro criterios, es decir, para considerar como delitos previos de lavado de activos, a saber: a) Todos los delitos (ejemplo España), se entiende los que están tipificados en el Código Penal o leyes penales especiales. b) Solo delitos graves de acuerdo a las penas de prisión del delito subyacente (criterio del umbral).c) Un listado de delitos previos (la mayoría de países del mundo, entre ellos el Perú); y d) Una combinación de los 3 anteriores. Al respecto, si se optara por el primer criterio, los demás serían impertinentes, porque si se dice que todos los delitos del Código Penal o leyes penales especiales pueden ser delitos previos, determinantes o subyacentes del lavado de activos; carecería de objeto escoger delitos graves o hacer un listado de algunos delitos fuente. El término "todos los delitos" engloba tanto a los delitos graves como cualquier listado de delitos previos. El criterio a) no puede combinarse con el criterio c) porque son implicantes. En efecto, si se opta por un listado que sería cerrado, no puede decirse luego "todos los delitos"; porque en este caso resultará inoficioso hacer una lista, si son todos. El legislador peruano optó por el criterio c) al establecer un listado de

Ir al índice

delitos subyacentes o delitos fuente; en principio en el artículo 6 de la ley 27765, donde no se encontraba por ejemplo el delito de extorsión, trata de personas, minería ilegal etc. Luego en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, donde se amplió el catálogo de delitos fuente, comprendiendo además a los últimos delitos ya mencionados. Si el legislador peruano hubiera optado por el primer criterio, señalando que todos los delitos del Código Penal y de las leyes penales, son delitos determinantes o generadores de activos que luego pueden ser lavados, entonces no hubiera hecho ninguna lista (criterio c). El problema que se ha generado en nuestro País, se da cuando el legislador, luego de elaborar la lista de delitos fuente de lavado de activos, a continuación, pone una cláusula general o abierta "o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales". Esta cláusula abierta no responde a ningún criterio convencional, menos a los recomendados por el GAFI. Cabe enfatizar que no todos los delitos del Código Penal o de leyes penales especiales, tienen capacidad de generar ganancias ilegales; por ello el legislador peruano no optó por el primer criterio, es decir, incluir como delitos subyacentes o delitos previos a todos los delitos.

44.- En el mismo sentido, el GAFI recomendó una lista de delitos previos que generan capitales; no recomendó cualquier delito. Los delitos recomendados deben ser graves, de acuerdo a su sistema punitivo de cada país. Asimismo, recomienda que el delito previo sea delito en dos países o más, para facilitar el procedimiento de Extradición. La reunión plenaria del GAFI de febrero de 2012, modifica algunas recomendaciones, entre ellas, incluir como delito previo del blanqueo, al delito fiscal grave (se colige que antes no era delito previo). El GAFI es el organismo internacional de carácter gubernamental más importante del mundo en la lucha contra el blanqueo de capitales, por lo que sus recomendaciones deben ser cumplidas por los países miembros, entre ellos el Perú.

45.- En consecuencia, interpretar el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, que integra los subtipos penales previstos en los incisos 1, 2 y 3 del mencionado Decreto Legislativo, modificado por el Decreto Legislativo 1249; en el sentido que el delito previo o subyacente no es un elemento normativo del tipo penal de lavado de activos; y que en todo caso, cualquier delito puede ser delito fuente, es ir contra los criterios convencionales ya mencionados; y por ende atentar contra el principio constitucional de legalidad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado.

46.- De otro lado, en cuanto a la gravedad del delito, para interpretar la cláusula abierta "cualquier otro". Este criterio tiene su sustento en las recomendaciones dadas por todas las convenciones internacionales de lucha contra el blanqueo de capitales; en el sentido de que debe ampliarse el catálogo de delitos determinantes o delitos previos (aquellos que generan los activos ilícitos) a otros delitos graves. Para evitar cualquier otra interpretación que iría contra los derechos fundamentales de los imputados, lo que debería hacerse de *lege ferenda,* es derogar el término "cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales", manteniendo la lista cerrada, pero incluyéndose además a los delitos de estafa, hurto agravado, el sicariato, entre otros". La otra alternativa es eliminar la lista de delitos y en su reemplazo poner como delitos previos o determinantes, a todos los delitos del código penal y leyes especiales, con capacidad de generar ganancias ilegales, como ocurre con el artículo 301.1 del Código Penal Español, cuyo texto señala: *"El que adquiera, posea,*

Ir al índice

utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos ***tienen su origen en una actividad delictiva*** *cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años...".* Entre tanto, mientras no se modifique nuestra ley de delito de lavado de activos, por el principio de legalidad antes mencionado, debemos interpretar que el origen delictivo o la procedencia delictiva de los bienes, dinero o efectos, lavados, constituyen un elemento normativo del tipo objetivo; y por tanto debe ser materia de prueba. El origen ilícito, no será de cualquier delito sino del listado previsto en el artículo 10, segundo párrafo, del Decreto Legislativo 1106. En el caso de que se intente introducir como delito fuente, uno que no está comprendido en la lista, se observará los criterios señalados en los fundamentos 52 y 56 de la Sentencia Casatoria.

47.- De otro lado, se ha dicho que el Acuerdo Plenario N° 3-2010 de la Corte Suprema, estaría desfasado por cuanto se han dado nuevas leyes de lavado de activos, siendo la última el Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249; sin embargo, los enunciados normativos o la descripción típica de los subtipos de lavado de activos, siempre han llevado el elemento normativo "origen ilícito de los bienes", desde la Ley N° 27765, el Decreto Legislativo 986, y los dos últimos decretos legislativos. El origen ilícito ha sido interpretado como origen criminal o procedencia delictiva de los bienes lavados, que tienen que ver con los delitos señalados en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106; entonces, pues el Acuerdo Plenario 3-2010 es aplicable hasta la fecha, en cuanto a la interpretación del tipo de lavado de activos. Mientras la descripción típica contenga el origen ilícito de los bienes, siempre se hablará de delito fuente, es decir, de aquél que genera los bienes que luego se lavan. Una autonomía absoluta, o autonomía relativa, a que se refiere el Fiscal Gálvez Villegas, en el sentido de que para que se configure el delito de lavado de activos no se requiere que los bienes lavados provengan de una actividad delictiva, o en todo caso deben provenir de una actividad delictiva genérica, vulneraría el principio de legalidad, por cuanto se suprimiría el elemento normativo "origen ilícito" y se derogaría tácitamente el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, donde figura la lista de delitos que el legislador consideró como delitos fuente generadores de ganancias ilícitas. Si la intención del legislador hubiera sido sancionar patrimonios injustificados o realizar transacciones o actividades con bienes de procedencia sospechosa, pero no de algún delito; entonces no hubiera consignado en el tipo la frase "cuyo origen ilícito conoce o debe presumir que conoce". Asimismo, si hubiera optado por una autonomía relativa, tal como postula el Fiscal informante, es decir que los bienes deben proceder de cualquier delito en general y no en específico; entonces, no hubiera consignado una lista de delitos como el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, la extorsión, el secuestro, minería ilegal, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos tributarios o aduaneros, y los delitos contra la administración pública, como el peculado, la colusión, el cohecho pasivo etc. El delito fuente adquiere, incluso mayor importancia, cuando se trata de bienes procedentes del delito de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o minería ilegal, cuyas penas son muy graves (25 años de pena privativa de libertad, como mínimo). En consecuencia, la autonomía relativa postulada por el Fiscal informante no tiene sustento legal por cuanto los delitos fuente o delitos previos son específicos y no genéricos, conforme al enunciado normativo ya glosado.

Ir al índice

48.- Se ha dicho también que las convenciones de las naciones unidas (todas) y las recomendaciones del GAFI, no sirven para interpretar los artículos 1, 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo 1106. Si esto es así, entonces se está contrariando a la Constitución, cuyo artículo 55 señala que los tratados forman parte del derecho nacional. El reglamento modelo de la CICAD, también sirve para dicha interpretación, por cuanto reconoce como elemento objetivo del tipo al delito previo, habiéndolo ampliado a otros delitos graves, además del delito de tráfico ilícito de drogas.

49.- En cuanto a la naturaleza de la norma contenida en el artículo 10, segundo párrafo, del Decreto Legislativo 1106. Es una norma imperativa que se integra a las normas contenidas en los artículos 1, 2 y 3. Contiene el supuesto de hecho y la, consecuencia, lleva implícito el mandato imperativo de no hacer (no convertir, transferir, ocultar etc. bienes provenientes de los delitos que allí se detallan); y es coercible, por cuanto de darse el supuesto de hecho, existe una sanción de pena privativa de libertad.

50.- Respecto a los métodos de interpretación de una disposición legal, la doctrina nos enseña varios métodos, entre los cuales se encuentran el método histórico, de la ratio legis, sociológico, sistemático y teleológico. Si bien es cierto, dentro de la interpretación histórica estaría la exposición de motivos de la disposición legal; también es cierto que la elaboración de una lista de delitos fuente o delitos previo que pueden generar activos ilegales, se dio por primera vez el año 2002 con la Ley N° 27765, obrando en el artículo 6, una primera lista de delitos fuente. La exposición de motivos de aquella ley no señala que la lista de delitos fuente es declarativa. Dicha lista se ha mantenido en el Decreto Legislativo 986, en el Decreto Legislativo 1106 y en el Decreto Legislativo 1249, -aunque incluyendo otros delitos. En consecuencia, la exposición de motivos que hizo el Poder Ejecutivo al expedir los dos últimos decretos legislativos sobre el listado de delitos, que no creó, resulta impertinente e infeliz, por cuanto está interpretando una disposición legal dada el año 2002 por el Congreso Nacional de la República, cuando su labor no es de intérprete. En todo caso, la exposición de motivos de una disposición legal debe referirse a una disposición novísima, pero no sobre una preexistente, como fue la lista de delitos previo tan mencionada.

51.- Concluyo, recordando que los Fiscales informantes a la vista de la causa, solicitaron que se deje sin efecto la sentencia casatoria N° 92-2017/Arequipa y acto seguido, se declare vinculante la autonomía relativa del delito de lavado de activos, por lo que si se declara vinculante la autonomía absoluta, se vulneraría el principio de congruencia de las sentencias (ultra petita). A nuestro criterio, el pedido de los representantes del Ministerio Público no se ajusta a la Constitución ni a la Ley, por las razones expuestas ampliamente a través de este voto discordante; por lo que en la parte resolutiva ratificamos la validez de los tres fundamentos vinculantes de la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa; debiendo declararse improcedente el pedido del Señor Fiscal de la Nación.

52.- Agradezco profundamente a los muchos *amicus curiae* (Instituciones y profesionales de primer nivel) que tuvieron la gentileza de hacer llegar a la Coordinación de este Pleno Casatorio, sus informes escritos opinando favorablemente sobre los tres fundamentos vinculantes de nuestra Sentencia Casatoria; los que no han sido tomados en cuenta por la mayoría del pleno, a pesar de que se encuentran debidamente motivadas.

Ir al índice

Por estos fundamentos:

MI VOTO ES PORQUE SE DECLARE:

I.- IMPROCEDENTE el pedido del Señor Fiscal de la Nación, formulado al Señor Presidente del Poder Judicial, sobre la convocatoria a un Pleno Casatorio para dejar sin efecto la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa.

II.- Que, el origen ilícito o procedencia delictiva de los bienes, es un elemento normativo de los tipos penales previstos en los artículos 1, 2 y 3, integrado por el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249 (ley del delito de lavado de activos).

III.- Que, los bienes lavados deben provenir de los delitos previstos en el segundo párrafo del artículo 10, del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249.

IV.- Que, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la noción de "gravedad" para determinar un delito fuente, dentro de la fórmula legal "cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales"; así como sobre el estándar de prueba del delito de lavado de activos, por no existir contradicciones al respecto, entre la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa y otras Sentencias de Casación, o, Ejecutorias Supremas de las demás Salas Penales de la Corte Suprema.

CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema
De Justicia de la República

Ir al índice

IMPUTACIÓN CONCRETA Y LAVADO DE ACTIVOS SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA[1]

SUMILLA:

La discusión sobre la autonomía del delito de lavado de activos ha sido infructuosa, pues finalmente es innegable de el "origen ilícito" es un elemento normativo del tipo; esto, no porque la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017 lo afirme, sino porque la ley lo prevé como tal; por tanto, todo elemento del tipo requiere de proposiciones fácticas que lo configuren. El problema se presenta con relación a la base fáctica suficiente para estimar realizado el elemento normativo del "origen ilícito"; la Sentencia Plenaria, realiza dos propuestas conforme corresponda a la fase procesal; así en el fundamento 12, se exige el señalamiento de indicios, que correspondería a la etapa de investigación; en tanto que el fundamento 21 exige "una actividad criminal idónea para generar determinados activos", que correspondería al juzgamiento y sentencia. Aun así, se mantiene el problema de indeterminación de este elemento del "origen ilícito"; claro está que no puede ser reemplazado por solo la nominación típica de algún delito.

1. APROXIMACIONES.

Es de importancia central determinar el objeto del proceso penal y el rol que corresponde a cada sujeto en su operatividad. Así el Ministerio Público, por imperativo constitucional configura el objeto del proceso penal; los fiscales tienen el poder-deber de configurar el objeto del proceso como rol exclusivo y excluyente. El núcleo del objeto del proceso es la causa petendi, -imputación concreta-, llave maestra de la puerta de entrada para el inicio del contradictorio procesal; una imputación defectuosa afectará la configuración válida del proceso. Este posicionamiento procesal es conditio sine quanon para abordar la imputación concreta del delito de lavado de activos. Con este enfoque procesal, se presenta el problema operativo de la construcción de la imputación concreta (pretensión penal) del delito de Lavado de Activos.

Pero, también es necesario un posicionamiento epistémico con base a datos de una realidad multidimensional, compleja, dinámica, cambiante, susceptibles de calificación jurídica[2]; y excluir las conjeturas, sospechas, especulaciones, creencias, etc. como fundamento

1 Abogado. Magister en Derecho Constitucional y Derecho Penal, Doctor en Derecho por la UNSA. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura, docente universitario. Juez Superior de La Corte Superior Especializada en Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios. Director del Área de Derecho Procesal Penal del Instituto de Defensa de Derechos Fundamentales "Eugenio Raúl Zaffaroni" IDDEF. Es autor de varias obras en temas jurídicos.

2 Diagnóstico, calificaciones, descripciones de datos reales, desde una conceptualización teórica desarrollada con base en la realidad.

Ir al índice

de imputación, y de calificación. Esa realidad constituye el fundamento y límite para la construcción de la imputación concreta; ese trozo de la realidad tiene que reunir la característica fáctica compatible con los elementos de supuesto legal para construir la imputación concreta.

En un Estado Constitucional de Derecho el voluntarismo punitivo, sea fiscal o judicial, tiene su límite en la racionalidad epistémica y los marcos normativos limitantes de la Constitución y la Ley. Los argumentos sofisticados, el hiper razonamiento, la agudeza exaltada, en la discusión sobre los alcances conceptuales dogmáticos y normativos tienen su límite en la realidad. Lo demás es vacua ficción conceptual.

Corresponde a la Fiscalía identificar las características concretas del hecho real compatible con los componentes generales del supuesto de hecho, para postular su hipótesis de imputación; los elementos generales y abstractos del supuesto de hecho, deben tener las características de generalidad y abstracción para abarcar las características particulares y concretas del hecho. La Fiscalía realiza la comparación entre el hecho y el supuesto de hecho, entre las características *reales* del fáctico y las características definidoras del tipo, entre las características particulares y concretas del hecho histórico y las características generales y abstractas del supuesto típico; identifica las características del hecho y los expresa mediante la forma lingüística de proposiciones fáctica, y configura la estructura de la imputación del hecho punible.

2. AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El problema de la autonomía del delito de lavado de activos[3] dio lugar al empleo de tiempo, tinta y papel en un debate infructuoso para su operatividad. Pero, no ha definido criterios para la construcción idónea de la imputación concreta. El abordaje de la "autonomía material" del delito de Lavado de Activos exige el considerar como axioma al Derecho Penal Especial como un **sistema discontinuo de ilicitudes**, pues cada tipo penal configura una isla de punición –en el océano de la libertad- con contornos bien definidos. Por tanto, el derecho Penal Especial no admite puentes de integración entre islas de punición[4], por semejantes que sean. Los supratipos o tipos judiciales están prohibidos, son contrarios al principio de legalidad.

Están proscrito cualquier tipo de puente de integración entre un delito y otro[5]; en efecto, el delito de lavado de activo tiene sus propios componentes y deben realizarse a plenitud; pero, la predicada autonomía no elimina el elemento normativo del "**origen ilícito**", pues es elemento expreso del dispositivo legal. Es superficial e irresponsable afirmar que el delito precedente -**origen ilícito**- es solo un hecho fenomenológico generador de las ganancias, pues con ello se desconoce el carácter legal del "**origen ilícito**"[6]. La ley ha previsto expresamente

3 Desde nuestro enfoque sería un problema aparente.

4 Art. 139.9. de la Constitución: "El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos".

5 Podría tratarse, en cualquier caso, de un concurso real, que no es el caso del delito de lavado de activos.

6 Los voluntarismos punitivos no pueden desbordar los límites legales expresos.

Ir al índice

el "origen ilícito" de los activos como elemento normativo del tipo objetivo. Otra perspectiva diferente, está fuera de la ley y el Derecho, probablemente plausible desde un determinado enfoque político criminal, pero al margen del Derecho.

La interpretación del texto legal del dispositivo del Lavado de Activos abarca todos los elementos que conforman el dispositivo legal del delito de lavado de activos; y, el "**origen ilícito**" es un elemento legal previsto en el Decreto Legislativo 1106; así está puesto en la Ley, y debe necesariamente ser interpretado para la construcción metodológica del tipo penal de lavado de activos, como modelo para la construcción de la imputación concreta de este delito.

En síntesis, el delito de lavado de activos es un delito autónomo como cualquier delito, y conforme a esa autonomía, exige la configuración de todos sus elementos; y, centralmente, el "**origen ilícito**" como elemento normativo. No es una exigencia dogmática creada por el interés de juristas que ejercen defensas de este tipo, sino se trata del cumplimiento estricto del principio de legalidad, del cumplimiento de la ley.

3. TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS.

3.1. Elementos

El tipo penal es un método dogmático para modelar la construcción de la imputación concreta. La sujeción al modelo típico define la construcción de la imputación concreta del delito de lavado de activos. El tipo penal, como construcción dogmática, ordena metodológicamente los elementos legales que corresponden al dispositivo de la parte especial, los engarza con los dispositivos de la parte del CP y los imperativos constitucionales.

Pero, conceptuar a los "elementos normativos" como exigencia difusa, puramente valorativa es tautológico; y, definirlo como elemento valorativo "*porque requiere de una valoración*" es una falaz petición de principio. Solo una definición con rigor conceptual y dogmático del "elemento normativo" será operativa para modelar el tipo y sea útil como modelo normativo para la construcción de las proposiciones fácticas que lo configuren.

Los **"elementos normativos"** y **"elementos descriptivos"** exigen: **i)** la descripción de datos de la realidad con aptitud de ser percibida por los sentidos; pero, los **"elementos normativos"** requieren además de **ii)** valoraciones de esos datos de la realidad; con toda razón se conceptúa como componente empírico valorativo.

Un ejemplo de elemento valorativo es la ajenidad (hurto art. 185), que tiene dos dimensiones: **i)** la referencia descriptiva de un objeto material, y **ii)** la valoración de ajenidad; por tanto, no es posible jurídicamente una valoración de lo inexistente, por falto de fáctico que valorar. No se puede predicar valorativamente lo inexistente; su efecto sería perverso pues condicionaría una arbitraria construcción de proposiciones fácticas.

Definido los elementos del tipo –descriptivos, normativos, objetivos, subjetivos- corresponde el trabajo de individualizar los fácticos para la construcción de las proposiciones fácticas.

Ir al índice

3.2. Imputación y Elemento Valorativo

La construcción operativa de proposiciones fácticas de la imputación concreta *(causa petendi)*, exige precisar el alcance conceptual del **elemento normativo del tipo**. La definición de los elementos del tipo -descriptivo y normativo- tiene importancia operativa para construir las proposiciones fácticas que estructuren la imputación.

Esa dimensión *cognitiva- valorativa* del "elemento normativo" tiene impacto directo en la construcción de la imputación concreta; su componente descriptivo, se traduce en una proposición fáctica que describe las características de un hecho susceptibles de ser percibida por los sentidos; y, su componente normativo exige la valoración de lo descrito. Así la construcción de una imputación concreta que configure un elemento valorativo requiere de un sustrato fáctico enunciado en una proposición fáctica que será objeto de valoración.

Si el *"origen ilícito"* es un elemento normativo, entonces requiere de una base fáctica que será objeto de valoración normativa. En efecto, definidas las proposiciones fácticas que estructuran la imputación concreta del lavado de activos y, por tanto, la prueba de cada una de estas proposiciones fácticas. Este es el problema que presenta la referencia legal al **origen ilícito como elemento normativo del tipo de lavado de activos.**

4. ORIGEN ILICITO: Elemento Normativo

El texto de la ley límite garantía de la actividad de interpretación; y, los operadores intérpretes no pueden disponer de la adición o supresión de un elemento legal del dispositivo, pues es competencia estricta del legislador; como tal vincula a los aplicadores del derecho en la interpretación de la fórmula legal. El *"***origen ilícito***"* es componente del dispositivo legal, como tal configura el tipo objetivo como elemento normativo; la ley lo expresa, y de *lege lata* no hay nada que discutir[7].

Conforme a ley, **i)** la doctrina, en general, conceptúa al delito previo como un **auténtico elemento normativo del tipo**; el delito previo es exigible como elemento del tipo; pero, **ii)** un reducido sector sostiene que el delito previo no es un elemento objetivo del tipo, pues los verbos rectores de lavado están desvinculados del delito previo, dado que los activos (objeto material) no están necesariamente vinculados al delito previo. Esta postura voluntarista es extraña a la ley, pues ésta comprende el elemento del "origen ilícito" en el dispositivo legal.

Esta posición *contra legem*, niega al "origen ilícito" el carácter de elemento del tipo objetivo; y, lo reconduce a un difuso tipo subjetivo, que se configura con el solo conocimiento del origen ilícito[8]. Se afecta directamente el principio de legalidad, dado que estos aparecen como elementos previstos en la ley y no pueden ser suprimidos por voluntad de los operadores penales ajustada a su particular política criminal.

---

7 En esa línea se tiene el **RN 3091-2013- Lima**: "es necesario precisar que el delito fuente del delito de lavado de activos, necesariamente tiene que ser previo a la realización del mismo".

8 ¿Cómo conocer lo que no existe en el mundo objetivo? En todo caso es pura estimación, inaprensible e incontrolable.

Ir al índice

Se pretende morigerar esa posición de subjetivar toda referencia a la actividad criminal previa, y se propone que se debe hacer referencia nominal al **"origen ilícito"** o **"actividad criminal"**, pero de manera general y abstracta; esta postura ecléctica es insostenible, pues vacía el contenido descriptivo de todo elemento valorativo; se confunde la dimensión general y abstracta del supuesto de hecho con la dimensión real de los hechos, que "materializan" esa generalidad. La generalidad y abstracción corresponde a las características de todo supuesto hipotético de la ley; pero, el hecho "actividad criminal" u "origen ilícito", debe corresponder a un dato descriptible y no se configura con solo la referencia nominal del delito –origen ilícito.

5. EL ORIGEN ILICITO y SENTENCIA PLENARIA

La posición asumida por la Sentencia Plenaria Casatoria, 1-2017 es considerar al "origen ilícito" como elemento normativo del tipo. Así, los Jueces Supremos en **mayoría**, en el numeral 28 literal a) de la parte resolutiva:

> «Que el origen ilícito (penal) de los bienes, en el lavado de activos, es un **elemento normativo del tipo** y forma parte de los tipos penales previstos en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo No. 1106…»

Y, en el numeral 29, literal c) de la parte resolutiva:

> «El "origen delictivo" mencionado por el citado artículo 10 es **un componente normativo**. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas (…)».

Lo mismo en el voto singular, en el numeral II:

> «Que, el origen ilícito o procedencia delictiva de los bienes, es un elemento normativo de los tipos penales previstos en los artículos 1, 2 y 3, integrado por el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 (…)».

En ese orden, la proposición fáctica que configure el origen ilícito debe ser probada; esa es la razón por la que existe resistencia a su aceptación como elemento del tipo objetivo[9].

5.1 Sentencia Plenaria Casatoria e Imputación

La Sentencia Casatoria Plenaria 1-2017, ha propuesto un marco dogmático metodológico

9 En esa línea se tiene: i) **RN 2868-2014-Lima**. Reconoce que el delito fuente es un elemento objetivo del tipo penal de L.A. Se delimita el suceso fáctico del delito previo en tiempo y espacio. Tales activos, constituyen en el delito de L.A un elemento normativo del tipo, siendo de aclarar que en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados; y, ii) **RN 757-2014 – Lima**. El delito previo o determinante es un elemento normativo del tipo legal. De lo cual se aprecia que "delito previo", "delito fuente", "delito determinante", "origen criminal", "origen delictivo" son términos que están referidos a lo mismo. Un hecho típico y antijurídico previo generador de las ganancias ilegales, el cual es un elemento del tipo penal de Lavado de activos.

Ir al índice

para la configuración de la imputación del delito de lavado de activo; sin embargo, la recurrencia a conceptos indefinidos y/o indeterminados, para definir el alcance del elemento normativo del "origen ilícito" o "actividad ilícita", no resuelve los problemas de indefinición en la construcción de la imputación, por el contrario los mantiene y multiplica.

La Sentencia Plenaria propone dos modelos para la construcción de la imputación del delito de lavado de activos. Así en el **fundamento 12** de la Sentencia Plenaria Casatoria, señala como presupuestos:

a) La identificación de una operación o transacción inusual o sospechosa, así como el incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el agente del delito.

b) La adscripción de tales hechos o condición económica cuando menos a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos que describen los artículos 1, 2 y 3 del Decreto legislativo 1106, y sus respectivas modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1246.

c) El señalamiento de los indicios contingentes o las señales de alerta permanentes, que permitan imputar un conocimiento o una inferencia razonada al autor o partícipe sobre el potencial origen ilícito de los activos de la conducta atribuida.

Sin embargo, en el **fundamento 21** de la misma Sentencia Plenaria se señala otro modelo típico para la configuración de la imputación con los presupuestos siguientes:

i) Una actividad criminal **idónea** para generar determinados activos;

ii) La realización de actos de conversión y transferencia o actos de ocultamiento y tenencia, o de actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional;

iii) Subjetivamente, tanto el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita del activo -dolo directo o eventual-;

iv) La finalidad de evitar la identificación, la incautación o el decomiso (elemento subjetivo distinto del dolo).

Y concluyentemente señala que:

«(…) ninguno de estos elementos (…) se puede "presumir", en el sentido de que se puede escapar de esa certeza objetivable –no es de aceptar suposiciones o meras conjeturas. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos».

Son dos propuestas, dos enfoques para la construcción de la *proposición fáctica del origen ilícito* de la imputación concreta del delito de lavado de activos, en los fundamentos de la Sentencia Plenaria Casatoria.

Ir al índice

La primera corresponde a un estadio procesal de investigación y exige para la configuración del origen ilícito el señalamiento de los indicios contingentes para atribuir un conocimiento o una inferencia razonada del autor o participe sobre el potencial origen ilícito. En este enfoque es necesaria la propuesta de los indicios contingentes[10].

La segunda corresponde al estadio procesal de juzgamiento y exige la configuración del origen ilícito como "una actividad criminal idónea para generar determinados activos" como elemento del tipo objetivo; y que debe ser abarcado por el dolo. Exige la descripción de una actividad criminal configurada con proposiciones fácticas que se infieren de los indicios contingentes.

6. ALCANCE OPERATIVO DEL "ORIGEN ILÍCITO".

El origen ilícito, como todo elemento del tipo, requiere de una base fáctica y no puede ser sustituido por la mera calificación nominal de un delito. No constituye fundamento de la imputación fáctica la sola calificación nominal de un delito, -Defraudación Tributaria, Peculado, Cohecho, etc.- Es imperativo hechos que configuren un contexto factual mínimo[11] como base para inferir la imputación del origen ilícito. Si la imputación no contiene ese contexto mínimo, no existe base fáctica configuradora del elemento normativo del origen ilícito.

No se trata de imputar con base en una sospecha subjetiva; se trata primero, de inferir a partir de indicios objetivos, para luego imputar. En el caso, no se tienen los elementos de juicio, para inferir y luego imputar que para la adquisición del primer vehículo se utilizó activos de origen ilícito.

Con esta precisión conceptual abordemos el problema del alcance operativo del "origen ilícito"; que tiene dos componentes: i) *"origen"* ii) ***"ilícito";*** son dos componentes: el primero es fáctico y el segundo, valorativo; no se puede predicar ilicitud de la nada sino de su **"origen"**; ese *origen o fuente* es el problema. Hasta acá se ha transitado conceptualmente sin problemas.

El elemento "*origen ilícito"* está completamente vinculado al elemento "*actividad criminal";* en efecto, es la actividad criminal la que determina que el dinero, ganancia o efecto tenga un origen ilícito. Pero, ¿qué conceptuamos por actividad criminal?

---

10 Para inferir razonablemente una hipótesis del origen ilícito. Así se tiene el **RN 4003-2011-Lima 08/08/12 Quinto** "[...] no hace falta aún, que haya quedado establecido con seguridad rayana en la certeza el delito precedente, pues para la investigación es necesario únicamente que existan indicios reveladores que vinculen al procesado con el delito precedente [...]".

11 Desde una perspectiva material, no se está exigiendo siquiera un comportamiento típico, antijurídico y culpable; tampoco, un comportamiento típico y antijurídico, menos un comportamiento solo típico; sino solo un hecho idóneo para producir activos.
Desde una perspectiva procesal, tampoco se exige como fáctico una sentencia condenatoria o un proceso, o una investigación; solo se requiere un mínimo de contexto del origen ilícito.

Ir al índice

6.1. Indeterminación de la "actividad"

Si la actividad criminal como delito fuente del delito de lavado de activos, ha sido objeto de una hipótesis o tesis de imputación del hecho punible como objeto de un proceso penal en trámite o sentenciado, no es problema la descripción de la proposición fáctica. El problema se presenta en supuestos donde no está definido es actividad general.

La sentencia Plenaria, sostiene que el origen es una actividad general; pero, ¿cuál es el alcance conceptual de esa generalidad? ¿Qué grado de determinación se exige? La Sentencia Plenaria asume, en mayoría, y por tanto vinculante en **numeral 29 literal D)** que:

> «La noción ***"actividades criminales"*** no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados y objeto. **Basta la acreditación de la actividad de modo genérico».**

En minoría en numeral 28 fundamento a), se indica que:

> **«(...)** en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10 del citado decreto Legislativo, y como tal se refiere a **una actividad ilícita penal concreta**, tal como se señaló en la Sentencia Plenaria Casatoria 92-2017**».**

No obstante, la decisión vinculante de la sentencia plenaria, con relación al fáctico que configure el origen ilícito "**basta la acreditación de la actividad de modo genérico**". Pero, ¿Cómo puede el Ministerio Público construir esa proposición fáctica con esas características?

Una posibilidad de superar esa indeterminación es recurrir al concepto de **idoneidad**; en efecto, con relación a este elemento normativo se precisa que se trata de *"una actividad criminal previa **idónea** para generar determinados activos"*. Esa idoneidad no es meramente conceptual, sino que debe atender a hechos materiales con características que la hacen idóneas para la producción de activos ilícitos[12]. Por lo menos, este es un punto de referencia que permitiría controlar la indeterminación de ese elemento normativo.

Esto sería congruente con *"no aceptar suposiciones o meras conjeturas o sospechas más o menos"* **«[...] ninguno de estos elementos [...] se puede "presumir", en el sentido de que se puede escapar de esa certeza objetivable –no es de aceptar suposiciones o meras conjeturas. No basta con una probabilidad o sospecha más o menos».**

Una línea de interpretación adecuada para la configuración del origen ilícito, desarrolla la Casación 333-2012-Puno, señala que: "... no se estableció cuáles serían los medios de prueba

12 En ese sentido se tiene el **RN 2071-2011-Lima. De fecha 06/12/12. Fundamento sétimo:** "El delito de lavado de activos se origina con la comisión de un delito fuente. Es decir, procede o proviene de un ilícito penal en que el objeto material genera ganancias ilegales, por lo que existe una relación entre el delito previo o fuente y el delito de lavado de activos constituyendo de esta manera el delito fuente un elemento objetivo del tipo penal.

Ir al índice

que acrediten la existencia del delito fuente...". "No es suficiente la simple enunciación de hechos contenidos en las normas penales, en tanto, estas deben tener su correlato fáctico, debidamente diferenciado ilimitado respecto del delito fuente; así, en el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria al tratarse de la formulación genérica de cargos sin precisión ni mucho menos una adecuada subsunción del delito del que provendrían los ilícitos activos".

Esta Casación tiene la bondad de fijar el punto crítico en la configuración de la imputación concreta del delito de lavado de activos; en ese orden, precisa que no es suficiente la referencia a un supuesto hipotético general, sino que es necesaria la configuración material de la imputación. Esta casación, además precisa que "resulta de suma importancia la presencia el delito previo pues constituye el presupuesto indispensable que sirve de nexo con el objeto sobre el que vaya a decaer las conductas del blanqueo de bienes, por lo que al no existir ese nexo no podrá haber objeto material idóneo para la comisión del delito de blanqueo de bienes agravado; por lo demás, debe precisarse que se cumple con el requisito de delito previo cuando se haya determinado la configuración de un delito aun cuando no se haya podido individualizar o se encuentre en curso establecer la responsabilidad del autor".

6.2. Configuración de lo "ilícito"

Un segundo problema corresponde al componente valorativo **"ilicitud"** de la actividad. ¿Qué es una actividad criminal?: **i)** un hecho típico, antijurídico y culpable y punible; **ii)** un hecho típico y antijurídico, considerado como dominante (García Cavero, p.98, 99) pues lo ilícito es antijurídico, **iii)** o solo de un hecho típico; o **iv)** ninguna de la anteriores. Pero, el problema no es determinar el nivel analítico de la teoría del delito para calificarse como actividad criminal.

El verdadero problema es establecer si una actividad general puede ser calificada como típica, antijurídica y culpable, dado que solo una conducta puede ser típica, una conducta puede ser antijurídica; -equiparamos actividad con conducta-; entonces ¿una actividad genérica y abstracta puede ser calificado de típica, antijurídica?

Sobre la base de predicar la ilicitud como un **injusto (conducta típica y antijurídica)**, se presenta dos situaciones que ocurren en la práctica:

a) La actividad criminal se circunscribe a una concreta acción o conducta que ha sido objeto de valoración en los filtros analíticos de tipicidad y antijuridicidad, en ese orden, no existe problemas en atribuir ilicitud a ese comportamiento.

b) La actividad criminal es genérica. Se presentan los problemas, pues estos "hechos" genéricos no pueden ser objeto de un juicio de tipicidad y antijuridicidad, para afirmar la configuración de un ilícito.

Entonces, ¿se tendría que abandonar los conceptos dogmáticos de tipicidad y antijuridicidad para afirmar la ilicitud, y enfocarlos valorativamente desde un punto de vista criminológico?

Ir al índice

> Si sería solo ***"actividad criminal"*** podría adoptarse ese criterio; pero, el concepto de ilicitud es un concepto jurídico y tiene sus propios límites.

Tendríamos que realizar un juicio hipotético de tipicidad de un supuesto de hecho; esto es adecuar un supuesto de hecho a otro "supuesto de hecho", con característica de generalidad.

Ahora bien, si se acepta que es un hecho típico y antijurídico –ilícito-, el primer problema que se afronta de cara a la construcción de la imputación concreta es ¿qué "hecho" puede ser típico y antijurídico, que no sea un comportamiento humano? En todo caso, ¿cómo un hecho genérico puede ser calificado de ilícito?, o mejor desde la perspectiva de la imputación concreta ¿qué proposiciones fácticas postulará el Ministerio Público relacionado a la actividad criminal?

Se afirma que los activos no proceden de actividades ilícitas indefinidas, sino solamente de la comisión de delitos determinados. Así, se requiere necesariamente dar una respuesta, pues dado que se trata de un elemento normativo del tipo y exige criterios de valoración, estos serían las categorías analíticas de la dogmática o una perspectiva criminológica.

Si dice origen ilícito y no se trata de un delito específico, es importante entonces precisar que fácticos se requieren para que realicen este elemento del tipo. Es muy simple quedar en la indefinición de que es un hecho de carácter general, o sostener que se requiere un estándar de prueba; el problema es como concretarlo en la particular proposición fáctica que describa la actividad criminal, ello con un grado de concreción lo suficiente como para que pueda ser fuente de procedencia de un objeto material (ganancias, efectos, etc.).

En conclusión, el origen ilícito es un elemento normativo del tipo penal; su configuración requiere de base fáctica como actividad idónea para producir activos; no es necesaria la individualización de la responsabilidad penal de una determinada persona en la realización de la actividad ilícita; pero tampoco, es admisible meras calificaciones típicas.

Ir al índice

05

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N.° 1-2017/CIJ-433

Para ver Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433.
ir a la página 88.

Ir al índice

CRITERIOS PARA ACREDITAR EL ORIGEN DELICTIVO DE LOS ACTIVOS SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
OCTAVIO CÉSAR SAHUANAY CALSÍN[1]

Sumilla:

El comentario pretende aproximarse a la valoración de la prueba por indicios en el delito de lavado de activos, y mostrar algunas dificultades y paradojas que surgen como efecto aplicativo de los fundamentos 22 y 23 de la aludida sentencia casatoria, y proponer algunas alternativas de enfoque en virtud a los aportes de la dogmática y la jurisprudencia comparada y local. La idea central es fortalecer las destrezas del juez para realizar las inferencias idóneas en armonía con la prueba aportada, operación que desde luego solo puede materializarse una vez delimitado el contexto de imputación y de prueba, que viene a ser el entorno en que se imparte justicia excluyendo la intuición y el fácil recurso a las máximas de la experiencia.

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y LA GLOBALIZACIÓN

1. El delito de lavado de activos (en adelante LA) es el hijo parricida del sistema[2], el mundo que emerge en las primeras décadas del siglo XXI, con la irrupción hegemónica de internet y la masificación interactiva-digital de las transacciones financieras, unido a la creación de paraísos financieros, convierten los datos para investigar y punir a la industria del crimen en líquido[3] difícil de manejar. Esta coyuntura nos obliga a redefinir nuestras petrificadas instituciones empleadas en la lucha contra el delito de LA y en un esfuerzo de corte darwiniano adaptarlas a las vertiginosas mutaciones que han favorecido la revitalización de un nuevo escenario delictivo mundial[4].

---

1 Juez Superior. Presidente de la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado en la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Doctor en Derecho por la UNSA. Profesor Universitario de Postgrado y en la Academia de la Magistratura.

2 Frase acuñada por FABIÁN CAPARRÓS. Eduardo. *Internacionalización del Lavado de Activos e Internalización de la respuesta* en BLANCO CORDERO, Isidoro, *El mismo.* PRADO SALDARRIAGA, Víctor. SANTANDER ABRIL, Gilmar, ZARAGOZA AGUADO, Javier. *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial.* Washington. OEA Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT) 2018. p. 15.

3 «En el escenario de la modernidad líquida, la lucha contra los temores ha acabado convirtiéndose en una tarea para toda la vida, mientras que los peligros desencadenantes de esos miedos, aun cuando no se crea que ninguno de ellos sea *intratable* han pasado a considerarse compañeros permanentes e *inseparables* de la vida humana.» BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores.* Tr. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires. Paidós. 2014. p. 231.

4 Respecto de la discusión entre los sectores garantistas y aquellos que postulan la necesidad de adaptar las estructuras legales a las nuevas formas de criminalidad, el garantismo, como concepción de análisis de la problemática frente al tratamiento de la delincuencia organizada transnacional no ha sido capaz de responder a las críticas que le presentan como una postura ingenua. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal.* Lima. Jurista. 2013. p. 577.

Ir al índice

2. La globalización potencia sin quererlo, la consagración de la impunidad delictiva[5], gracias al sofisticado camuflaje *ad hoc* que puede ser elaborado por expertos financieros e informáticos de primer nivel, reclutados fácilmente gracias a las ingentes ganancias obtenidas por los delitos originarios, ello sumado a la innata capacidad de erosionar el sistema que tiene la industria del crimen a través de la corrupción de las instituciones encargadas de dar las leyes, prevenir, detectar, investigar y juzgar este delito, en ese esquema, la labor de los integrantes de aquellas instituciones que no fueron alcanzados por el brazo corruptor resulta ardua y riesgosa.

ESFUERZOS SUPRANACIONALES PARA PREVENIR Y SANCIONAR EL LA

3. El aprovechamiento de estos nuevos escenarios delictivos propicios para el crimen, fue abordado con esfuerzos que trascendían la gestación de normas nacionales para acometer un tratamiento igualmente globalizador y cuya primera referencia significativa fue la Convención de Palermo de 2000 (Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional), seguida de la Convención de Mérida de 2003 contra la corrupción; a niveles operativos el Grupo de Acción Financiera sobre LA creado en París en 1989, ha inyectado nuevos bríos en la gestación de políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales y su motor de promoción y desarrollo son las Cuarenta Recomendaciones que vienen siendo reestructuradas y adaptadas a la mutación camaleónica del delito de LA.

4. Nuestro país fue visitado *in situ* del 21 de mayo al 1 de junio de 2018 para la Evaluación Mutua que analizó el nivel de cumplimiento de las 40 Recomendaciones del GAFI y el nivel de efectividad del sistema ALA/CFT (Anti Lavado de Activos/Contra el Financiamiento al Terrorismo) de Perú, formulando recomendaciones para fortalecer el sistema. Nuestro país aprobó en líneas generales la referida evaluación. En el rubro que nos concierne como Poder Judicial[6], las observaciones más relevantes son las siguientes: i) las investigaciones de LA no atacan a las redes criminales importantes, se aplican a casos de estructura simple o poca envergadura; ii) existen investigaciones, procesos y condenas de LA, pero los resultados no son congruentes respecto a la magnitud del nivel de riesgo al que está expuesto el Perú; iii) generalmente, en las investigaciones de casos complejos no se está persiguiendo la recuperación de activos y desarticulación financiera de las redes criminales[7]. Atención especial mereció el hecho que la Corte Suprema en el año 2017 haya unificado la jurisprudencia en materia de LA ratificando el entendimiento acerca de la autonomía del delito, con la emisión de la Sentencia Plenaria Casatoria que comentamos, y razona el ente evaluador que esa incertidumbre podría explicar la baja cantidad de condenas y el elevado número de sentencias absolutorias por este delito. Este es el punto crítico, nuestro país no produce el número de sentencias en LA compatible con los riesgos debidamente detectados.

---

5 El proceso del lavado de activos se lleva a cabo a través de servicio ilegal que brindan estructuras criminales flexibles, altamente especializadas, y que cuentan con sólidas coberturas legales e idóneas para la realización de este tipo de operaciones económicas, financieras o comerciales. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima. Idemsa. 2013. p. 108.

6 Me cupo el honor de representar a nuestra institución en esta evaluación, junto a los doctores Víctor Prado Saldarriaga e Inés Villa Bonilla.

7 GAFILAT (2018) – Informe de Evaluación Mutua de Cuarta Ronda del Perú. p. 11.

Ir al índice

Nuestra hipótesis apunta a que una de las causas de esa falta de respuesta jurisdiccional es la falta de criterios estandarizados en la magistratura nacional para abordar el tema de la prueba indiciaria y dentro de ella la ausencia de criterios para elaborar las inferencias que se exigen normativamente.

ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO 22 **DE LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA** 1-2017/CIJ-433

5. El objetivo central es aproximarnos al fundamento aludido que, en esencia consta de una densa alusión a principios y mandatos de corte probatorio atinentes al delito de LA, que indudablemente influirá en la evaluación ulterior de nuestro país por GAFILAT, la metodología será de corte exegético. Inicia el criterio jurisprudencial abordando el siguiente enunciado legal:

> *"El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso"*[8].

Nuestra Corte Suprema confirma la umbilical relación probatoria entre el delito de LA[9] y la prueba indiciaria[10], que en nuestro país ha sido catalogado como un método probatorio, descartando que sea un elemento de prueba o una prueba[11], postura que reafirma el rol del juez en materia de valoración de la prueba en el específico territorio de la prueba por indicios[12].

PRUEBA INDICIARIA E INFERENCIA

6. En otro extremo relevante el fundamento en comento, exige que los indicios deben ser ciertos, graves e interrelacionados en función a *"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*

8 Artículo 10 del Decreto Legislativo Número 1106, modificado por el Decreto Legislativo Número 1249.

9 Delito por antonomasia perpetrado a través de conductas desarrolladas en entornos de gran hermetismo y cuyo objetivo central es el camuflaje de los activos maculados.

10 Para el efecto se remite al imperio de la ley (artículo 158, apartado 3 del Código Procesal Penal de 2004 -en adelante CPP-) y la doctrina jurisprudencial vinculante prefijada en el Recurso de Nulidad 1912-2005/Piura.

11 RECURSO DE NULIDAD N°.1248-2018/LA LIBERTAD emitido por la Sala Penal Permanente el doce de marzo de 2019. En su Fundamento 7 señaló: "[n]o es de recibo sostener que como el Fiscal no postuló prueba por indicios, el Juez no pueda sustentar la declaración de hechos probados en tal prueba. Lo esencial es que los hechos no se alteren y que los medios de prueba objeto de valoración fueron materia de debate judicial. Al Juez corresponde verificar las afirmaciones o enunciados fácticos formulados por las partes. La prueba por indicios no es medio de prueba sino un método de apreciación de las pruebas." Postura defendida por nuestro querido maestro MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004.* Lima. Jurista. 2012. 206 p. 34.

12 El maestro italiano se aparta del lenguaje corriente y, propone llamar *prueba* al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e *indicio* al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que a su vez tenga el valor de un indicio. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal.* Tr. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid. Trotta. 2018. p. 130.

Ir al índice

los contraindicios–, pueden establecer la comisión del delito de lavado de activos". Esta redacción supera una construcción semántica similar elaborada en el Recurso de Nulidad 1912-2005-Piura que reza así: *"[e]n lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, 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",* la cual excluía el conocimiento científico como elemento del tridente de la sana crítica, lo cual obedece de seguro a un *lapsus calami* en la redacción.

7. El ensamblado de la inferencia -punto neurálgico de las cavilaciones del juez al momento de valorar la prueba del delito de LA- merece precisiones adicionales cuando se inserta en el contexto de la sana crítica: **i)** el recurso a los principios de la lógica presupone la aceptación de su inmutabilidad[13], pues la justificación judicial emplea la lógica clásica como criterio formal de validez, de tal manera que cuando el juez recurra a ella, no se vea compelido a realizar nuevas explicaciones acerca de los axiomas y reglas de inferencia[14]; **ii)** el recurso a los conocimientos científicos tiene un ámbito específico que a veces se confunde con algunas máximas de la experiencia[15], pero no cabe duda que debe solucionarse el problema de demarcación para determinar los rasgos definitorios de lo que es ciencia y excluir la *junk science* (ciencia basura)[16] y **iii)** las máximas de la experiencia, que son el criterio que tiene gran predicamento en la magistratura, no deben convertirse en un punto de fuga para incumplir los deberes de la motivación de la prueba y no se puede llegar al extremo de substituir con estas máximas aquello que las pruebas no dicen o colmar las lagunas de lo que no han dicho[17].

CATÁLOGO DE INDICIOS ATINENTES AL DELITO DE LA

8. La sistematización de los indicios específicos en el delito de LA, es inédita en la doctrina jurisprudencial vernacular, la implementación de una especie de parte especial con la valoración de las máximas de la experiencia atinentes, es un loable esfuerzo dirigido a facilitar la labor de los jueces y propiciar escenarios de predictibilidad. No se trata de un catálogo *numerus clausus*; de parámetros fijos, dada la dinámica del crimen organizado, sino de algunas aplicaciones de la prueba indiciaria que permiten determinar actos susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial, indicativos de una clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito. Así lo consagra el fundamento 34 del Acuerdo Plenario número 2-2010/CJ-116 y que procedemos a detallar acometiendo una labor de concisión y brevedad estando a las limitaciones del comentario: **i)** incremento inusual del patrimonio del imputado; **ii)** manejo de elevadas cantidades de dinero; **iii)** inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el

13 ITURRALDE, Victoria. *Lógica, decisión judicial y racionalidad* En BONORINO, Pablo Raúl (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea.* Lima. Ara Editores 2010. p. 143.

14 *Ibidem. pássim.*

15 Las máximas de experiencia son de dos tipos, de la experiencia diaria y de conocimientos asegurados científicamente. SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal.* Madrid. Marcial Pons. 2012. p. 126.

16 Por todos VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba judicial.* Madrid. Marcial Pons. 2015. p. 83 y ss.

17 NIEVA FENOLL, Jordi. Op. Cit. p. 207.

Ir al índice

incremento patrimonial; **iu)** ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones o sobre anómalas operaciones, **u)** existencia de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas.

9. La praxis judicial marca la diferencia de enfoque de un juez frente a un jurista, y es que el resultado de la valoración probatoria es siempre contextual, referido a un determinado conjunto de elementos de juicio[18], la casuística es el basamento y única referencia de la decisión, adicionalmente sin imparcialidad no es posible la valoración de la prueba[19]. En esa inteligencia, surgió una cuestión interesante, con relación a las implicancias de la aplicación del criterio iu) del listado precedente. ¿Puede exigirse al acusado que brinde una explicación que enerve los resultados probatorios de los indicios graves en su contra? La Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Crimen Organizado contestó a esa pregunta, señalando que esa obligación (de explicar) no vulnera la presunción de inocencia como lo precisó la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Salabiaku vs. Francia del 7 de octubre de 1988 (citada en el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 fundamento 34.D.), en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen. Esta línea jurisprudencial fue ratificada por el mismo tribunal en el caso Pham Hoang vs. Francia, el 25 de septiembre de 1992, número 13191/87. El Tribunal Supremo español en la sentencia N°. 2.486/2001 del 21 de diciembre de 2001 añade una precisión importante: «*La valoración como indicio de la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, de la acreditación de la falsedad de sus manifestaciones o de su manifiesta inverosimilitud, no implica invertir la carga de la prueba ni vulnera al principio* nemo tenetur, *siempre que exista otra prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente acerca de la participación en el hecho del acusado*». Ver Sentencia de Vista N°. 01-2020 recaída en el expediente N.° 322-2014-16-5001-JR-PE-02 FUNDAMENTO 93[20]/[21].

10. El fundamento 22 de la sentencia plenaria casatoria, reitera la importancia de los datos concretos de la causa y enuncia un triple pilar indiciario idóneo para condenar por el delito de LA (STSE 345/2014, de 24 de abril): **i)** los incrementos inusuales, crecimientos injustificados del patrimonio y la realización de actividades financieras anómalas –por su cuantía y su dinámica–; **ii)** la inexistencia de negocios o actividades económicas o comerciales lícitas que justifiquen el incremento patrimonial o las trasmisiones dinerarias;

18 MENDONCA citado por FERRER BELTRÁN, Jordi. (2007) *La valoración racional de la prueba.* Madrid. Marcial Pons. p. 45 y añade el Profesor hispano autocitándose: «si cambia el conjunto, por adición o sustracción de algún elemento, el resultado puede ser perfectamente otro»

19 NIEVA FENOLL, Jordi. Op. Cit. p. 175.

20 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed12a5004cd1f8efbf9dffe93f7fa794/EXP.+322-2014-16+SENTENCIA+DE+VISTA+-+CASO+VI%C3%91AS+DIOSES+y+otros.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed12a5004cd1f8efbf9dffe93f7fa794

21 No obstante, debe tenerse presente que el valor probatorio atribuible al silencio del acusado o la inverosimilitud de su relato o coartada, como destaca Miranda Estrampes, es "meramente argumentativo". MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo.* Lima. Instituto Pacífico. 2017. p. 307.

Ir al índice

iii) la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas con capacidad de generar ganancias ilegales o con personas o grupos relacionados con los mismos. Vale decir, si se da esa conjunción probatoria, con los matices glosados debidamente acreditados, la fundamentación de una condena en función a las inferencias y exteriorización del enlace preciso que las vincule y que, el juez o tribunal elaborarán en respeto al contexto, satisfará los estándares constitucionales y legales para quebrar la presunción de inocencia.

ENLACE PRECISO ENTRE LOS INDICIOS Y EL HECHO CONSECUENCIA

11. En la precitada Sentencia de Vista N°. 01-2020, ofrecemos un esquema en función a un caso concreto en el fundamento 94: "[C]orresponde establecer el enlace preciso que permita unir los hechos base debidamente probados con los enunciados de la imputación de lavado de activos, que no es otro que: **i)** ante la ausencia de explicación razonada acerca de la obtención lícita de ingresos que justifiquen el monto exorbitante de dinero empleado en adquisiciones realizadas por los acusados; **ii)** la prueba indiciaria sigue esta secuencia: hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final. O si se quiere, hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido (EXP. N.° 00728-2008-PHC/TC LIMA. GIULIANA LLAMOJA HILARES FUNDAMENTO 29), **a) hecho inicial:** ausencia de explicación razonada del notorio incremento patrimonial detectado en los actos jurídicos y de conversión y tenencia de activos, **b) máxima de la experiencia:** no es inverosímil que un cabeza de familia que recibe ilícitamente cuantiosas sumas de dinero, las convierta y oculte empleando a sus familiares; **c) hecho desconocido:** el dinero de origen ilícito provenía de VD, esta inferencia se interrelaciona con los hechos probados (fundamentos 91 y 92), acatando la necesidad de conexión entre estos elementos, que impuso como exigencia el Tribunal Constitucional en el caso Abencia Meza (EXP. N.° 00485-2016-PHC/TC CAJAMARCA. ABENCIA MEZA LUNA. Fundamento 32.), el dato esencial en este caso es la contemporaneidad y desarrollo simultáneo de los actos de conversión y ocultamiento con la época que el acusado desempeñaba el cargo público reseñado. Esta conclusión no ha sido atacada con la presentación de algún contraindicio que ponga en cuestión la estructura empleada en la prueba indiciaria, así entonces la conclusión no es indeterminada o abierta y excluye otros posibles resultados a la luz de la prueba aportada en el caso concreto".

12. En la praxis judicial, frente a una pluralidad de indicios, el juez debe examinar cada uno de ellos, e identificar todos los enlaces lógicos posibles, verificando, la fortaleza, que es contrariamente proporcional al número de tales enlaces; y la precisión, que es directamente proporcional a la nitidez de sus contornos, a la claridad de su representación, a la fuente directa o indirecta del conocimiento del que se derive su autenticidad[22]. Estas obligaciones del recto razonar se ubican en la distinción del contexto de descubrimiento y contexto de justificación, propio de la teoría de la argumentación. Hay ciertas posturas que señalan que no puede trazarse ninguna línea tajante entre descubrimiento y justificación; agregando que propiamente estaríamos frente a un "contexto de decisión"[23].

22 SFERLAZZA, Ottavio. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada.* México D.F. Fontamara. 2005. p. 177.

23 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.* 2da. Ed. Madrid. Marcial Pons. 2004. p. 111 y 114.

Ir al índice

13. Para FERRAJOLI la justificación de la inducción fáctica en el proceso penal exige tres condiciones: 1) la carga de la acusación de producir datos o hechos probatorios que tengan el valor de confirmaciones necesariamente consecuentes respecto de la hipótesis acusatoria y de generalizaciones o "máximas de experiencia" que los enlacen con ella; 2) el derecho de la defensa de invalidar tal hipótesis, contradiciéndola mediante contrapruebas compatibles sólo con hipótesis alternativas que la acusación tiene a su vez la carga de invalidar; 3) la facultad del *juez* de aceptar como convincente la hipótesis acusatoria (no si, sino) sólo si concuerda con todas las pruebas y resiste a todas las contrapruebas recogidas[24].

14. "Para estimar la corrección de la inferencia inductiva debe probarse que los hechos que fundan la inducción son ciertos, suficientes y representativos del conjunto. Así, aunque pueda haber excepciones, éstas nunca deben ser tales que invaliden la argumentación inductiva. No obstante, en caso de estar ante generalizaciones compartidas, como son en el razonamiento judicial las máximas de experiencia y las presunciones, no se requiere prueba sobre las mismas, salvo que se objete sobre si existencia en el caso concreto alegando razones en contra[25]."

15. Una de las destrezas específicas que debe tener el juez, es valorar la prueba indiciaria y específicamente elaborar inferencias, en este terreno la dogmática brinda aproximaciones y son los jueces los que tienen que desbrozar el camino descartando el fácil recurso a la intuición que resulta propicia en ámbitos complejos como el LA, donde *prima facie* no se puede tener una apreciación omnicomprensiva de todas las particularidades que ofrece la prueba, en esos contextos debe desterrarse la corazonada o pálpito. Uno de los riesgos que advierte la doctrina es que el juez en ese trance –de motivar una sentencia complicada- puede llegar al extremo de encadenar presunción tras presunción, pero no al estilo de la «*cascaded evidence*» es decir, no teniendo indicios consolidados al menos por la debida formación previa de otra presunción, sino simplemente exponiendo lo que su intuición le indica al amparo de los poquísimos indicios existentes[26].

LA SOSPECHA GRAVE Y LOS INDICIOS: ¿PUEDE EMPLEARSE LA PRUEBA INDICIARIA PARA SUSTENTAR UNA PRISIÓN PREVENTIVA?

16. El fundamento 23 señala que para emitir una decisión de prisión preventiva se requiere sospecha grave, la que no debe entenderse en su acepción vulgar (la simple corazonada), sino en su acepción técnico procesal, como un estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios –que se erigen en elementos de convicción sobre la base de actos de investigación– Igual situación ocurre con el vocablo "indicios", cuya noción técnica alude al hecho base que permite enlazar con el hecho consecuencia o hecho presunto como consecuencia de un razonamiento lógico causal del juzgador en la prueba por indicios; la noción común, lo identifica con aquel indicador de la producción de ciertos hechos que

24 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 144. Para el maestro, no disponemos de un método de descubrimiento o verificación, sino solo de un método de confirmación y refutación. *Ibidem.* p. 143.

25 ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales.* Madrid. Marcial Pons. 2011. p. 279.

26 NIEVA FENOLL, Jordi. *Op. Cit.* p. 206.

Ir al índice

a priori son delictivos; se trata de una primera plataforma de la investigación criminal. Correlativamente si debemos emplear el indicio en su sentido técnico este se encuentra regulado en el artículo 158.3 del CPP:

> La prueba por indicios requiere:
> a) Que el indicio esté probado;
> b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
> c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

Fluye una primera dificultad interpretativa: en el estadio de la investigación preparatoria, no se podría cumplir el primer requisito normativo, pues el indicio estará debidamente probado únicamente en juicio oral (salvo los casos de anticipación de prueba) en ese orden de ideas, si el indicio alude al hecho base que permite enlazar con el hecho consecuencia, este indicio desplegaría los efectos mencionados únicamente, cuando esté debidamente probado conforme al procedimiento prefijado por la ley procesal. Se produce una evidente paradoja que hay que superar dando razones. La Casación N°. 626-2013 Moquegua en su fundamento vigésimo octavo, precisa que, si el fiscal basa su requerimiento en prueba indiciaria, debe cumplir los criterios contenidos en el Recurso de Nulidad N.° 1912-2009-Piura, allí se concluye que el indicio ha de estar debidamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha.

17. La Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional en ese entonces perteneciente a la Sala Penal Nacional, se pronunció sobre esta paradoja en el Expediente N.° 00249-2015-23-5001-JR-PE-01 Caso Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón en el fundamento 4.2.7. "[R] especto de los requisitos de la prueba indiciaria, el Ministerio Público postula un relato hipotético que tiene respaldo en algunas inferencias que propone, no obstante, las mismas en líneas generales deben ajustarse a los requisitos que se exigen para su invocación. Además, en sede cautelar no se puede cumplir a cabalidad con los requisitos exigidos por la citada jurisprudencia que ha sido recogida en gran medida en el CPP. En esa inteligencia, es con la actividad probatoria propia del juicio oral donde se pueden fijar los hechos base que servirán para poder articular las inferencias del caso, de manera que, si los indicios son contingentes se pueda satisfacer los requisitos de pluralidad, concordancia y convergencia y que no existan contraindicios, correlativamente, no es de recibo totalmente la tesis de la defensa técnica, esencialmente porque el escenario cautelar no requiere consolidación probatoria o acreditativa a plenitud, esta apreciación liminar no descarta la idoneidad de los argumentos defensivos, los mismos que están en fase embrionaria al igual que los argumentos incriminatorios, los mismos que serán depurados en la etapa intermedia, debatidos, reforzados o refutados en el decurso del ulterior juicio oral"[27]. En esa línea de razonamiento, la prueba indiciaria puede emplearse para sustentar un requerimiento de prisión preventiva y el juez al valorarla, puede validar la exigencia normativa del indicio

27 Al respecto debo precisar que he sido recusado de conocer este expediente, lo cual me deja en libertad de comentar hechos de un caso que ya no conoceré como juez de apelación.

Ir al índice

«debidamente probado» en términos de alta probabilidad de probanza en el juicio oral, tal como se hace con la figura símil de los elementos de convicción[28] frente a la prueba.

18. El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el EXP N ° 04780-2017-PHC/TC y EXP N ° 00502-2018-PHC/TC (Acumulado) PIURA señaló en el fundamento 59. [L]a Sala, no obstante, consideró que no podía atenderse lo solicitado "esencialmente porque el escenario cautelar no requiere consolidación probatoria o acreditativa a plenitud", agregando que los argumentos incriminatorios y defensivos "serán depurados en la etapa intermedia, debatidos, reforzados o refutados en el discurso del ulterior juicio oral"] calificando nuestra valoración como inconstitucional[29], descontextualizando completamente la referencia a la prueba indiciaria, que es la única que explica el razonamiento de nuestra Sala basada en la ley procesal penal, como lo precisó el voto singular de la Magistrada Ledesma Narváez (Fundamento 15).

Conclusiones:

a) La emisión de la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 unifica nuestra noción y alcances respecto de la autonomía del delito de LA y su acreditación.

b) La prueba indiciaria exige la elaboración de una inferencia precisa en armonía con las reglas de la sana crítica: i) la lógica clásica sirve para justificar una decisión judicial; ii) el conocimiento experto exige demarcarlo de la ciencia basura; iii) las máximas de la experiencia, no pueden reemplazar lo probado o no probado.

c) Al acusado por el delito de LA se le puede exigir que brinde una explicación, cuando existe suficiente prueba indiciaria que lo vincula como autor.

d) El catálogo de indicios que elabora la máxima instancia de la justicia ordinaria, deben servir para una correcta elaboración del enlace preciso en las inferencias.

e) La prueba indiciaria puede emplearse para decidir la imposición o no de una medida

---

28 Si bien con la expresión "elementos de convicción" se resalta la convicción subjetiva del juez, en particular (...) Esta noción se circunscribe a la producción fáctica, en cuya virtud se introduce una fuente-medio de investigación al proceso con el que se obtiene un resultado probatorio. Está, pues, referida a la fuente-medio de investigación utilizado para lograr la convicción judicial para la emisión de una concreta resolución jurisdiccional interlocutoria e, incluso, el sobreseimiento. San Martín Castro, César. *Delito & Proceso Penal. Nuevas perspectivas a cinco instituciones penales.* Lima. Jurista Editores. p. 93.

29 En el fundamento 59 el TC concluye (postura mayoritaria) que la 2SPAN realizó una argumentación *"patentemente inconstitucional"*, al haber omitido valorar la prueba de descargo de la defensa técnica –cuatro testigos-. De esta manera el TC soslayó su propio fundamento 45 donde fija el parámetro de control constitucional a emplear en este caso: *"La aplicación del artículo 279, inciso 1 del Código Procesal Penal, debe estar justificada en el surgimiento de nuevos elementos de convicción vinculados con todos o cuando menos alguno de los requisitos que de conformidad con el artículo 268 del citado código deben tener lugar de modo copulativo para la expedición de una prisión preventiva (...)"* (subrayado del propio TC). Los cuatro testigos NO eran nuevos elementos de convicción, sino testimoniales que fueron evaluadas con motivo de la comparecencia restringida inicialmente impuesta a Nadine Heredia Alarcón. Por tanto, normativamente, la Sala no podía valorar dichas declaraciones por imperio de la ley.

Ir al índice

de prisión preventiva, la exigencia normativa del indicio «debidamente probado» debe valorarse en términos de alta probabilidad de probanza, como se hace con la figura de los elementos de convicción frente a la prueba.

Ir al índice

06

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SEGUNDA SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 67-2017
LIMA

RECURSO DE CASACIÓN FUNDADO

1. RESPECTO AL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: es un tipo subsidiario, de peligro, no cabe la modalidad omisiva respecto al elemento normativo "interesarse directamente", por cuanto, en el caso concreto, significaría reprimir penalmente la conducta del imputado por el solo incumplimiento de normativa de carácter administrativo, de ahí que dicho tipo penal debe interpretarse en función de los principios de *ultima ratio* del Derecho Penal (subsidiariedad y fragmentariedad).

2. SOBRE EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE: la sentencia materia de grado vulneró la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales por deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez, por cuanto a pesar que estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes (terceros civilmente responsables), no precisó los fundamentos de su imposición, que en el caso no se determinaron, debido a que uno de sus representantes fue excluido del proceso; y el otro fue absuelto de la acusación fiscal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.

VISTOS: En audiencia pública; los recursos de casación interpuestos por el sentenciado Jorge Luis Vergel Polo y por las empresas Consorcio DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., contra la sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; y revocó dicha sentencia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión

Ir al índice

del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Ventura Cueva.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. El Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, formuló acusación penal, de fecha uno de julio de dos mil trece, contra: **a)** Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Pedro Elmer Morales Gonzales en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública- negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. **b)** Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi, en calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República. **c)** Miguel Alcides Saldaña Rojas, en calidad de autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República y de Carlos Alberto Foronda Claussi.

Segundo. Con fecha nueve de julio de dos mil trece, se integró la acusación de uno de julio de dos mil trece. Respecto al tercero civil, se indicó que mediante resolución de cuatro de julio de dos mil doce, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dispuso la incorporación como terceros civilmente responsables, a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por lo que, la reparación civil que, eventualmente se determine deberá ser asumida por éstas de modo solidario, conjuntamente con el acusado Ricardo Mont Ling, respecto de la primera empresa; y respecto de la segunda, con los acusados Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi.

Tercero. El Segundo Juzgado de investigación Preparatoria Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó auto de enjuiciamiento en los siguientes términos, contra:

- **a)** Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, en calidad de autores de los delitos contra la Administración Pública-negociación incompatible y omisión de actos funcionales, y por el delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones

Ir al índice

de documentos en agravio del Estado. **b)** Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, en calidad de cómplices primarios del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado. **c)** Miguel Alcides Saldaña Rojas, como cómplice primario del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible en agravio del Estado y como autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso en agravio del Estado y Carlos Alberto Foronda Claussi.

- El Juez solicitó se le imponga a Jorge Luis Vergel Polo, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años. A Jorge Luis Núñez Smith, cinco años y seis meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; a Ricardo Mont Ling y Carlos Alberto Foronda Claussi, cinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años; y contra Miguel Alcides Saldaña Rojas, seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el término de tres años.

- Indicó como terceros civilmente responsables a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

- Asimismo, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, sustentó su pretensión resarcitoria en la suma de quinientos treinta y un mil trescientos cincuenta y seis soles, que deberá ser abonada por los acusados Núñez Smith, Vergel Polo, Mont Ling, Saldaña Rojas, y Foronda Claussi, de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

- Por otro lado, respecto al daño causado en agravio de Carlos Alberto Foronda Claussi, el Ministerio Público sustentó su pretensión resarcitoria en la suma ascendente a tres mil soles por el daño extra patrimonial causado, que deberá abonar el acusado Miguel Alcides Saldaña Rojas de forma solidaria a favor del Estado, conjuntamente con el tercero civilmente responsable HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Cuarto. A través de la resolución de veinticinco de agosto de dos mil quince, el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, dispuso la instalación del juicio oral, realizándose en las sesiones en diversas fechas de los meses de septiembre, octubre, noviembre, diciembre de dos mil quince, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de dos mil dieciséis.

Quinto. Mediante sentencia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, falló:

i) Declarando que la conducta imputada por el Ministerio Público a los procesados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, como presuntos autores del delito contra la Administración Pública-omisión de actos funcionales, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, y la conducta imputada contra los mismos, como presuntos autores del delito contra la Fe Pública-omisión de consignar declaraciones en documentos,

Ir al índice

tipificado en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Penal, **se adecúan** a la conducta imputada por el delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, prevista en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en agravio del Estado. **ii)** Declarando a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República. A Carlos Alberto Foronda Claussi, como cómplice primario del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; como tales, se les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por tres años e inhabilitación por el plazo de tres años. **iii)** Absolviendo a Miguel Alcides Saldaña Rojas de la imputación penal en su contra, como presunto cómplice primario del delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible, y como presunto autor del delito contra la Fe Pública-uso de documento privado falso, en agravio del Estado. **iu)** Declarando fundada, en parte, la pretensión del actor civil en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi, así como respecto de los terceros civilmente responsables, empresa DHMONT & CG & M S.A.C. y empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil, deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria, precisándose proporciones predeterminadas de pago por cada uno de los citados, en razón a los hechos dañosos: siete por ciento corresponde a Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, seis por ciento del monto total, que deberá abonar el sentenciado Carlos Alberto Foronda Claussi, sesenta por ciento, deberá abonar la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y veinte por ciento deberá abonar la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Sexto. Los sentenciados Carlos Alberto Foronda Claussi, Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables Consorcio DHMONTH & CG & M S.A.C e HIDROINGENIERÍA S.R.L., apelaron dicha sentencia y su recurso fue concedido. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, **CONFIRMÓ** la de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; **REVOCÓ** el extremo que declaró a Carlos Foronda Claussi como cómplice primario del delito de Corrupción de Funcionarios-negociación incompatible en agravio del Estado, y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años, **REFORMÁNDOLA LO ABSOLVIERON** de dicha imputación; **REVOCÓ** dicha sentencia en el extremo que declaró fundada, en parte, la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y REFORMÁNDOLA, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S. A. C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

Ir al índice

Séptimo. Ante dicho fallo, las defensas técnicas de los sentenciados Jorge Luis Vergel Polo, Jorge Luis Núñez Smith y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., interpusieron sus respectivos recursos de casación contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima. Mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete, la Primera Sala Penal de Apelaciones resolvió admitir los recursos de casación interpuestos por Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S. R. L., e inadmisible el recurso de casación de Jorge Luis Núñez Smith, señalando que: *"No precisó puntualmente el desarrollo de doctrina jurisprudencial que se pretende".*

Octavo. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete, que declaró bien concedidos los recursos de Jorge Luis Vergel Polo y los terceros civilmente responsables empresas DHMONT & CG & M S.A.C, e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

Noveno. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia con los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día **once de julio de dos mil diecisiete**, a horas diez y cincuenta de la mañana.

CONSIDERANDOS

ASPECTOS GENERALES

Primero. De conformidad con la Ejecutoria Suprema de veintiuno de marzo de dos mil diecisiete –calificación de casación–, obrante a fojas ciento dieciocho del cuadernillo formado en esta instancia, fueron declarados bien concedidos los recursos:

A) Por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-vulneración de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales.

B) Para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal, artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible, sustentada en la causal prevista en inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

1. Imputación Fáctica

Segundo. El requerimiento Fiscal de acusación penal, describió los siguientes hechos: Mediante Decreto de Urgencia número cero cero cuatro-dos mil nueve, publicado el diez de enero de dos mil once, se creó el "Programa Nacional de Recuperación de Instituciones Públicas Educativas Emblemáticas y Centenarias", donde se incluyó la ejecución de la

Ir al índice

obra: "Remodelación, Rehabilitación y Reforzamiento de la Infraestructura Educativa y Equipamiento de la I.E. diez setenta- Melitón Carbajal", habiéndose aprobado el expediente técnico de esta obra por Resolución Jefatural número seiscientos veintinueve-dos mil nueve-ED, de veintitrés de abril de dos mil nueve, contando con la conformidad de la Jefatura de Estudios y Proyectos de la OINFE (Oficina Nacional de Infraestructura Educativa), previa recomendación de un equipo de profesionales revisores, con un costo a suma alzada de dieciocho millones novecientos setenta y seis mil cuatrocientos sesenta y un mil soles con cuarenta céntimos (S/18,976,471.40).

Al amparo del mencionado Decreto de Urgencia, el Ministerio de Educación, previa exoneración del proceso número cuarenta-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, suscribió de modo directo el contrato de obra nominado "Contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-ME7SG-OGA- UA-APP de veinticinco de mayo de dos mil nueve con el CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C.", representado por Ricardo Mont Ling, por la cantidad señalada, con un plazo de ejecución de doscientos setenta días calendarios y bajo el sistema de contratación a suma alzada.

Asimismo, previa exoneración del proceso número cuarenta y cuatro-dos mil nueve-ED/U.E ciento ocho, el Ministerio de Educación, suscribió de modo directo el "Contrato número ciento veinticuatro-dos mil nueve- ME/SG-OGA-UA-APP de siete de agosto de dos mil nueve con la empresa HIDROINGENIERÍA S.R.L.", representado por Miguel Alcides Saldaña Rojas, para la supervisión de la obra antes indicada, por el monto de trescientos sesenta y siete mil quinientos sesenta y siete con veinte céntimos, por un plazo de ejecución de trescientos días calendarios.

2. Imputación específica al recurrente Jorge Luis Vergel Polo

Tercero. Se imputó a Pedro Elmer Morales Gonzales, jefe de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, Jorge Luis Vergel Polo, Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, y Jorge Luis Núñez Smith, Coordinador en el Área de Obras-Unidad de Supervisión de Obras y Mantenimiento de la OINFE, que en su condición de funcionarios públicos, orientaron sus actos de gestión apoyados por intereses distintos a los de la entidad pública (Oficina de Infraestructura Educativa) a la que representaban, transgrediendo los términos contractuales y la normatividad vigente: Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento), Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y el contrato número setenta y ocho-dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP, para cuyo efecto, eludieron sus obligaciones, emitiendo pronunciamientos en las que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio, por parte del CONSORCIO DHMONT; haciendo caso omiso a la opinión de asesoría jurídica, incluso continuaron con darle el trámite, dando conformidad a la solicitud del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluían los componentes cuestionados; el cambio de material en la cobertura del gimnasio de "policarbonato translúcido celular de ocho milímetros a polipropileno (calaminón); así como el cambio de material del piso del gimnasio de parquet a piso laminado", lo que originó la aprobación irregular del presupuesto adicional de la obra. Ello ocasionó perjuicio

Ir al índice

al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONTH de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil setecientos veinticinco soles (S/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (S/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Mediante este accionar, se interesaron de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Para estos efectos, se contó con la participación dolosa de Ricardo Mont Ling, Miguel Alcides Saldaña Rojas y Carlos Alberto Foronda Claussi, toda vez que su participación en calidad de representante legal de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C., y representantes de la empresa supervisora HIDROINGENIERÍA S.R.L. respectivamente, era imprescindible para que se aprobara indebidamente el adicional de obra número ocho.

3. Fundamentos de la sentencia de primera instancia

Cuarto. El Tercer Juzgado Unipersonal de Lima, condenó al procesado Jorge Luis Vergel Polo, señalando lo siguiente: **i)** Se ha probado en el juicio que los funcionarios públicos Vergel Polo y Núñez Smith, estuvieron en la posibilidad de anular la realización de trabajos diferentes a los planos. **ii)** El procesado Vergel Polo procedió con disfuncionalidades en el ejercicio de su cargo, tanto más, cuando sus deberes se encontraban vinculados a trámites adicionales, así respecto a su contrato administrativo de servicios (CAS) de veintinueve de marzo de dos mil diez, se estipulaba aprobar, revisar, evaluar los expedientes relacionados a la liquidación de obras, valorizaciones, presupuestos adicionales, teniendo vinculación con los cambios de material de techo y piso del gimnasio, pues pertenecía al área de obras de OINFE. **iii)** Se interesó indebidamente en provecho de terceros ajenos a la entidad que representaba, en el caso, al Ministerio de Educación, en la operación que intervino por razón de su cargo. **iv)** Se debe tener en cuenta que sus conductas se enmarcaron en omisiones funcionales o de rol, como contenido de aquel "interés indebido en provecho de terceros", que no necesariamente se decanta por un despliegue funcional positivo (acciones, actuaciones), sino también por uno negativo, es decir, en relación a omisiones.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: **i)** Ambas empresas suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, la primera a través de su representante legal Ricardo Mont Ling, y la segunda a través de Miguel Saldaña Rojas. **ii)** Ambas empresas tuvieron un operador directo en la obra, quienes las representaba, como Martín Sarmiento Guerra y Carlos Foronda Claussi, quienes vulneraron su rol en cuanto a la ejecución de trabajos en el techo y piso del gimnasio de la institución educativa. **iii)** Ambas empresas no cumplieron con sus respectivas obligaciones contractuales.

4. Fundamentos de la sentencia de segunda instancia

Quinto. La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de quince de noviembre de dos mil dieciséis, condenó al recurrente

Ir al índice

Vergel Polo, señalando lo siguiente: **i)** Si bien es cierto, desde el cargo que desempeñaba, como ha alegado, no aprobó ni autorizó los adicionales; también lo es que transgrediendo los términos contractuales y la normativa vigente y, sin tener en cuenta la opinión de la Oficina de Asesoría Jurídica, continuó con el trámite del presupuesto adicional número ocho, efectuado por el contratista consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. **ii)** El procesado insistió en dar en conformidad el adicional de obra número ocho, sosteniendo que consideraba pertinente la aclaración y solicitó se envíe nuevamente de asesoría para su pronunciamiento final. **iii)** El recurrente Vergel Polo, omitió consignar en su informe que el contratista ya había ejecutado la instalación del techo y piso laminado.

Respecto a la reparación civil de los terceros civilmente responsables, DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., argumentó: **i)** Luego de establecer los hechos de responsabilidad contractual de los terceros civilmente responsables, en razón a que suscribieron contratos con el Ministerio de Educación. **ii)** Al no haber encontrado responsabilidad en el procesado Foronda Claussi, que genere consecuencias jurídico-civiles, debe recomponerse la distribución porcentual del pago de la reparación civil, fijada en la sentencia de primera instancia.

5. Agravios de los recurrentes

De la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C.

Sexto. La empresa DHMONT & CG & M S. A. C., fundamentó su recurso de casación con los siguientes argumentos: **i)** El Ministerio Público requería la condena de Ricardo Mont Ling (Gerente General); como cómplice primario del delito de negociación incompatible; sin embargo, no existió proceso penal en su contra; y ningún representante ni subordinado de la empresa se encuentra procesado. **ii)** El juez de primera instancia incorporó a la empresa como tercero civilmente responsable, fundamentándose en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, que señala: *"Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo"*. **iii)** La Sala señaló que HIDROINGENIERÍA y CONSORCIO DHMONT & CG & M S. A. C., suscribieron contratos con el Ministerio de Educación, respectivamente, a través de sus representantes legales, surgiendo responsabilidad civil, por parte de dicha empresa, a partir del no cumplimiento de sus obligaciones ante el Ministerio de Educación. **iv)** Se vulneraron las normas que garantizan el principio de congruencia procesal, sobre la inaplicación del inciso uno del artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, la debida motivación de las resoluciones judiciales, y la cosa juzgada. **v)** El consorcio DHMONT ejecutó la totalidad de la obra; sin embargo, existe pendiente el presente proceso judicial, sobre una adenda al contrato; pues en la relación contractual, el Estado debió entregar al contratista un expediente técnico, indispensable para ejecutar la obra; pero le entregaron uno con errores. **vi)** La sentencia, no se pronunció sobre los argumentos de la parte civil e incorporó hechos distintos a los invocados por dicha parte; incorporando además nuevos fundamentos, el de "incumplimiento contractual". **vii)** El actor civil (Procurador Público de la Contraloría General de la República) estableció en su pedido, que debe condenarse a la reparación civil al CONSORCIO DHMONT, debido al accionar de su gerente general, Ricardo Mont Ling; es decir,

Ir al índice

estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil. **viii)** El Gerente General de la empresa, Ricardo Mont Ling, ha sido excluido del proceso penal, por sentencia del Quinto Juzgado Constitucional, que declaró fundado un proceso de amparo; cosa juzgada que desconoce la sentencia de vista, por cuanto han juzgado su conducta y emitido pronunciamiento, sin haber ejercido su derecho de defensa, sancionando a su empresa con el pago de la reparación civil.

De la empresa HIDROINGENIERIA S. R. L.

Séptimo. La defensa técnica de la citada empresa, alega como causales, las previstas en los incisos uno y cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, expresando los siguientes argumentos: **i)** Se vulneró la prohibición de reforma en peor, pues se aumentó el monto de la reparación civil sin que el Procurador haya impugnado. **ii)** No se respondió su cuestionamiento, sobre la falta de verificación del elemento de la responsabilidad civil: nexo causal entre la actuación dependiente de la Empresa y los supuestos daños ocasionados al Estado, pues la modificación del informe de la Empresa en el presupuesto adicional de Obra número ocho, produjo la ruptura del nexo causal. **iii)** Existe ilogicidad en la sentencia de vista, pues no obstante haberse señalado que se trata de un caso de responsabilidad extracontractual; luego, el extremo que fijó la reparación civil se basó en un supuesto de responsabilidad contractual.

Del sentenciado Jorge Luis Vergel Polo

Octavo. El recurso de casación interpuesto por el recurrente se fundamenta en que: **i)** El informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE—OBRAS, fue ofrecido y admitido en la etapa intermedia y, por un error del Ministerio Público, no se oralizó, por lo que no debió ser incorporado al proceso; sin embargo, este documento sirvió para sustentar una sentencia condenatoria. **ii)** La Sala de Apelaciones vulneró las garantías de derecho de defensa, derecho a la prueba y a la verdad, al no admitir la prueba testimonial de Wilber García Vera y Antonio Chumpitaz Peraldo, quienes evaluaron y aprobaron los cambios de especificaciones del expediente técnico; con esas declaraciones se pretendió probar que el recurrente laboraba en el área de proyectos y no en el de obras. **iii)** Existe un contraindicio muy sólido, esto es, que el área competente para tomar la decisión de los materiales originales, fue el de proyectos, conforme lo especificó el "Manual para la ejecución de obras". **iv)** Se vulneró la garantía de la presunción de inocencia y violación de la libertad de ejercicio de la función pública, vulneración del principio de culpabilidad y prohibición de ser sancionado por el hecho de un tercero. v) Las pruebas indirectas actuadas no reflejan el incumplimiento de las funciones del recurrente, en relación a los hechos generadores del reproche penal. La Sala, repitiendo el error del juez de primera instancia, consideró que se cometió el delito de negociación incompatible, cuando el autor incumplió su rol funcional, es decir, su conducta fue totalmente neutra. **vi)** La Corte Suprema debe desarrollar doctrina jurisprudencial, sobre la correcta interpretación del artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, que tipifica el delito de Negociación Incompatible, a fin de determinar si el tipo penal puede configurarse a través de una conducta omisiva, o solo puede cometerse por acción.

Ir al índice

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Sobre la debida motivación de las resoluciones judiciales

Noveno. El inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y el artículo trescientos noventa y cuatro, inciso tres del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, señalan que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial, en ese sentido, garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso[1].

Décimo. El Tribunal Constitucional, en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, ha señalado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho, queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. b) Falta de motivación interna del razonamiento. c) Deficiencias en la motivación externa. d) La motivación insuficiente. e) La motivación sustancialmente incongruente. f) Motivaciones cualificadas.

Décimo primero. De igual forma, la Corte Suprema, en la sentencia casatoria número ocho-dos mil siete-Huaura, de trece de febrero de dos mil ocho, señaló que el recurso casación no configura una nueva y tercera instancia; al contrario, al ser un recurso extraordinario, tiene facultades limitadas a motivos tasados; por ende, no se pueden valorar las pruebas, pero sí se puede hacer un control de la motivación de las resoluciones judiciales[2].

Décimo segundo. Respecto a la vulneración de esta garantía; la defensa técnica de la empresa consorcio DHMONT & CG & M S. A. C., sostuvo que el actor civil, Procurador Público de la Contraloría General de la República, estableció en su pedido que debe condenarse a la reparación civil al citado consorcio, debido al accionar de su Gerente General, es decir, estableció una responsabilidad vicarial, basada en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil, sin embargo, las sentencias no motivaron debidamente esta responsabilidad.

Décimo tercero. De otro lado, la defensa de la empresa supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., en su recurso correspondiente, argumentó que la sentencia fue expedida con manifiesta ilogicidad, porque pese a que la resolución objeto de apelación determinó que este era un caso de responsabilidad civil extra contractual, por aplicación del artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; sin embargo, la sentencia materia de recurso estableció la reparación, en un supuesto de responsabilidad contractual.

---

1 Tribunal Constitucional, EXP. N.° 00728-2008-PHC/TC, LIMA. Caso: LLAMOJA HILARES, fundamentos jurídico número siete.

2 Reforzando dicho razonamiento, el precedente vinculatorio establecido mediante la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura, referido a la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, estableció respecto de la motivación de las resoluciones que debe examinarse para su corrección los siguientes componentes: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial.

Ir al índice

Décimo cuarto. En síntesis, ambas empresas cuestionaron que fueron incluidas como terceros civilmente responsables, en razón a la imputación generada a sus representantes legales; sin haberse acreditado previamente que se cumplieron los requisitos para vincular esta responsabilidad con la del tercero. El defecto de motivación que alegan en concreto, es la falta de motivación externa.

Décimo quinto. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, que las deficiencias en la motivación externa, justificación de las premisas: *"se presenta cuando un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento".*

El tercero civilmente responsable

Décimo sexto. El Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, en su fundamento jurídico número veinticuatro, estableció que la reparación civil se presenta como una institución de naturaleza jurídica-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido. Procesalmente, está informada por los principios dispositivo y de congruencia [...] a tono con la naturaleza privada de la responsabilidad civil *ex delito*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal, el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

Décimo séptimo. La reparación civil puede accionarse contra el tercero civilmente responsable[3], que es definido como aquella persona natural o jurídica, que sin haber participado en la comisión del hecho punible, interviene en el proceso penal a efectos de responder económica y solidariamente a favor del agraviado; por lo cual, debe tener una relación especial con el imputado y con el delito[4].

Décimo octavo. El Título V de la Sección IV del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, contempla sobre este sujeto procesal, estableciendo en su artículo ciento once lo siguiente: *"1. Las personas que conjuntamente con el imputado tengan responsabilidad civil por las consecuencias del delito, podrán ser incorporadas como parte en el proceso penal a solicitud del Ministerio Público o del actor civil. 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100-102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado".*

3 ARNAIZ SERRANO, Amaya. *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 278. Al respecto señala, que: "El hecho que nos encontremos ante una responsabilidad de carácter privado, hace comprensible que los sujetos que no han tenido participación alguna en la comisión del ilícito, pueden ser declarados responsables de sus consecuencias civiles, pues a diferencia de la responsabilidad penal, la civil no es personalísima".

4 NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Idemsa, Lima, 2015, p. 427.

Ir al índice

Décimo noveno. Es decir, el Código Procesal Penal citado, contiene como presupuestos para ser considerado como tercero civilmente responsable, lo siguiente: **a)** Acreditar la existencia de responsabilidad civil generada como consecuencia del delito. **b)** La responsabilidad debe tenerla conjuntamente con el imputado, lo que significa, la necesidad de su vínculo jurídico con el imputado.

Vigésimo. Respecto al primero, debe precisarse que el fundamento de la responsabilidad civil, que genera la obligación de reparar, es la existencia de un daño de naturaleza civil, causado por un ilícito penal, que no puede identificarse como ofensa penal. De ahí que, el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido[5]. En este sentido, como lo señaló la Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad número mil novecientos sesenta y nueve-dos mil dieciséis, en su fundamento jurídico 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 a la víctima, por lo que su estimación debe ser proporcional al daño causado".*

Vigésimo primero. Ahora bien, para determinar la existencia de la responsabilidad civil y que ésta recaiga sobre el imputado o sobre el tercero civilmente responsable, se deben presentar los siguientes elementos[6]: **a)** El hecho causante del daño está constituido por la conducta del agente, que en su accionar afectó al bien jurídico. **b)** El daño o perjuicio. **c)** Relación de causalidad, que se constituye en el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado. Producido el daño o constatada su materialidad, es necesario determinar si existió un causante. **d)** Factores de atribución de responsabilidad, subjetivos (dolo y culpa) y objetivos (riesgo y peligro creados).

Vigésimo segundo. Sobre el segundo, para incorporar a una persona como tercero civilmente responsable, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico con el imputado. Ahora bien, este vínculo jurídico, es interpretado desde la normativa prevista en el Código Civil, contenida en el artículo mil novecientos ochenta y uno, que prevé lo siguiente: *"aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio de su cargo o en cumplimiento del servicio respectivo".*

Vigésimo tercero. Esta figura regula la denominada responsabilidad vicarial; constituida como un criterio de imputación, para definir la relación que existe entre el responsable y el sujeto que causó el daño; en este sentido, puede afirmarse que existe un vínculo jurídico cuando se presenta:
a) Una relación de subordinación del tercero. b) Que el subordinado cause daños. c) Que el daño se realice en el ejercicio de un cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. De ahí, que como lo afirma un sector de la doctrina "la norma solo ha sido concebida para los casos

5 Acuerdo Plenario número seis-dos mil seis/CJ-ciento dieciséis, de trece de octubre de dos mil seis.

6 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal.* Idemsa, Lima, 1999, pp. 96 y ss.

Ir al índice

en que, el actuar ilícito ha sido realizado por una persona que se encuentra bajo las órdenes de otra, ejecutando solo las decisiones de esta última"[7].

Sobre el caso concreto materia de recurso de casación

Vigésimo cuarto. Ahora bien, sobre la situación del primer impugnante, la sentencia materia de grado atribuyó la reparación civil al consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., incluyéndolo como tercero civilmente responsable, pues la imputación fiscal calificó la conducta de Ricardo Mont Ling, representante legal de dicho consorcio, como la de cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Vigésimo quinto. La Procuraduría Pública, para fundamentar su pedido de incorporación de esta empresa, como tercero civilmente responsable, sostuvo que por haber participado en la comisión de los hechos se han generado daños y perjuicios al Estado, en tanto, la responsabilidad civil le es inherente. Por su parte, el Juzgado se basó en lo contenido en el artículo mil novecientos ochenta y uno del Código Civil; mientras que la sentencia de segunda instancia, señaló que "la determinación de la responsabilidad civil no está basada solamente en el mandato legal, sino que deriva del hecho que el imputado vulneró el bien jurídico con su accionar".

Vigésimo sexto. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, se advierte que Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C., mediante requerimiento de acusación penal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa, se le atribuyó la calidad de cómplice primario del delito de negociación incompatible y, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de uno de junio de dos mil quince, dictó el auto de enjuiciamiento en contra el citado Mont Ling en dichos términos. Sin embargo, antes del inicio del juicio oral fue excluido del proceso no siendo juzgado ni condenado, ni tuvo la condición de procesado hasta finalizar la presente causa, -en su escrito la defensa refiere que mediante el Proceso de Amparo de treinta de enero de dos mil quince, emitido por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, declaró fundada la demanda de Ricardo Mont Ling, contra el Poder Judicial, declarando la nulidad de la resolución de nueve de octubre de dos mil trece, dictada por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, por la afectación de los derechos a la debida motivación-.

Vigésimo séptimo. Pese a ello, la sentencia de primera instancia declaró fundada la pretensión del actor civil, en relación al tercero civilmente responsable, Gerente General de la empresa DHMONT & CG & M S.A.C. Asimismo, la sentencia de segunda instancia declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, respecto al citado consorcio y aumentó el monto de la reparación civil.

Vigésimo octavo. En ese sentido, estando a que no se incluyó en el proceso a Ricardo Mont Ling, representante legal del Consorcio DHMONT & CG & M S.A.C. y, por ende, no se

7 OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, Citado en GARCÍA CAVERO, Percy. *La persona jurídica en el Derecho Penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 120.

Ir al índice

determinó el daño resarcible económicamente que habría causado, respecto del cual deba responder su empleadora; entonces, no existió la relación de causalidad (causa- efecto); que constituye uno de los presupuestos para la aplicación de la reparación civil; esto es, que se haya presentado el daño y que una vez producido o constatada su materialidad, se determine si existió un causante, lo que no se cumplió porque el imputado, Gerente General de la mencionada Empresa, fue excluido del proceso.

Vigésimo noveno. Este mismo razonamiento, corresponde aplicar para el caso de la empresa Supervisora HIDROINGENIERIA S. R. L., debido a que, se le incluyó como tercero civilmente responsable del delito de negociación incompatible, por la imputación recaída en Carlos Alberto Foronda Claussi, Supervisor de Obra de esta empresa. Respecto a este procesado, la sentencia de primera instancia lo condenó como cómplice primario del citado delito; empero la Sala de Apelaciones revocó dicha condena; y reformándola, lo absolvieron de dicha imputación. No obstante esta absolución, la sentencia de vista no explica el por qué, luego de haber absuelto al imputado, se le impuso un monto de reparación civil a la empresa empleadora de dicho procesado, si no se determinó el hecho causante del daño civil, siendo inexistente el factor de atribución, relacionado con el actuar doloso; los cuales sustentarían la responsabilidad civil de la empresa Supervisora y que es fundamento de la responsabilidad civil *ex delito*[8]; lo que en el caso no sucedió.

Trigésimo. En consecuencia, la sentencia materia de grado vulneró la garantía de la motivación de las resoluciones judiciales; por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez, por cuanto a pesar de que estableció la obligación del pago de la reparación civil a las empresas recurrentes; sin embargo, no precisó los fundamentos de su imposición, pues para realizar un análisis jurídico sobre la declaración del tercero civilmente responsable; era necesario dilucidar, en primer lugar, sobre qué hechos lesivos se hace esta declaración de responsabilidad, que en el caso no se determinaron, debido a que no existió el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y el agente que lo hizo. Si bien, la afectación a la motivación, implicaría la nulidad del proceso; sin embargo, advirtiéndose que en el proceso no existen los elementos indispensables para la atribución de responsabilidad a los terceros civilmente responsables; corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, para evitar dilaciones indebidas y perjuicio a las partes; por lo que corresponde declarar improcedente la pretensión del actor civil, respecto a las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S.R.L.

Trigésimo primero. De otro lado, la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones incrementó el monto de la reparación civil, impuesta en primera instancia a la empresa impugnante HIDROINGENIERÍA S.R.L., a pesar que el actor civil, constituido por la Procuraduría no recurrió; por lo que vulneró el principio dispositivo, que señala que la sentencia no podrá sobrepasar el monto pedido por el Fiscal y, en su caso, por la parte civil. En este principio, la pretensión civil encuentra su límite, de ahí que toda variación, en contra

8 *Ibídem*

Ir al índice

de los responsables sin que haya recurrido la parte afectada implica una *mutatio libeli* prohibida por la normativa Procesal Penal y Procesal Civil[9].

II. Sobre la errónea interpretación de la Ley Penal

El delito de negociación incompatible

Trigésimo segundo. El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, tiene como fuente el artículo doscientos sesenta y cinco del Código Penal Argentino, ambos contienen como fuente común al artículo cuatrocientos treinta y nueve del Código Penal Español, que a diferencia de nuestra legislación, el primero lo ubica en un capítulo independiente sobre negociaciones incompatibles. En este sentido, su ubicación ha sido cuestionada por la doctrina nacional, proponiéndose incluso la creación de una sección específica para las negociaciones incompatibles[10].

Trigésimo tercero. Nuestro legislador, lo situó en la sección IV del Código Penal-Delito de corrupción de funcionarios, por lo que constituye una modalidad de corrupción, por ende, la conducta del sujeto activo se desenvuelve con esa orientación; es decir, en la utilización de potestades públicas para el interés privado, que difiere del general que se encuentra constituido por mandato legal[11], por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.

Trigésimo cuarto. El artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, lo tipifica del siguiente modo: *"El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años [...]".*

Análisis del tipo penal

Trigésimo quinto. En razón a la configuración y ubicación del delito de negociación incompatible, en la Sección IV del Código Penal, referida a corrupción de funcionarios; es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, es decir, no exige un perjuicio efectivo a las arcas estatales, sino que resguarda el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante el actuar imparcial del servidor o funcionario que se desenvuelve en dicha operación.

---

9 SAN MARTÍN CASTRO, César. "Responsabilidad civil y proceso penal: Algunos aspectos procesales de la reparación civil". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Responsabilidad civil II.* Editorial Rodhas, Lima, 2006, p. 34

10 La legislación Argentina ubica este tipo penal en un capítulo autónomo denominado "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", mientras que el Código Penal Español, lo sitúa como "negociación y actividades prohibidas al funcionario".

11 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública.* Cuarta Edición. Idemsa, Lima, 2007, p. 817.

Ir al índice

Trigésimo sexto. Es un delito de peligro[12], que importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública[13]. En consecuencia, el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de los funcionarios, en la toma de decisiones, las cuales se dirigen en función a la labor pública que ejercen. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública, que pueda significar un riesgo para ella.

Trigésimo séptimo. Debido a su naturaleza de delito de peligro; su realización no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro, se encontrará en un nexo de posibilidad[14]. Al constituir un adelantamiento al poder del Estado, debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, sino que se verifique el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Trigésimo octavo. No cabe punir meros comportamientos, que signifiquen solo actuaciones parciales por parte del presunto sujeto activo, porque significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio. En consecuencia, cuando el sujeto especial no cumple con las obligaciones de su cargo, en colisión con los intereses del Estado, corresponde evaluar su conducta, primero, a nivel administrativo; y solo cuando reúna las características de relevancia y cumplimiento del injusto, deberá intervenir el Derecho Penal.

Trigésimo noveno. El elemento normativo central del delito de negociación incompatible es el "interés", que constituye el núcleo rector del tipo penal; este "interesarse", ha sido muy bien definido por la doctrina argentina, como "volcar sobre un negocio, una pretensión de parte no administrativa, querer que asuma una configuración basada en éste"[15]. Entonces, debemos indicar que el interés debe ser entendido como el procurar del sujeto activo, que su intervención se produzca en dirección a la obtención de un beneficio; dicha pretensión,

---

12 SANCINETTI, Marcelo. "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas". Buenos Aires. Disponible en línea: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1986-30087700891_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Negociaciones_incompatibles_con_el_ejercicio_de_funciones_p%FAblicas>

13 En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad número 2068-2012.

14 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de derecho penal. Parte general.* Tomo II. Cuarta edición. Idemsa, Lima, 2011, p. 68.

15 CREUS, Carlos. *Delitos contra la administración pública*, p. 371, lo llama *"un interés de parte no administrativa".* Citado en CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de negociación incompatible.* Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 39.

Ir al índice

excede por supuesto, lo estrictamente administrativo y funcional[16], entendido como el mero incumplimiento de alguna normativa que regule su actuar.

Cuadragésimo. Es indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Dicha acción, siempre va a implicar un riesgo para el patrimonio de la Administración Pública; sin embargo, no basta una mera infracción del "deber de abstención" del funcionario público, sino que su interés debe ser considerado como una intervención a su favor en la obra que esté a cargo[17].

El interesarse directa o indirectamente o por acto simulado

Cuadragésimo primero. Este interés, puede manifestarse, conforme lo prescribe el Código Penal, de tres formas: **a)** Directamente, lo que significa que sea a título personal, es decir, el mismo sujeto activo coloca en evidencia su pretensión de favorecerse a sí mismo o a un tercero de la obra o contrato. **b)** Indirectamente, en este supuesto, el sujeto activo materializará dicho interés a través de un intermediario, que podría ser un funcionario o no. **c)** Por acto simulado, que alude también a una forma indirecta de interesarse, por cuanto, el sujeto activo, aparentará que su intervención será en pro de la Administración Pública, pero en realidad no es así.

Cuadragésimo segundo. En este sentido, la normativa es clara en definir estas tres modalidades, las mismas que se realizarán con motivo de la intervención del servidor o funcionario, en una determinada obra o contrato. Respecto a la modalidad de comisión de este delito; la doctrina mayoritaria, se ha decantado por afirmar que dicha intervención solo puede materializarse a través de una acción positiva[18], pero también existe un sector minoritario de la doctrina que acoge la posibilidad que el interés indebido pueda configurarse con una omisión, en la modalidad de simulación, que puede significar admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva[19].

Cuadragésimo tercero. Al respecto, este Supremo Tribunal, considera, en función de lo señalado anteriormente, que el delito de negociación incompatible, debe interpretarse desde un enfoque restrictivo, en aras de proteger la presunción de inocencia del imputado; que solo se desvirtuará cuando existan medios probatorios que acrediten de forma indubitable la comisión del tipo penal; por ello, se acoge la postura mayoritaria, que afirma que es posible la configuración del delito de negociación incompatible, respecto a "interesarse directamente e indirectamente"; solo mediante actos positivos. En tanto que el juzgador, deberá analizar

16 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Permanente, recurso de casación número ochocientos cuarenta y uno-dos mil quince, Ayacucho, de veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, fundamento jurídico trigésimo quinto.

17 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 513-514.

18 Ibídem. CASTILLO ALVA, José Luis. El delito de negociación incompatible. Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 506.

19 ROJAS VARGAS, Fidel. Loc. Cit.

Ir al índice

si en determinado caso, una conducta omisiva, podría adecuarse al elemento normativo "interesarse por acto simulado"; por cuanto la configuración del tipo penal de negociación incompatible, no obedece a meros incumplimientos administrativos, que solo podría constituirse como un defecto en la administración interna, no siendo merecedora de una sanción penal.

Cuadragésimo cuarto. Ello es así, toda vez que, en determinados casos puede darse, incluso, la posibilidad que el agente realice una conducta negligente, que aunque infrinja la normativa administrativa, no tendrá relevancia suficiente, para merecer una sanción de carácter penal, o, en todo caso, las conductas omisivas podrían ser reprimidas, por ejemplo, con otros tipos penales, como el delito de omisión de actos funcionales, siempre, dependiendo de la valoración del juzgador, en el caso concreto; por supuesto, luego de acudir a una vía menos gravosa.

Cuadragésimo quinto. En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Recurso de Nulidad número dos mil setecientos setenta-dos mil once, de doce de septiembre de dos mil doce, señaló: *"Cabe indicar que el omitir en un inicio el Informe Favorable del Supervisor de la Obra, no constituye, por sí solo, un indicio suficiente para la acreditación de la comisión del delito de negociación incompatible".*

Naturaleza de la relación funcional

Cuadragésimo sexto. El tipo penal, sanciona al funcionario público que interviene por razón de su cargo; esto significa que no puede ser autor, cualquier funcionario, sino solo aquel que posee facultades de decisión o manejo de las negociaciones u operaciones en las que interviene. En este sentido, el sujeto activo de este delito, será solo quien tenga legítimamente a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública, ello permitirá que su conducta califique en el tipo penal.

Cuadragésimo séptimo. El fundamento de ello, es que al ser un delito especial propio, tutela la imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos, en la toma de decisiones propias; por lo tanto, exige este estatus y que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo. Por ello, ante la comisión del delito de negociación incompatible, la doctrina se ha referido a una especie de "desdoblamiento de la conducta"[20], por cuanto, el sujeto activo actúa como funcionario representante de la Administración Pública, pero también representando a sus intereses personales. Es decir, "interesarse" debe implicar que el agente público, sea al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario, que interviene en él por razón de su cargo.

20 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, recurso de casación número seiscientos veintiocho-dos mil quince, Lima, de cinco de mayo de dos mil dieciséis.

Ir al índice

Momento de la comisión del delito

Cuadragésimo octavo. Respecto al momento en el cual se puede producir el interés del sujeto activo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han coincidido en señalar que la configuración del injusto penal, puede tomar lugar en diversas etapas del contrato u obra, esto es, en la fase preparatoria del contrato administrativo, en el decurso del proceso de selección, en su fase de ejecución y liquidación[21].

Cuadragésimo noveno. De ahí que, únicamente el delito de negociación incompatible no podría cometerse cuando el contrato estatal se hubiera extinguido o cumplido completamente[22], siendo válido, por el contrario, que en las siguientes etapas, como la negociación, suscripción, ejecución y liquidación pueda presentarse el interés indebido.

Sobre el caso concreto materia del presente recurso de casación

Quincuagésimo. Revisadas las piezas procesales del presente proceso, la imputación concreta que se le hace al procesado Jorge Luis Vergel Polo, es *"la de haber omitido tanto en su informe número mil trece-dos mil diez- ME/VMGI-OINFE-OBRAS, de dieciséis de julio de dos mil once, y en el informe número mil ciento ochenta y ocho-dos mil diez-ME/VMGI-OINFE- OBRAS, de diecinueve de agosto de dos mil diez, el hecho que el contratista CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., ya había ejecutado la instalación de la cobertura (techo) de calaminón, en lugar de la cobertura de policarbonato y piso laminado en lugar de piso de parquet, en el ambiente del gimnasio de la institución educativa Melitón Carbajal"*. Mediante este accionar, se interesó de manera directa, en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material. Ello ocasionó perjuicio al Estado, porque liberaron al contratista Consorcio DHMONTH de la obligación de instalar dichos materiales, por la suma de doscientos sesenta y nueve mil setecientos veinticinco soles (S/269,725.00) y generaron un importe indebido por pagar de doscientos sesenta y un mil, seiscientos treinta y dos soles con veinte céntimos (S/261,632.20), por la construcción e instalación, por parte de la empresa DHMONT, representado por el imputado Mont Ling.

Quincuagésimo primero. De lo expuesto, debe precisarse lo siguiente; la Fiscalía imputa concretamente –principio acusatorio– que el procesado Jorge Luis Vergel Polo, se interesó directamente en el contrato de ejecución de obra, interviniendo en provecho de las empresas CONSORCIO DHMONT & CG & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L. Es decir, calificó la conducta como negociación incompatible dentro del elemento normativo del tipo "interesarse directamente".

Quincuagésimo segundo. No obstante, como lo especifica la imputación, la conducta del procesado recurrente, de interesarse directamente, se habría realizado a través de la omisión de señalar en el informe correspondiente, los cambios de materiales del piso y del techo del

21 En ese sentido, DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal*. Parte especial, Tomo III. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 319. ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. p. 411.

22 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit. p. 506.

Ir al índice

gimnasio de la institución educativa "Melitón Carbajal". Es por ello, que inicialmente dicho procesado fue denunciado por los delitos de negociación incompatible, omisión de funciones y omisión de consignar datos en los documentos; pero la sentencia de primera instancia, en aplicación de un presunto concurso aparente de leyes, subsumió su conducta únicamente en el primer ilícito (negociación incompatible), sobre esta nueva configuración del tipo, se lo condenó en segunda instancia.

Quincuagésimo tercero. Al respecto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades: el interesarse directa, indirectamente o mediante acto simulado. Al procesado Jorge Luis Vergel Polo se le imputó la primera modalidad; esto es, interesarse directamente y en provecho de terceros; supuesto que se configura mediante un acto comisivo, no pudiendo configurarse dicho delito a través de una conducta omisiva; la que sería posible solo en los casos de interés simulado, dependiendo del caso concreto, sin embargo, el procesado Vergel Polo no fue denunciado por esta modalidad.

Quincuagésimo cuarto. De otro lado, el sujeto activo de negociación incompatible, será solo quien tenga a su cargo el contrato y operación para la Administración Pública; es decir, ello permitirá afirmar que por dicho motivo, intervino en estos, dirigiendo su accionar siempre en provecho propio o de terceros. El acusado Vergel Polo, venía desempeñándose como Jefe del Área de Obras de la Oficina de Infraestructura-OINFE, perteneciente al Ministerio de Educación, en mérito al Contrato Administrativo de Servicios número tres-dos mil diez-MED-UE. ciento ocho, suscrito con el Ministerio de Educación-Programa Nacional de Infraestructura Educativa, en cuyo requerimiento de servicios materia de este contrato, se señalaban sus actividades a desempeñar, entre las que se encontraban: coordinar, supervisar, evaluar y controlar las actividades técnicas y/o administrativas que desarrolla la OINFE, en relación a las obras a ejecutarse o en ejecución.

Quincuagésimo quinto. De ello, se desprende que su labor era fiscalizadora y no de dirección, no teniendo poder de decisión de firmar contratos de obra ni de modificar los términos de éstos, de tal forma que resultara beneficioso para los terceros. Además, los órganos de mérito no analizaron el elemento subjetivo del delito de negociación incompatible, por cuanto, en las respectivas sentencias, no se aprecia fundamento alguno sobre la conducta subjetiva del procesado Vergel Polo, de haber realizado con dolo directo la acción de favorecer a las empresas contratistas; y, tampoco especificó los motivos que habría tenido dicho procesado para favorecer a las mencionadas empresas, sobre todo, si se tiene en cuenta que actuó en representación del Ministerio de Educación y, se vinculó con la obra, como empleado contratado por el Ministerio de Educación bajo el régimen CAS.

Quincuagésimo sexto. Al respecto, la Sala de Apelaciones señaló que su interés directo se realizó mediante la omisión en la consignación de datos relevantes en su informe; incumpliendo de esta forma lo estipulado en las normas administrativas que regulaban sus funciones (Decreto Legislativo número mil diecisiete, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, Decreto Supremo número ciento ochenta y cuatro-dos mil ocho-EF y su Contrato Administrativo de Servicios número setenta y ocho- dos mil nueve-M/SG-OGA-UA-APP). Este mero incumplimiento de normas administrativas, *per se*, no constituye

Ir al índice

delito de negociación incompatible; se requiere para ello, que en la conducta del agente concurran todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal previsto en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal.

Quincuagésimo séptimo. Finalmente, la no ejecución de la obra por parte de los contratistas del Estado, de acuerdo con las cláusulas del respectivo contrato, que habría causado perjuicios económicos al Estado; no siempre se debe resolver a través del Derecho Penal, por cuanto, los contratantes pueden responder civilmente, cuando incumplen sus obligaciones contractuales. En este sentido, si el contratista DHMONT & M S.A.C., no cumplió con los términos de su contrato, al cambiar los materiales del piso y techo del gimnasio de la Institución Educativa "Melitón Carbajal", y que este hecho no fue advertido por el procesado Vergel Polo; en tal caso, cualquier responsabilidad civil, puede reclamarse en la vía correspondiente.

Quincuagésimo octavo. En consecuencia, no habiéndose acreditado la comisión del delito de negociación incompatible, ni la responsabilidad del procesado Jorge Luis Vergel Polo, debió aplicarse el principio constitucional de presunción de inocencia; por lo que debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva.

Quincuagésimo noveno. De otro lado, el inciso uno del artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal, establece que cuando en un proceso hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorece a los demás, siempre que los motivos en que se funde, no sean exclusivamente personales. En el caso de autos, el procesado Jorge Luis Núñez Smith –a quien la Primera Sala Penal de Apelaciones declaró inadmisible su recurso de casación mediante resolución de dieciocho de enero de dos mil diecisiete– se encuentra en la misma situación jurídica del procesado Jorge Luis Vergel Polo, por cuanto, como indicó la acusación fiscal, ambos actuaron conjuntamente en la ejecución del contrato de obra, como Coordinador y Jefe en el Área de Obras de la Oficina de Infraestructura Educativa-OINFE, respectivamente, imputándoseles la autoría del delito de negociación incompatible, en agravio del Estado; dado que presentaron pronunciamientos en los que omitieron hechos relevantes en cuanto a la ejecución del cambio de material de techo y piso del gimnasio del Colegio "Melitón Carbajal", por parte del CONSORCIO DHMONT & M S.A.C.; la acusación señaló que mediante este accionar se interesaron de manera directa en concretar la aprobación del presupuesto adicional de obra número ocho, en el cual se incluyó el cambio de material.

Septuagésimo. Al respecto, como se ha establecido en los considerandos cuadragésimo tercero y cuadragésimo cuarto, el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades; en el caso concreto, se le imputó al procesado Jorge Luis Núñez Smith la primera modalidad, "interesarse directamente" y en provecho de terceros, supuesto que solo se configura mediante un acto comisivo, no siendo posible tipificar dicho delito mediante de una conducta omisiva; en consecuencia, debe casarse la sentencia condenatoria y declarar su absolución por atipicidad de su conducta omisiva; por lo que corresponde extender los efectos de la decisión de este recurso de casación al citado procesado Núñez Smith.

Ir al índice

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **A. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Luis Vergel Polo, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, por errónea interpretación de la Ley Penal, respecto al artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal-delito de negociación incompatible; en consecuencia **CASARON** la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Jorge Luis Vergel Polo, como autor del delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta .

I. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Vergel Polo, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

II. DISPUSIERON la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra del precitado encausado, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso; con lo demás que al respecto contiene.

B. FUNDADO los recursos de casación interpuestos por el CONSORCIO DHMONT & M S.A.C., e HIDROINGENIERÍA S.R.L., por las causales previstas en los incisos uno y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, Vulneración de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales; en consecuencia **CASARON** la misma sentencia, en el extremo que revocó la de primera instancia en el extremo que declaró fundada en parte la pretensión del actor civil, en relación a los sentenciados Jorge Luis Núñez Smith, Jorge Luis Vergel Polo y Carlos Alberto Foronda Claussi; en consecuencia, fijó en doscientos mil soles el monto que por reparación civil deberán abonar los antes mencionados en forma solidaria; y reformándola, fijaron en ciento ochenta y ocho mil soles, el monto por dicho concepto, que deberán abonar los condenados Jorge Luis Núñez Smith y Jorge Luis Vergel Polo, y las empresas DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L., como terceros civilmente responsables a favor del Estado agraviado; discriminados de la siguiente manera: el ocho por ciento de dicho monto, cada uno de los sentenciados; el sesenta y dos por ciento, la empresa DHMONT; y el veintidós por ciento, la empresa HIDROINGENIERÍA.

I. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis; y reformándola declararon **IMPROCEDENTE** la pretensión civil formulada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República, respecto a los terceros civilmente responsables DHMONT & CG & M S.A.C. e HIDROINGENIERÍA S. R. L.

Ir al índice

II. EXTENDIERON la fundabilidad de la presente decisión en todos sus extremos, respecto al procesado Jorge Luis Núñez Smith, de conformidad con el artículo cuatrocientos ocho del Código Procesal Penal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia del quince de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia de primera instancia de veintitrés de junio de dos mil dieciséis, en el extremo que lo condenó, como autor del delito contra la Administración Pública- negociación incompatible, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia emitida por el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veintitrés de junio de dos mil dieciséis, y reformándola: absolvieron a Jorge Luis Núñez Smith, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública-negociación incompatible, en agravio del Estado.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.
HINOSTROZA PARIACHI
VENTURA CUEVA
PACHECO HUANCAS
CEVALLOS VEGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

APUNTES SOBRE LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DENOMINADO DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE CASACIÓN N° 67-2017-LIMA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
HÉCTOR FIDEL ROJAS RODRÍGUEZ[1]

1.- Sumilla:

La Casación N.° 67-2017 LIMA se recoge diversos aspectos sobre el delito previsto en el 399CP, pero, en particular, se pronuncia dos aspectos novedosos: i) la naturaleza comisiva u omisiva del delito de aprovechamiento indebido del cargo o, también (mal) llamado, negociación incompatible, y, ii) establece requisitos sobre la fundamentación de la responsabilidad del tercero civil responsable. El presente comentario solo se refiere a la jurisprudencia emitida por el Supremo Tribunal en el extremo que analiza si la conducta prevista en el Art. 399CP puede ser omisiva en algún supuesto; además se realiza algunos apuntes adicionales sobre la estructura típica del referido delito.

2.- Análisis y Comentarios:

2.1.- Consideraciones del Supremo Tribunal sobre el tipo penal previsto en el Art. 399 CP.

En el considerando trigésimo tercero, la Corte Suprema pone de relieve la ubicación sistemática del delito en el contexto del Código Penal y resalta que nuestro legislador lo situó en la sección IV del Código Penal, referida a los delitos de corrupción de funcionarios; de ahí que **constituye una modalidad de corrupción**, por ende, la conducta del sujeto activo se desenvuelve con esa orientación; es decir, en la utilización de potestades públicas para el interés privado, que difiere del general que se encuentra constituido por mandato legal, por ello, se descarta, *prima facie*, que el tipo contemple una simple irregularidad o anomalía administrativa.

Sobre el bien jurídico protegido, el Supremo Tribunal establece que no se exige un perjuicio efectivo a las arcas estatales, sino que resguarda el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mediante el actuar imparcial del servidor o funcionario que se desenvuelve en dicha operación[2]. Además, añade que el bien jurídico que se protege es la imparcialidad de los funcionarios, en la toma de decisiones, las cuales se dirigen en función a la labor pública que ejercen[3].

---

1 Abogado y magister en derecho penal por la PUCP. Profesor en la PUCP y en la UNMSM. Correo: hector.rojas@pucp.edu.pe. Dedico este trabajo a la memoria de mi querido amigo César Augusto Costa Aish.

2 Véase considerando Trigésimo Quinto.

3 Véase considerando Trigésimo Sexto.

Ir al índice

En cuanto a la técnica de tipificación empleada por el legislador, se señala que estamos ante un tipo de peligro, que importa un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal, con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal, aprovechándose de la función pública. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración pública, que pueda significar un riesgo para ella[4].

En el considerando Trigésimo Séptimo[5] la Corte Suprema plantea que, debido a su naturaleza de peligro, su realización no se encuentra supeditada a la lesión efectiva de un bien, sino que la relación entre el peligro y la realización del mal futuro ("nexo de posibilidad"). El Alto Tribunal aclara este concepto señalando que al constituir un adelantamiento al poder del Estado, el tipo penal debe ser debidamente interpretado y aplicado en el caso concreto, de tal forma que no se castigue el solo incumplimiento o desobediencia a la normativa estatal, que contravendría los principios de *ultima ratio* (subsidiariedad y fragmentariedad) y la proporcionalidad de la represión penal, sino que debe verificarse el interés particular del sujeto activo, por ello, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva.

Añade que no cabe punir meros comportamientos, que signifiquen solo actuaciones parciales por parte del presunto sujeto activo, porque significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello, conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que, resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica, al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio. En consecuencia, cuando el sujeto especial no cumple con las obligaciones de su cargo, en colisión con los intereses del Estado, corresponde evaluar su conducta, primero, a nivel administrativo; y solo cuando reúna las características de relevancia y cumplimiento del injusto, deberá intervenir el Derecho Penal[6].

Finalmente, en el considerando **Quincuagésimo tercero** la Corte Suprema señala que el delito de negociación incompatible abarca tres modalidades: el interesarse directa, indirectamente o mediante acto simulado. En el presente caso, al procesado se le imputó la primera modalidad, esto es, interesarse directamente y en provecho de terceros, **siendo que este supuesto se configura mediante un acto comisivo, no pudiendo configurarse dicho delito a través de una conducta omisiva**; añade el Tribunal que la omisión solo sería posible en los casos de interés simulado, dependiendo del caso concreto.

2.2.- El interés indebido en la doctrina y jurisprudencia nacional.

La doctrina nacional de manera mayoritaria define el interés indebido como atañer, incumbir, concernir, comprometer o importar algo; motivo por el cual una persona destina su voluntad a obtenerlo o alcanzarlo[7]. Abanto considera que un interés es indebido cuando se produce una "actuación interesada"[8], e implica que el funcionario actúa unilateralmente en contra

4 Véase considerando Trigésimo Sexto.

5 A folios 27 de la sentencia.

6 Véase considerando Trigésimo Octavo.

7 SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima, Grijley, 2019, pág. 676.

8 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. 2° edición, Lima, Palestra, 2003. Pág. 510.

Ir al índice

de los parámetros de la legalidad y el orden jurídico[9]. Por su parte, la Corte Suprema, en la Casación 841-2015 Ayacucho, señaló que el interés indebido es aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él[10].

En dicho fallo, se profundiza en la conceptualización del interés indebido, definiéndolo como un conflicto de interés, es decir, se recurre a una definición negativa de interés indebido: sería lo contrario al interés debido. La misma sentencia explica que el funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar. Por un lado -dice la Corte Suprema-, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés (propio o de un tercero)[11]. En similar sentido, el Recurso de Nulidad N° 351-2015 Santa señala que el interesarse indebidamente implica un desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en el que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero, a la vez, representa intereses particulares, con los cuales pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública"[12].

Posteriormente, en la Casación 231-2017 Puno la Corte Suprema, acogiendo la opinión de la doctrina mayoritaria, expresa que el interés indebido consiste en volcar sobre un negocio –el Alto Tribunal hace esta restricción-, una pretensión de parte no administrativa, de modo que el sujeto activo quiere que dicho negocio asuma una configuración basada en su interés particular; siendo indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública, cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero. Añade el Supremo Tribunal que este actuar, no implica "parcializarse" por una de las partes, sino que debe interpretarse como una actuación dirigida a beneficiarse, mediante la intervención en determinado contrato, realizando conductas concretas, interviniendo a su favor en la obra que esté a cargo[13].

Para la doctrina nacional más autorizada, interesarse de forma directa implica que el funcionario personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares en cualquier momento del contrato u operación, llevando a cabo todos los actos administrativos necesarios para alcanzar el resultado deseado[14]. Interesarse de manera indirecta significa que el funcionario se vale o hace uso de intermediarios, que pueden ser particulares u otros funcionarios, para lograr la ejecución de su interés sobre el contrato u operación[15].

9 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública. Lima: Jurista Editores, 2014. Pág. 509.

10 Casación 841-2015 AYACUCHO, fundamento 35.

11 Casación 841-2015 AYACUCHO

12 Recurso de Nulidad N° 351-2015 Santa, fundamento 3.2.

13 Casación 231-2017 Puno, considerando 16.

14 SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima, Grijley, 2019. Pág. 678, quien, a su vez, toma postura con base en los trabajos de Rojas Vargas y Castillo Alva.

15 REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública. Lima, Jurista Editores, 2014. Pág. 505.

Ir al índice

El acto simulado se da cuando el funcionario actúa aparentando defender los intereses de la administración pública, pero en realidad estos son personales o particulares[16]. Algunos tratadistas consideran que estos casos ocurren, por ejemplo, cuando el Estado negocia con empresas que aparentan ser ajenas, pero en realidad son propiedad del funcionario, o cuando se celebran actos ficticios con empresas inexistentes[17].

2.3.- El "interesamiento".

Pido comprensión al lector por esta deliberadamente errónea construcción gramatical, pero ella me permite explicar en qué consiste, a mi juicio, el delito analizado. Recurro al término "interesamiento" porque en la descripción del tipo, el interesarse no funciona como sustantivo, sino como verbo, es decir, hace referencia a la "acción de interesarse" por parte del sujeto activo. Como en español no existe una (única) palabra que exprese la conjugación del acto de interesarse, el término planteado, siendo erróneo, permite graficar y hacer énfasis en la conducta ilícita que se pretende punir.

Como se vio antes, la opinión mayoritaria de los tratadistas nacionales señala que, al tratarse de un delito de corrupción de funcionarios, este tipo penal implica un apartamiento del sujeto activo de sus deberes de cargo, con fines privados, pero, dicha opinión dominante sitúa al acto comisivo, necesariamente, en el contexto de una negociación[18]. Discrepo respetuosamente de este criterio, pues a mi entender, ello introduce un elemento que el tipo penal no prevé. Si se verifica la intervención de un tercero para el surgimiento del interés del sujeto activo (aporte del *extraneus* para la realización de la conducta típica en un contexto negocial), se configura un supuesto de corrupción (cohecho), o de colusión, o alguna otra figura, pero no el 399 CP. Por ello, su denominación como "negociación incompatible" resulta inexacta. Luego volveré sobre ello (ver *infra* 2.5.).

En el 399 CP el sujeto activo se aprovecha de la situación en la que se encuentra en un

16 SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima: Grijley, 2019. 680 y siguientes.

17 ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 4° edición. Lima, Grijley, 2007, pág. 822. De similar opinión: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima: Grijley, 2019. 680 y siguientes.

18 La doctrina y la jurisprudencia interpretan de modo prácticamente unánime que este delito debe darse en el contexto de una contratación o negocio. Véase expresamente al respecto: GUIMARAY MORI, Erick. Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. En: Boletín Informativo Mensual del IDEHPUCP, N° 39, Julio, 2014 (Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DETIPICIDAD.pdf), quien señala: *"De esta redacción se puede colegir que el interés estatal a proteger tiene que ver con el poder político (o de gestión de intereses) con que cuentan los funcionarios públicos y con la prohibición explícita de que obtengan algún beneficio indebido en razón de dicho poder. En términos más específicos, lo incompatible de una negociación radica en que esta tiene como razón de ser el interés particular del funcionario, en detrimento del interés general y de los principios que de ello se desprenden, como por ejemplo, la transparencia en los contratos y operaciones comerciales donde el Estado actúa como parte. Así, parece lógico afirmar que el bien jurídico protegido (protegido del interés privado de los funcionarios públicos) es la objetividad y legalidad de los contratos operaciones comerciales que la Administración lleva cabo"*. Para una visión exhaustiva sobre el estado actual del debate: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima, Grijley, 2019, pág. 676.

Ir al índice

determinado contexto (un negocio u operación en la que interviene en razón de su cargo), gracias a la función o cargo que desempeña; es en este contexto que lleva a cabo un acto de aprovechamiento particular, con lo que materializa su interés indebido; se castiga, entonces, el oportunismo ilegal del funcionario, a quien le surge el interés indebido en el negocio u operación en el que está interviniendo y, como producto de ello, realiza actos que, al menos, traducen su intención de reconducir los beneficios de dicho negocio u operación a sí mismo, a su entorno o a terceros.

La ubicación del 399 CP en el catálogo de delitos, lo describe como un supuesto especial de corrupción de funcionarios (así denominados por el CP), de modo que, como lo pone de manifiesto también la jurisprudencia Suprema, los supuestos en los que opera este delito se refieren al bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública. En la Casación 841-2015 Ayacucho, la Corte Suprema sigue esta línea interpretativa, aunque –erróneamente a mi juicio- simultáneamente restringe su alcance a la adecuada gestión del patrimonio estatal[19]. Ello, a mi entender, restringe innecesariamente el alcance del elemento "cualquier contrato u operación" pues impide que el sujeto activo sea alguien que no gestiona el patrimonio público. Desde mi punto de vista, la interpretación de este elemento debe entenderse como una actuación administrativa (presente o futura) que genere o pueda generar algún beneficio patrimonial al Estado o a terceros.

Para explicarme, propongo el siguiente ejemplo: Un parlamentario recibe la comunicación de una ciudadana, quien se queja de que en el asentamiento humano donde vive no hay agua potable y le resulta muy difícil conseguirla. El legislador se comunica con su hermano, quien es propietario de una empresa de venta de agua en camiones cisterna, informándole que en ese sector hay carencia de agua y que puede hacer negocios en dicha zona.

En el ejemplo -hipotético- que propongo en el párrafo precedente, el parlamentario no está gestionando ningún patrimonio público (su propia función se lo impide), no hay proceso de contratación alguno, ni se aprecia fase alguna de negociaciones, es más, no hay patrimonio público que siquiera sea puesto en riesgo hipotético; pero, como es evidente, el legislador aprovecha su cargo y reconduce los resultados beneficiosos de la información que tiene para beneficiar a un tercero. Lo discutible aquí, para afirmar el aprovechamiento indebido del cargo, es que el congresista esté actuando en un "contrato u operación", conforme lo exige el tipo penal. A mi juicio, el término "contrato" define los casos de intervención del funcionario en acuerdos entre partes, pero el término "operación" debe ser entendido como todos los restantes casos (distintos a contratos) en los que el funcionario interviene por razón de su cargo. El límite para identificar un "contrato u operación" en el sentido del tipo penal, es, entonces, que éstas originen o puedan originar un beneficio económico para el funcionario o un tercero.

Sobre este punto, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia suprema también identifican la existencia de un aspecto patrimonial en el ámbito de protección del 399CP, no obstante, consideran que dicho aspecto determina el contenido del tipo penal (bien jurídico específico),

19 Casación 841-2015 AYACUCHO, considerando 35.

Ir al índice

pues si bien la tendencia es a afirmar que no es necesaria una lesión o puesta en peligro del patrimonio del Estado, a la par se restringe la participación del funcionario en contratos o fases de negociación en las que el patrimonio del Estado pueda ser puesto en peligro[20]. Esto es manifestado expresamente en jurisprudencia reciente de nuestro Alto Tribunal: *"(...) con la modificación del artículo 399 del Código Penal, mediante la Ley N° 28355, de 6 de octubre de 2004, se incluyó adicional al "interés", el elemento típico "provecho propio o de tercero", es decir, el interés es sancionable siempre que implique un "provecho" para el funcionario público o tercero. A pesar que ha sido discutida la naturaleza de este provecho, debe aclararse que, en definitiva, posee una connotación económica, ello, en tanto que el contrato u operación en el que interviene el agente también lo tiene; por ello, se señaló que a pesar que el tipo no exige un perjuicio – económico– efectivo, sí requiere un riesgo para el patrimonio estatal, por lo que solo será sancionada la conducta idónea para tal fin"*[21].

Como seguramente queda claro, de lo expresado hasta aquí, considero que esta interpretación restrictiva limita el alcance del tipo penal al aprovechamiento indebido de un círculo cerrado de funcionarios: aquellos que participan o que tienen competencia para participar en negocios o contratos estatales con contenido patrimonial; los demás funcionarios son dejados fuera del círculo de autores. Esto es innecesario pues, reitero, este tipo penal describe una modalidad especial de corrupción de funcionarios que supone el abandono de la función debida, que surge del propio interés del funcionario, con fines privados, y ello puede darse en cualquier sector de la Administración pública.

La interpretación que propongo no es totalmente extraña en la doctrina y jurisprudencia nacional. Así, en el considerando Trigésimo noveno del fallo analizado aquí, el Supremo Tribunal recoge la opinión de diversos fallos precedentes sobre este aspecto y reafirma *"que el interés debe ser entendido como el procurar del sujeto activo, que su intervención se produzca en dirección a la obtención de un beneficio; dicha pretensión, excede por supuesto, lo estrictamente administrativo y funcional, entendido como el mero incumplimiento de alguna normativa que regule su actuar"*[22]. A su vez, la autorizada opinión de Salinas señala, en similar sentido, *"Aquí no es punible la conducta porque se afecte o deje de afectar el patrimonio del Estado, sino por lesionar el bien jurídico normal y recto funcionamiento de la Administración pública. Si el sujeto público se interesa indebidamente en contratos en los que actúa en representación de la Administración, para sacar provecho económico para sí o terceros, la conducta es típica siendo irrelevante si con tales actos la administración se vio favorecida"*[23].

---

20 Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima, Grijley, 2019, pág. 687-690 (quien brinda exhaustivas referencias sobre el debate doctrinal suscitado sobre este aspecto).

21 Casación 231-2017 Puno, considerando Décimo Séptimo.

22 No obstante en el considerando cuadragésimo (pág.28) se afirma sobre el interés: *"Es indebido, por cuanto, en vez que el funcionario actúe en aras de beneficiar a la Administración Pública; cambia su accionar en pro de su provecho propio o de tercero.* ***Dicha acción, siempre va a implicar un riesgo para el patrimonio de la Administración Pública****; sin embargo, no basta una mera infracción del "deber de abstención" del funcionario público, sino que su interés debe ser considerado como una intervención a su favor en la obra que esté a cargo".*

23 Véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima, Grijley, 2019, pág. 677. No obstante, en el mismo lugar el propio autor matiza sus afirmaciones al sustentarse y, entiendo, adherirse, al criterio establecido en el R.N. N.° 373-2007 Lima, respecto a la configuración de la conducta basada en la posibilidad de poner en peligro el patrimonio de la administración (cfr. pág. 684 y nota a pie 960).

Ir al índice

2.4.- ¿Estructura comisiva u omisiva?

Si, como se propone aquí, la conducta típica consiste en interesarse, la dificultad interpretativa que ello plantea es, primero, semántica, pues, en rigor, para que un individuo se interese en algo, se requiere de un proceso mental[24]. En efecto, literalmente, castigar el interés indebido en algo (un contrato u operación) consistiría entonces, en punir un pensamiento o un deseo. Es evidente que un sentido interpretativo guiado por el significado social del término "interés" no es defendible, pues en una sociedad democrática y de derecho rige un derecho penal de acto; entonces, debe dotarse de significado jurídico penal al concepto de interés, de tal modo que permita identificar las conductas que el tipo penal pretende prohibir.

El interés indebido, entonces, debe materializarse en conductas concretas del sujeto que traduzcan la existencia de su interés particular en obtener un beneficio para sí u otro. Es por ello que la sola constatación de infracciones de carácter administrativo en la tramitación de un contrato u operación, no configura, por sí, el delito. Lo que se debe valorar al analizar la conducta trasgresora, es si ésta traduce o representa de modo suficiente el interés particular del sujeto en beneficiarse con el contrato u operación.

La Corte Suprema, en este fallo, establece que solo es posible la modalidad omisiva en los casos de aprovechamiento simulado y dependiendo del caso específico en las otras dos modalidades (aprovechamiento directo e indirecto) solo es posible la modalidad comisiva. En la línea de interpretación aquí planteada, el fallo resulta correcto, habida cuenta de que el Supremo Tribunal, dentro de su marco constitucional de actuación, realiza una acotación del sentido jurídico penal del término "interés".

Tal acotación resulta razonable en la medida que no se opone al sentido social del término, por lo que permite que el destinatario de la norma pueda identificar los alcances de la prohibición. Además, debe tenerse presente, como lo reconoce un sector de la doctrina[25], que el legislador ha recurrido a una tipificación genérica, por lo cual, la interpretación que se le debe brindar a los alcances de la conducta debe ser siempre de carácter restrictivo, sin que ello implique una pérdida de sentido del tipo penal.

2.5.- Excurso: el aprovechamiento indebido del cargo como modalidad o fase de la colusión.

Como vengo haciendo hincapié, la ubicación del 399 CP en el catálogo de delitos, lo describe como un supuesto especial de corrupción de funcionarios y no como un caso análogo de concusión (en los que se ubica el 384 CP). El delito de aprovechamiento indebido del cargo no es, pues, un caso de "tentativa de colusión" ni un supuesto de "actos preparatorios de colusión

24 La RAE (www.rae.es) define así Interés: Del lat. *interesse* 'importar'. 1. m. Provecho, utilidad, ganancia. 2. m. Valor de algo. 3. m. Lucro producido por el capital. 4. m. Inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc. 5. m. pl. bienes.

25 GUIMARAY MORI, Erick. Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. En: Boletín Informativo Mensual del IDEHPUCP, N° 39, Julio, 2014 (Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DETIPICIDAD.pdf), quien lo considera un acierto del legislador.

Ir al índice

elevados a la categoría de delito" o, tampoco, un tipo subsidiario de la colusión. El nexo entre el 399 CP y el delito de colusión (384 CP) que la actual casuística judicial muestra es, no solo aparente, sino antisistémico. Hay varias razones para afirmar esto:

En primer lugar, porque, como mostré en el apartado anterior, se trata de dos formas delictivas independientes y hasta excluyentes. La participación de un tercero para colaborar con el funcionario o hacer surgir en él el interés indebido, puede darse, pero siempre dentro de los parámetros del surgimiento del interés que describe el tipo penal, esto es, **sin mediar acuerdo ilícito con el *extraneus*** (por ejemplo, en el caso de que el esposo de una funcionaria le haga ver los beneficios de una operación y cómo ello puede favorecerlos si se aprovecha de su cargo). La intervención de un tercero para provocar a que surja el interés en el funcionario, mediando ventajas o beneficios o con el ofrecimiento de ellos, configura el cohecho o la colusión según sea el caso. No hay pues, siquiera, la posibilidad hipotética de un concurso aparente[26].

En segundo lugar, el 399 CP, como señalé, no se limita a los casos en los que se afecte o se pueda afectar potencialmente el patrimonio público, pero tampoco se restringe a proteger el sistema de abastecimiento público como ocurre con la colusión[27,28]. Ahora bien, independientemente de qué contenido se le brinde al bien jurídico protegido por el 384 CP[29], es claro que pretender que el 399 CP sea un supuesto de tentativa de colusión, o de actos preparatorios de colusión elevados a la categoría del delito, implicaría afirmar un adelantamiento de la barrera de punición respecto de peligros para el mismo bien jurídico, cosa difícil de sustentar, por las razones expresadas en este trabajo.

---

26 En contra: MONTOYA VIVANCO, Yuán (et.al.). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima, IDEHPUCP, 2015, Pág. 135. Si bien señalan que ambas conductas son estructuralmente diferentes, señalan que se trata de tipos penales subsidiarios sobre la base de considerar que ambos requieren un contexto de contratación pública.

27 Este es, a mi juicio, el bien jurídico protegido en el delito de colusión (384CP). No es este el lugar para explicar en qué me baso para justificar esta afirmación, quedando ello pendiente para un trabajo posterior. Basta decir aquí que no es posible explicar el ámbito de protección de la colusión alrededor del bien jurídico "patrimonio del Estado" o "correcta administración o gestión del patrimonio público", sino que dicho tipo penal adquiere sentido como el último mecanismo de reforzamiento del sistema de abastecimiento público.

28 Cabe añadir que el propio delito de colusión (384CP) no se restringe a proteger dicho sistema (abastecimiento público). En nuestro ordenamiento, históricamente, la colusión solo se podía configurar en el contexto de una contratación pública regida por la LCAE. No obstante, el legislador peruano optó por incluir dentro de los supuestos colusorios a las concesiones. Al hacer ello, introdujo en el tipo de colusión, pensado para resguardar casos de negociaciones ilícitas en el contexto de procesos de contratación pública (¡que son concursos para proveer!), otros supuestos, estructuralmente diferentes, como las privatizaciones (concesiones). Esta inclusión dificulta la posibilidad teórica de delimitar un único bien jurídico protegido en el 384CP, haciéndose necesario delimitar los supuestos de protección según sea el caso: si se trata de negociaciones ilícitas en procesos de selección, el bien jurídico es el correcto funcionamiento del sistema de abastecimiento público, mientras que si la negociación ilícita se da en el contexto de una concesión, el bien jurídico será el sistema de privatizaciones del Estado. Esta dificultad podría superarse si el legislador crease un supuesto particular (tipo autónomo o supuesto aparte) de negociación ilícita en el contexto de las distintas posibilidades de privatización que existen en nuestro Ordenamiento.

29 Sobre las distintas posiciones que en la doctrina y jurisprudencia nacional puede encontrarse al respecto, véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima, Grijley, 2019, pág. 361-367-

Ir al índice

En tercer lugar, el principio de legalidad penal obliga a construir una interpretación de ambos tipos que los diferencie claramente, a efectos de que el destinatario de la norma primaria pueda distinguir, sin dudas, las consecuencias de su conducta. Plantear que el interés, plasmado en actos concretos de beneficio a sí mismo o a terceros, es una tentativa o un acto preparatorio de una colusión, trastoca la estructura de ambos delitos, haciendo indistinguible de qué modo puede cometerse cada uno de ellos (así, por ejemplo, surgiría la duda de si el interés indebido precede lógicamente al acuerdo colusorio).

3.- Parte Resolutiva: La Sentencia de Casación No. 67-2017 declara **fundado** el recurso de casación que presentó el imputado por errónea interpretación de la ley penal (Art. 399 CP), casando la sentencia de segunda instancia (que confirma la condena del juez penal) y, actuando en sede de instancia, revocan la sentencia de primera instancia y absuelven a los condenados.

4.- Conclusiones. -

Es válido limitar el sentido del término "interés" a supuestos comisivos, como regla general, toda vez que se trata de un tipo penal de alcance indeterminado.

La doctrina y jurisprudencia nacional entiende de modo mayoritario que el interés indebido previsto en el 399 CP solo puede surgir en el contexto de negocios u operaciones en los que esté en juego, al menos de un modo potencial, el patrimonio público. Esta limitación del alcance del tipo resulta innecesaria, pues éste no exige tal limitación.

Ir al índice

07

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 441-2017
ICA

Proceso inmediato y delitos especialmente graves en grado de tentativa

Sumilla. El Acuerdo Plenario número dos-dos mil dieciséis/CJ-ciento dieciséis no prohíbe o excluye toda aplicación del proceso inmediato reformado a delitos especialmente graves. La drasticidad punitiva es una condición necesaria aunque no suficiente. Se debe verificar también que el caso concreto, dada su singular comisión, exija un determinado esclarecimiento acentuado; asimismo, en tales casos, ha de evaluarse con singular exhaustividad la evidencia delictiva. Superado dicho examen, si se cae en cuenta de que el esclarecimiento adicional requerido es mínimo es de optar por el proceso inmediato. En un delito especialmente grave tentado habrá mayor viabilidad de aplicación del proceso inmediato, toda vez que –sin perjuicio de la respectiva aminoración prudencial de pena y de la siempre necesaria suficiencia probatoria– no se exige la acreditación de la totalidad de los elementos del tipo penal que se trate, basta con probar que la decidida ejecución delictiva inició; lo cual resulta compatible con la idea de simplicidad procesal ínsita al proceso inmediato.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho

VISTOS: en audiencia privada el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de **Javier Enrique Vásquez Moquillaza**[1] contra la sentencia de vista del dieciséis de febrero de dos mil diecisiete[2], que, en el marco de un proceso inmediato, confirmó, en todos sus extremos, la sentencia del primero de agosto de dos mil dieciséis[3],

1 Fojas doscientos setenta y tres a doscientos setenta y nueve.
2 Fojas doscientos sesenta y uno a doscientos setenta y uno.
3 Fojas cincuenta y dos a ciento setenta y siete.

Ir al índice

mediante la cual el referido encausado fue condenado como autor del delito contra la libertad sexual-violación de menor de edad en grado de tentativa, en perjuicio de la menor de iniciales X. Y. Q. R., y le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad, entre otras consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible.

Interviino como ponente el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. ANTECEDENTES. SECUENCIA DEL PROCESO EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA (PROCESO INMEDIATO)

1.1. Efectuadas las respectivas investigaciones, el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica-Segundo Despacho de Investigación formuló requerimiento de incoación de proceso inmediato contra Javier Enrique Vásquez Moquillaza en calidad de autor por la presunta comisión del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado de tentativa, en perjuicio de la menor de iniciales X. Y. Q. R[4]. Dicho requerimiento fue presentado el dos de julio de dos mil dieciséis. El supuesto normativo para la aplicación del proceso inmediato que consideró el representante del Ministerio Público fue el regulado en el literal a, numeral uno, del artículo cuatrocientos cuarenta y seis del Código Procesal Penal, esto es, "delito flagrante".

1.2. Mediante resolución del cuatro de julio de dos mil dieciséis, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria y Flagrancia de Ica resolvió, entre otros puntos decisorios, incoar la aplicación del proceso inmediato de conformidad con el requerimiento fiscal. En consecuencia, se dispuso que el representante del Ministerio Público cumpla con presentar su requerimiento acusatorio en el lapso de veinticuatro horas[5].

1.3. El Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica-Segundo Despacho de Investigación, vía requerimiento presentado el cinco de julio de dos mil dieciséis, formuló acusación contra Javier Enrique Vásquez Moquillaza[6]. La descripción de los hechos que se le atribuyeron fue la siguiente:

> **III. Descripción de hechos atribuidos, circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores [...]:**
>
> **Circunstancias precedentes.** Que el día veintinueve de abril la persona de Juliana Raquel Rojas Pérez tomó conocimiento, por parte de su señora madre, de que su menor hija, de iniciales X. Y. Q. R., meses atrás había conocido a una persona de sexo masculino de cuarenta años, aproximadamente, a inicios de abril de dos mil dieciséis mediante la

4 Fojas cincuenta y cuatro a sesenta y uno.
5 Fojas ciento cuatro a ciento cinco.
6 Fojas ciento nueve a ciento diecinueve.

Ir al índice

red social Facebook con nombre "Javi Vásquez", cuyo nombre real es Javier Vásquez Moquillaza, con quien se había encontrado y había sostenido relaciones sexuales obligada por él; por lo que, ante ello, Juliana Rojas, la madre de la menor, se constituyó a la Depincri-Ica a fin de poner en conocimiento los hechos.

Circunstancias concomitantes. Es así que al lograr comunicarse la menor agraviada con el investigado Javier Vásquez, vía cuenta de Facebook, pactan en encontrarse a la altura del restaurante El Álamo el primero de julio de dos mil dieciséis, al promediar las veintidós horas, pidiéndole insistentemente el imputado que vaya con una "tanguita" y "peladita". En dicho lugar, el personal policial, al realizar el seguimiento respectivo, pudo observar la presencia de un sujeto a bordo de una moto lineal con placa de rodaje A nueve-dos mil ochocientos sesenta y siete, la cual se encontraba estacionada en el frontis del restaurante El Álamo. Minutos después descendió de una mototaxi de color rojo la menor de iniciales X. Y. Q. R., procediendo a conversar para luego abordar la citada moto lineal con dirección al distrito de Subtanjalla, por un camino que conduce al caserío Collazos, hacia el lugar denominado Tres Esquinas. Es así que al promediar las veintidós horas con treinta minutos la persona de sexo masculino y la menor de iniciales X. Y. Q. R. se detuvieron en un inmueble de material noble de un solo nivel, con fachada de color blanco, puerta de madera y rejas de seguridad de metal. Ingresó a dicho lugar, en el cual Javier Vásquez comenzó a tocar la cara de la menor, su cuello, sus piernas y comenzó también a sacarle sus zapatos. En ese preciso instante intervino la policía y evitó la consumación del delito con las graves consecuencias que se esperaba.

Circunstancias posteriores. Posteriormente, el investigado es trasladado a las instalaciones de la Depincri a fin de continuar con las investigaciones. En la investigación preliminar se recabó la declaración voluntaria del imputado, quien negó los hechos materia de acusación.

1.4. En cuanto a la tipificación de los hechos, del requerimiento acusatorio se tiene que a Javier Enrique Vásquez Moquillaza, por su accionar, se le imputó la presunta comisión, a título de autoría, del delito contra la libertad sexual-violación sexual de menor de edad en grado de tentativa –cfr. numeral dos del primer párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en concordancia con el artículo dieciséis del mismo cuerpo de leyes–, en perjuicio de la menor de iniciales X. Y. Q. R. En lo que respecta a la cuantía de la pena privativa de libertad, el representante del Ministerio Público solicitó que se le imponga una de veinticinco años.

1.5. Instalado el juicio oral a cargo del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial-Zona Sur-Ica, como primera decisión se emitió la Resolución número cuatro del veintiséis de julio de dos mil dieciséis, mediante la cual se resolvió lo siguiente: **i)** declarar saneada formalmente la acusación fiscal, **ii)** dictar el respectivo auto de enjuiciamiento y **iii)** la declaratoria de admisibilidad e inadmisibilidad de medios probatorios[7].

7 Fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y tres.

Ir al índice

1.6. El juicio oral concluyó con la sentencia del primero de agosto de dos mil dieciséis (Resolución número seis)[8], que condenó a Javier Enrique Vásquez Moquillaza como autor del delito contra la libertad sexual-violación de menor de edad en grado de tentativa, en perjuicio de la menor de iniciales X. Y. Q. R., y le impuso como tal: **i)** veinticinco años de pena privativa de libertad; **ii)** dos mil soles por concepto de reparación civil, que deberá pagar el sentenciado a favor de la parte agraviada con el producto de su trabajo, a falta de bienes patrimoniales; y **iii)** ordenó que, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación, el sentenciado sea sometido a tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social, en aplicación de lo dispuesto en el artículo ciento setenta y ocho-A del Código Penal.

1.7. La defensa técnica de Javier Enrique Vásquez Moquillaza apeló la sentencia de primera instancia[9]. El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio, mediante Resolución número siete del primero de septiembre de dos mil dieciséis[10], concedió dicho recurso de apelación al cumplir con las exigencias de formalidad correspondientes y dispuso que se eleve a la Sala Penal de Apelaciones, lo cual se hizo efectivo mediante oficio del diecinueve de septiembre de dos mil dieciséis[11].

1.8. La Primera Sala Penal de Apelaciones y de Flagrancia de Ica, mediante Resolución número nueve del catorce de octubre de dos mil dieciséis[12], comunicó a las partes que podían ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días.

1.9. Mediante Resolución número diez del treinta y uno de octubre del mismo año[13], el referido Tribunal Superior, ante el vencimiento del plazo para el ofrecimiento de pruebas (sin que hubieran sido ofrecidas), convocó a las partes procesales a la audiencia de apelación a realizarse el cinco de diciembre de dos mil dieciséis.

1.10. El juicio de apelación estuvo a cargo de la Primera Sala Penal de Apelaciones y de Flagrancia de Ica. La fase de apelación concluyó con la emisión de la sentencia de vista (Resolución número trece) del diecisiete de febrero de dos mil diecisiete[14], mediante la cual se decidió confirmar la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.

1.11. En las sentencias de instancia se declararon como probados los siguientes hechos:

> **A.** La menor agraviada, al momento de los hechos materia de acusación (primero de julio de dos mil dieciséis), contaba con trece años de edad. Su edad era conocida por el acusado, toda vez que, meses antes, ella misma se lo dijo.

8 Fojas ciento cincuenta y dos a ciento setenta y siete.
9 Fojas ciento ochenta y dos a ciento noventa y tres.
10 Fojas ciento noventa y tres a ciento noventa y cuatro.
11 Foja ciento noventa y cinco.
12 Foja doscientos uno.
13 Fojas doscientos tres a doscientos cuatro.
14 Fojas doscientos sesenta y uno a doscientos setenta y uno.

Ir al índice

B. La madre de la menor agraviada, Juliana Rojas Pérez, meses antes del día de los hechos, tuvo conocimiento de que su menor hija había sido violada por el acusado; asimismo, de que aquél la contactó por medio de la red social Facebook con el nombre de usuario "Javi Vásquez"; que ella se encontraba amenazada por él y que el acusado mantenía conversaciones o comunicaciones, de serio contenido sexual, vía red social, antes del primero de julio de dos mil dieciséis, con la referida menor e incluso con la prima de esta. Al respecto, la menor agraviada afirmó que, previo a la comisión de los hechos, el acusado le enviaba fotos de un testículo y le decía que "ya se estaba parando".

C. Pese a saber la edad de la menor y, consecuentemente, conocer a esta, el acusado concertó con ella para que tuvieran un encuentro el primero de julio de dos mil dieciséis y así llevarla a su casa (la del encausado), en la cual este vivía solo. Previo al referido encuentro, pidió a la menor que vaya con una prenda íntima diminuta ("tanguita", según le requirió) y rasurada (para reiterarle esto último utilizó la siguiente frase: "que vaya peladita"). El acuerdo para encontrarse fue por insistencia del acusado y no de la menor agraviada. Ello se prueba principalmente a partir del contenido de transcripciones de audios correspondientes a grabaciones de conversaciones telefónicas, de alto contenido sexual, sostenidas entre el acusado y la menor agraviada, las cuales dan cuenta de la realización de actos preparatorios para mantener relaciones sexuales con esta. Se infiere que la intención del acusado no fue escuchar los problemas de ella, como adujera; sino, contrariamente, la preparó para concretar el evento ilícito. Por máximas de la experiencia, tratándose de una persona mayor de cuarenta y dos años (como sucede con el acusado), no resulta lógico que haya citado a la menor para después conducirla a su domicilio y llevarla a su cuarto para escuchar sus problemas.

D. La menor agraviada fue encontrada a las veintidós horas con treinta minutos en el interior del inmueble del acusado el primero de julio de dos mil dieciséis, lugar en el cual el mencionado intentó tener relaciones sexuales con ella. La irrupción del personal policial, que venía haciendo el respectivo seguimiento, impidió la consumación del hecho. Sobre el particular, la referida menor, de modo persistente, coherente y uniforme, señaló que, cuando se encontraban camino al domicilio del acusado, este le tocaba su pierna y, ya en su domicilio, específicamente en su cuarto, el encausado Vásquez Moquillaza, en circunstancias en que ella estaba sentada en la cama, le comenzó a tocar el cuello, la cara y las mejillas, le metió la mano entre sus piernas y le dijo si estaba "peladita", y que la veía nerviosa (evidencia del propósito, por parte del acusado, de tener relaciones sexuales con la menor agraviada). También refirió que, cuando ingresó la policía al lugar, ella estaba por sacarse las zapatillas. Su sindicación cumplió con las garantías de certeza del testimonio establecidas en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud persistencia en la incriminación).

Ir al índice

SEGUNDO. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. La defensa técnica del sentenciado interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista[15]. La Primera Sala Penal de Apelaciones y de Flagrancia de Ica concedió dicho recurso mediante resolución del veintiuno de marzo de dos mil diecisiete[16] y dispuso elevar los autos a la Corte Suprema de Justicia de la República.

2.2. Elevados los autos a esta Sala Suprema, se cumplió con el trámite de traslado a las partes procesales por el plazo de diez días. Luego de lo cual, en virtud de lo establecido en el numeral seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, se examinó la admisibilidad del recurso de casación. Se decidió, vía auto de calificación del veintitrés de junio de dos mil diecisiete[17], entre otros puntos resolutivos, declarar bien concedido el recurso de casación por la causal comprendida en el numeral cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal (apartamiento de doctrina jurisprudencial).

2.3. Una vez cumplido con lo señalado en el numeral uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, mediante decreto del veinticuatro de abril de dos mil dieciocho[18], se cumplió con señalar como fecha para la audiencia de casación el lunes catorce de mayo del presente año.

2.4. La audiencia de casación –con el carácter de privado– fue realizada el día señalado con la concurrencia de la defensa técnica de Javier Enrique Vásquez Moquillaza; la abogada Rosa de la Cruz Herrera, identificada con colegiatura número dos mil cuarenta y nueve del Colegio de Abogados de Ica; y sin la asistencia del representante del Ministerio Público (cfr. el acta de la sesión de audiencia). Culminada la audiencia del catorce de mayo del presente año, la causa fue objeto de deliberación en sesión privada, luego de lo cual se realizó la votación respectiva y se acordó la emisión de la presente sentencia de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1. De conformidad con lo establecido en el artículo cuatrocientos treinta y dos, numerales uno y dos, del Código Procesal Penal, se tiene que el pronunciamiento de la Sala Suprema que conoce un recurso de casación se restringe a las causales invocadas en este –con la salvedad de las cuestiones declarables de oficio– y se circunscribe a los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida, sujetándose a los hechos que esta tenga como acreditados.

15 Fojas doscientos setenta y tres a doscientos setenta y nueve.
16 Fojas doscientos ochenta a doscientos ochenta y uno.
17 Fojas treinta y dos a treinta y siete del cuaderno de casación.
18 Foja sesenta y uno del cuaderno de casación.

Ir al índice

1.2. En la fase de calificación del recurso de casación –la cual, en el presente caso, culminó con la emisión del respectivo auto supremo positivo de calificación–, se determinó la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado, en virtud de que la sentencia de vista impugnada se habría apartado de la doctrina jurisprudencial. En tal sentido, el conocimiento y pronunciamiento de fondo de la Sala Suprema se circunscribe a la causal por la cual el recurso de casación fue admitido, debiendo atender, para tal efecto, a lo expresado al respecto en el recurso de casación, a la respectiva justificación efectuada en el auto supremo de calificación y también a lo alegado, con posterioridad, por escrito, de ser el caso, y en la respectiva audiencia de casación, en tanto que sirva de precisión o complemento al motivo casacional admitido.

1.3. El casacionista en su medio impugnatorio alegó, en lo pertinente, centralmente lo siguiente:

> **A.** La sentencia de vista no ha explicado las razones por las cuales en el presente caso corresponde aplicar un proceso inmediato, al haber sido su patrocinado intervenido en flagrancia delictiva. Ello en tanto que uno de los presupuestos para la aplicación de dicho proceso es la evidencia delictiva y la ausencia de complejidad o existencia de simplicidad; situación que no se da en el presente caso, en tanto que al procesado se le imputó un delito sexual cuya pena conminada es de treinta a treinta y cinco años.
>
> **B.** De tal modo, se han reducido significativamente el derecho de defensa y la tutela jurisdiccional, tanto más si no existe con claridad simplicidad ni evidencia delictiva. No se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad en cuanto a la consideración de limitar la aplicación del proceso inmediato en virtud de la pena abstracta establecida para el delito materia de acusación (gravedad del hecho).
>
> **C.** Se vulneró también su derecho a probar, en tanto que se trata de un delito provocado. No se ha determinado si son legales los medios probatorios obtenidos por un delito provocado y, en todo caso, si el hecho de encontrarse en una habitación con una menor de edad configura tentativa de delito de violación sexual.

1.4. En el respectivo auto de calificación se admitió el recurso de casación por la causal contenida en el numeral cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal (apartamiento de doctrina jurisprudencial). Dicha decisión obedeció, en síntesis, a que se observó que en la sentencia de vista no se habrían tenido en cuenta los principios jurisprudenciales establecidos sobre la aplicación del proceso inmediato en el Acuerdo Plenario Extraordinario número dos- dos mil dieciséis/CJ-dos mil dieciséis (en adelante: el Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato), emitido el primero de junio de dos mil dieciséis, esto es, con anterioridad a la emisión de la sentencia de vista (diecisiete de febrero de dos mil diecisiete).

1.5. En la audiencia de casación, la defensa técnica del sentenciado, en sustancia, ratificó los cuestionamientos formulados contra la sentencia de vista.

Ir al índice

1.6. Consecuentemente, se determina que el ámbito de pronunciamiento de esta Sala Suprema se circunscribe a verificar si la causal casacional de apartamiento de doctrina jurisprudencial se encuentra fundada.

SEGUNDO. SOBRE LA CAUSAL DE CASACIÓN REFERIDA AL APARTAMIENTO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

2.1. La Constitución Política del Estado, en el numeral uno, tercer párrafo, de su artículo ciento cuarenta y seis, reconoce la independencia de los Jueces, para lo cual estatuye que estos solo se encuentran sometidos a la ley y a la Constitución. Si bien a partir de dicho mandato constitucional, *prima facie*, 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 magistrado.

2.2. Así, por ejemplo, el Código Procesal Constitucional –aprobado mediante la Ley número veintiocho mil doscientos treinta y siete, publicada en el diario oficial *El Peruano* el treinta y uno de mayo de dos mil cuatro– 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 particulares[19]. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales –aprobado mediante Ley número nueve mil veinticuatro y promulgado el veintitrés de noviembre de mil novecientos treinta y nueve–, 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 cuales, evidentemente, tendrán también efecto vinculante al ser adoptadas por mayoría absoluta, ante la identificación de criterios discrepantes entre los propios magistrados supremos. De modo semejante, el Código Procesal Penal de dos mil cuatro –aprobado vía Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y siete, publicado en el diario oficial El Peruano el veintinueve de julio de dos mil cuatro–, en el numeral tres de su artículo cuatrocientos treinta y tres, faculta a la Sala Penal Suprema que conoce el fondo de un 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". Se precisa luego en el mismo numeral tres del referido artículo cuatrocientos treinta y tres que "si existiere otra Sala Penal o esta se integra con

19 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.

Ir al índice

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". Asimismo, en el numeral cuatro del mismo artículo se prevé que "si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o [...], obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema".

2.3. 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 jurisprudencial[20]. 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 de dos mil cuatro o los principios jurisprudenciales fijados en Acuerdos Plenarios como producto de la realización de Plenos Jurisdiccionales de Jueces Supremos en lo Penal constituyen, todos, decisiones de Jueces Supremos Penales de observancia necesaria y obligatoria por órganos jurisdiccionales de otras instancias.

2.4. 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: **i)** 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); **ii)** soslayan la aplicación del referido criterio a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelven, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión alguna a él en la resolución que expiden (apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial); y **iii)** 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, de forma significativa, en la solución del caso que deciden (apartamiento material de doctrina jurisprudencial).

2.5. La interpretación propuesta acerca de la causal casacional en referencia guarda consonancia con la institución de la casación penal en un sistema procesal, como el que aparece con el Código Procesal Penal de dos mil cuatro, en el cual dicho recurso no es el que satisface el derecho de recurrir un fallo condenatorio o el doble grado jurisdiccional (función reservada para el recurso de apelación), en tanto que no opera como recurso ordinario, sino

20 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.

Ir al índice

más bien como un recurso de carácter extraordinario "cuya finalidad primordial o básica en un Estado de derecho consiste en fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de las leyes y, a la par, asegurar el sometimiento del Juez a la ley como garantía de su independencia"[21]. En tal sentido, la causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial permite, especialmente, a la casación penal cumplir su finalidad esencial en la medida que se propicia el control jurídico de las decisiones judiciales que, al incumplir con los criterios jurisprudenciales de ineludible observancia, estarían obstaculizando o impidiendo una impartición de justicia penal predecible y, consecuentemente, afectando la seguridad jurídica, la cual implica que el principio de igualdad en la aplicación de la ley se optimice. No obstante, debe señalarse que, de ningún modo, con la casación se pretende que la doctrina jurisprudencial tenga siempre el mismo contenido, de justificarse la necesidad de una nueva interpretación o aplicación de una determinada norma, es de recibo la modificación y, consecuente, desarrollo de dicha doctrina: la seguridad jurídica, que es el ideal último que persigue la casación con su primordial finalidad uniformadora, no solo comporta "saber a qué atenerse" sin más; también debe obedecer a parámetros de corrección, los cuales son siempre perfectibles.

2.6. Consecuentemente, en lo que respecta a la causal casacional de apartamiento de doctrina jurisprudencial, no resulta adecuado emplear un criterio restrictivo de interpretación al punto de que únicamente se controlen, a través de dicha causal, los apartamientos expresos de doctrina jurisprudencial; debe tenerse en cuenta que al no existir causal de casación referida a la indebida aplicación o errónea interpretación de la doctrina jurisprudencial, y siendo factible que ello sea advertido y justificado por el operador jurídico, no queda más que admitir la posibilidad de una modalidad de apartamiento material de doctrina jurisprudencial en los términos que han sido expuestos en el considerando precedente.

TERCERO. SOBRE LA DOCTRINA LEGAL Y, CONSECUENTEMENTE, LOS PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS EN EL ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO NÚMERO DOS-DOS MIL DIECISÉIS/CJ-DOS MIL DIECISÉIS

3.1. En atención a que el cuestionamiento casacional, en el presente caso, se centra en que se aplicó el proceso inmediato pese a la ausencia de simplicidad procesal y a que la pena conminada para el delito materia de acusación y juzgamiento (violación sexual en agravio de víctima menor de trece años de edad) es alta, solo resulta necesaria la referencia pertinente

21 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español recaída en la Sentencia número doscientos treinta/mil novecientos noventa y tres, del doce de julio de mil novecientos noventa y tres, fundamento jurídico dos en romanos punto dos. Si bien en dicha sentencia se sostiene que es la casación civil la que tiene un carácter extraordinario y no la casación penal, ello obedece al particular diseño del sistema de recursos penales existente en el ordenamiento jurídico español, en el cual –conforme se indica en la referida sentencia– la casación penal tiene un carácter necesario en tanto que permite el cumplimiento del derecho a la doble instancia. En otras palabras, España no cuenta con un recurso de apelación generalizado, como sí sucede en el caso peruano con el Código Procesal Penal de dos mil cuatro. De ahí que, en nuestro sistema de recursos penales, al satisfacerse la garantía de la doble instancia con el recurso necesario u ordinario de apelación, el recurso de casación penal tenga carácter extraordinario y, consecuentemente, se afirme, como su finalidad primordial, la uniformidad de la jurisprudencia en la aplicación de las leyes.

Ir al índice

al Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato. Sobre el particular, se tiene lo señalado a continuación:

A. El proceso inmediato nacional se sustenta en la noción de "simplificación procesal" y en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo cual, a su vez, explica la reducción de etapas procesales. Para que la celeridad y la eficacia no contravengan el ideal de justicia, la aplicación del proceso inmediato requiere la simplicidad del proceso, lo evidente o patente de las pruebas de cargo y, consecuentemente, una actividad probatoria reducida (fundamento jurídico séptimo).

B. Al tener como base teórica la simplificación procesal, el proceso inmediato reduce al mínimo indispensable –aunque no irrazonablemente– las garantías procesales, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Consecuentemente, en la medida que exista, con claridad o rotundidad, prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, la vía del proceso inmediato se encuentra legitimada constitucionalmente (fundamento jurídico séptimo).

C. Una de las instituciones definitorias de la "prueba evidente" es el delito flagrante (fundamento jurídico octavo).

D. Para la aplicación del proceso inmediato, la ausencia de complejidad o simplicidad procesal tiene una primera referencia en el numeral tres del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, modificado por la Ley número treinta mil setenta y siete. Asimismo, la necesidad de que en el proceso inmediato los actos de investigación sean simples y contundentes desde un primer momento permite excluir de su aplicación hechos complejos, y aquellos en que existan motivos razonables para dudar 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. 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 (fundamento jurídico noveno).

E. Desde el principio constitucional de proporcionalidad, para la aplicación del proceso inmediato debe considerarse la gravedad del hecho en atención a la conminación penal. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de restringir la aplicación del proceso inmediato. 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 de delitos que no sean especialmente graves (fundamento jurídico décimo).

F. Los delitos especialmente graves demandan un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa. Basta que el

Ir al índice

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 para proscribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato. Como ejemplo de tales delitos, es de considerar, entre otros, los sancionados con privativa de libertad no menor de veinticinco años (fundamento jurídico décimo).

G. Aun cuando la ley procesal no se centra en la entidad del delito, sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla, 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. 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, al punto de que solo requiera de un esclarecimiento adicional mínimo, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales –investigación sencilla– (fundamento jurídico once).

3.2. Como se puede observar, de una lectura integral del Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato, en puridad, no se prohíbe o excluye toda aplicación del proceso inmediato reformado a casos en los cuales el hecho punible se encuentra revestido de especial gravedad y, consecuentemente, el desvalor se refleja en un *quantum* punitivo significativamente elevado. Para la exclusión del proceso inmediato en tales supuestos, dicho factor (drasticidad punitiva) es una condición necesaria aunque no suficiente. Se debe verificar también que el caso concreto, dada su singular comisión, exija un determinado esclarecimiento acentuado, para lo cual resulta importante la actuación del defensor técnico, pues a este corresponde, en primer orden, justificar la impertinencia y el riesgo pernicioso de aplicar el proceso inmediato al caso que defiende. Asimismo, en tales casos ha de evaluarse con singular exhaustividad la evidencia delictiva. Superado dicho examen, si se cae en cuenta de que el esclarecimiento adicional requerido es mínimo es de optar por el proceso inmediato.

3.3. En un delito especialmente grave cometido en grado de tentativa habrá mayor viabilidad de aplicación del proceso inmediato, toda vez que –sin perjuicio de la respectiva aminoración prudencial de pena (cfr. artículo dieciséis del Código Penal) y de la siempre necesaria suficiencia probatoria– no se exige la acreditación de la totalidad de los elementos del tipo penal que se trate, basta con probar que la decidida ejecución delictiva inició; lo cual resulta compatible con la idea de simplicidad procesal ínsita al proceso inmediato.

CUARTO. ACERCA DE LA FUNDABILIDAD DE LA CAUSAL CASACIONAL DE APARTAMIENTO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN EL CASO MATERIA DE ANÁLISIS

4.1. Del análisis de fondo de la sentencia impugnada, el recurso de casación, el Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato y otros actuados (en lo pertinente), se ha determinado que la referida causal casacional resulta infundada.

Ir al índice

4.2. Como primer punto conviene precisar que, de conformidad con lo expresado en el fundamento de derecho dos punto cuatro de la presente sentencia de casación, el agravio casacional que se reclama se enmarcaría en el supuesto específico de apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial, toda vez que en la sentencia de vista no se hace referencia alguna al Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato, lo cual, en principio, da lugar a presumir que habría observado sus criterios de observancia necesaria y obligatoria, pese a resultar de aplicación al presente caso en lo que concierne a si le corresponde la vía procedimental del proceso inmediato.

4.3. Por ello, solo cabría declarar fundada la casación en el supuesto de que el Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato hubiera establecido, sin más, la prohibición absoluta de aplicación del procteso inmediato para los delitos especialmente graves, esto es, sancionados con penas drásticas. Sin embargo, esto último –conforme a lo anotado en el fundamento de derecho tres punto dos de la presente sentencia de casación– no se verifica.

4.4. Más bien, en el presente caso, es cierto que el Tribunal Superior no hace mención o cita alguna del Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato; no obstante, no se advierte apartamiento o incumplimiento de los criterios jurisprudenciales establecidos.

4.5. Si bien el delito materia de acusación (violación sexual en agravio de menor de edad: artículo ciento setenta y tres, primer párrafo, numeral dos, del Código Penal) se trata de uno especialmente grave, toda vez que se encuentra sancionado con una pena abstracta que oscila entre treinta y treinta y cinco años, también es verdad que el delito fue cometido en grado de tentativa y el sentenciado fue detenido en flagrancia delictiva en el contexto de un operativo policial que resultó eficaz. Por lo que no se observa un hecho cuyo esclarecimiento probatorio resulte complejo.

4.6. Se ha cumplido con el estándar del mínimo esclarecimiento adicional requerido. Durante la investigación se recabaron elementos probatorios conducentes y, asimismo, en el juzgamiento se actuó prueba personal y documental, la cual el órgano jurisdiccional valoró y determinó que resultaba suficiente para el establecimiento de la responsabilidad penal del sentenciado por el delito materia de acusación en grado de tentativa. Al juicio oral concurrió a declarar la menor agraviada –quien persistió en la sindicación contra el acusado– y, asimismo, como medios probatorios actuados, son de señalar la declaración de la madre de la menor agraviada –Juliana Raquel Rojas Pérez–, la oralización del acta de denuncia verbal, el acta de intervención policial, el reporte de mensajes de la cuenta de Facebook del acusado "Javi Vásquez" con la cuenta de "Xiomara Quintana Rojas", el reporte de mensajes de la cuenta de Facebook del acusado "Javi Vásquez" con la cuenta de la menor "Stefany Rojas", el acta de apertura y lectura de registro y almacenamiento en teléfono celular marca LG incautado al encausado, el acta de transcripción de audio, el Certificado médico legal número cero cero seis mil ciento cuarenta y cinco, el Protocolo de Pericia Psicológica número cero cero seis mil ciento sesenta y uno-dos mil dieciséis-PSC –en el cual, entre otras conclusiones, se consigna que la menor agraviada presentó indicadores de afectación emocional compatibles con los hechos descritos en el relato–, entre otros.

Ir al índice

4.7. Con base en los referidos medios probatorios, se tuvo como acreditados los hechos del presente caso, conforme se indicó en el fundamento de hecho uno punto once de la presente sentencia de casación.

4.8. El casacionista no señala qué otros actos de investigación o diligencias probatorias serían determinantes para el esclarecimiento de los hechos a su favor, y cuáles no se pudieron llevar a cabo por la celeridad del proceso. Solo alude, de modo general, a que la incoación del proceso inmediato habría significado vulneración de garantías –derecho de defensa, de prueba, entre otros–. Es más, en la audiencia de casación la abogada defensora reconoció expresamente que su patrocinado fue intervenido en flagrancia delictiva; insistió en que su patrocinado desconocía la edad de la menor agraviada, que solo hubo actos preparatorios y se trató de un delito provocado. Sobre esto, debe señalarse que no es de recibo, en atención a los hechos probados a nivel de instancia (cfr. fundamento de hecho uno punto once de la presente sentencia de casación) y suficientemente acreditados. La menor agraviada no puede constituir un agente provocador, toda vez que, previo al operativo policial, ya había resolución delictiva en el encausado, la cual prosiguió hasta que fue detenido en la habitación de su domicilio, cuando se disponía a tener relaciones sexuales con la menor agraviada.

4.9. En cuanto al agravio referido a la ilegalidad de los medios probatorios obtenidos por un delito provocado, debe señalarse, en primer lugar, que, conforme se explicó en el considerando precedente, no se trató de un delito provocado. Asimismo, es de indicar que "en principio, la materialización o concreción objetiva de hechos que venían sucediendo –y tenían una recurrencia determinada y una realización futura más que probable–, apelando a instrumentos técnicos como la grabación o la filmación, no tienen prohibición legal alguna –salvo la sumisión general a las prohibiciones probatorias–, pues [en casos como el presente] lo único que hacen es confirmar la versión verbal de la víctima"[22].

4.10. Así la cosas, no se advierte que se haya aplicado indebidamente el proceso inmediato. La responsabilidad penal de Javier Enrique Vásquez Moquillaza por el delito de violación sexual en agravio de menor de edad y grado de tentativa se encuentra motivada.

QUINTO. SOBRE LAS COSTAS PROCESALES

5.1. La casación interpuesta es contra una sentencia de vista emitida en el marco de un proceso inmediato. De ahí que, de conformidad con el numeral cinco del artículo cuatrocientos noventa y siete del Código Procesal Penal, y en atención a que, pese a que el recurso de casación deviene en infundado, guarda relación con un proceso inmediato, esta Sala Suprema considera que no corresponde la imposición de costas, por lo que se debe exonerar al recurrente de dicho pago.

22 Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de nulidad número mil seiscientos cuarenta-dos mil trece/Del Santa, del diez de diciembre de dos mil trece, fundamento quinto.

Ir al índice

DECISIÓN

Por las razones expuestas, los Jueces de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación formulado por la defensa técnica de **Javier Enrique Vásquez Moquillaza** contra la sentencia de vista del dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, que, en el marco de un proceso inmediato, confirmó, en todos sus extremos, la sentencia del primero de agosto de dos mil dieciséis, mediante la cual el referido encausado fue condenado como autor del delito contra la libertad sexual-violación de menor de edad en grado de tentativa, en perjuicio de la menor de iniciales X. Y. Q. R., y le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad, entre otras consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible.

II. **EXONERARON** al recurrente del pago de costas procesales.

III. **DISPUSIERON** la notificación de la presente Ejecutoria a las partes personadas a esta Sede Suprema.

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
SEQUEIROS VARGAS

Ir al índice

LOS DELITOS ESPECIALMENTE GRAVES EN EL PROCESO INMEDIATO CASACIÓN Nº 441-2017-ICA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
GIAMMPOL TABOADA PILCO[1]

SUMILLA

La Sentencia de Casación Nº 441-2017-Ica de 24/5/2018 desarrolla, en primer lugar, la posibilidad de interponer recurso de casación por la causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial (casación jurisprudencial) prevista en el artículo 429.5 del Código Procesal Penal, por inaplicación de los principios jurisprudenciales contenidos en un Acuerdo Plenario en materia penal emitido por la Corte Suprema de Justicia. Y en segundo lugar, reafirma la posibilidad de incoar el proceso inmediato en delitos especialmente graves, siempre que concurran los presupuestos de prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, sobre todo si se trata de un delito flagrante que ha sido cometido en grado de tentativa.

I. INTRODUCCIÓN

El hecho punible en el proceso inmediato materia de casación se inicia con la denuncia realizada por Juliana Raquel Rojas Pérez al tomar conocimiento que su menor hija de iniciales X. Y. Q. R. (13 años), había conocido a un hombre de 40 años aproximadamente a través de la red social Facebook con el nombre "Javi Vásquez", cuyo nombre real es Javier Vásquez Moquillaza, con quien se había encontrado y había sostenido relaciones sexuales obligada por él. Es así que, personal de la DEPINCRI-Ica realizó el operativo de fecha 1 de julio de 2016 consistente en el seguimiento a la menor agraviada, quien había acordado encontrarse con el imputado Javier Vásquez Moquillaza en las afueras de un restaurante, siendo llevada en moto por éste hacia su domicilio, en el interior del mismo empezó a tocarle la cara, su cuello, sus piernas y comenzó también a sacarle sus zapatos, ingresando en ese preciso instante la policía al inmueble, procediendo a detenerlo en flagrancia delictiva conforme al artículo 259 del Código Procesal Penal .

El detenido Javier Vásquez Moquillaza fue sometido a proceso inmediato por la causal de delito flagrante previsto en el artículo 446.1.a del Código Procesal Penal, habiendo el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Sur Ica emitido sentencia con fecha 1 de agosto de 2016, condenándolo como autor del delito contra la libertad sexual - violación de menor de edad en grado de tentativa tipificado en el artículo 173.2, primer párrafo del Código Penal, en perjuicio de la menor de iniciales X. Y. Q. R., imponiéndole 25 años de pena privativa de libertad y el pago de S/ 2,000.00 soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada; asimismo ordenó que el sentenciado sea sometido a tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social.

1 Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Doctor en Derecho y Docente de la Academia de la Magistratura.

Ir al índice

La defensa técnica del procesado apeló la sentencia de primera instancia, luego de concluido el trámite recursal, la Primera Sala Penal de Apelaciones y de Flagrancia de Ica con fecha 17 de febrero de 2017 ***confirmó*** la sentencia en todos sus extremos. El procesado interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista, siendo concedido y elevados los actuados a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, la cual mediante auto del 23 de junio de 2017 declaró ***bien concedido*** el recurso de casación por la causal del artículo 429.5 del Código Procesal Penal consistente en el apartamiento de doctrina jurisprudencial, en concreto, porque la sentencia de vista no tuvo en cuenta los principios jurisprudenciales sobre la aplicación del proceso inmediato en el ***Acuerdo Plenario Extraordinario Nº 2-2016/CJ-2016*** del 1 de junio de 2016, esto es, con anterioridad a la emisión de la sentencia de vista. El cuestionamiento casacional, en el presente caso, se centró en que se aplicó el proceso inmediato pese a la ausencia de simplicidad procesal y a que la pena conminada para el delito materia de acusación y juzgamiento (violación sexual en agravio de víctima menor de trece años de edad) es alta. Finalmente, mediante ***Sentencia de Casación Nº 441-2017-Ica*** del 24 de mayo de 2018 se declaró ***infundado*** el recurso de casación.

II. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

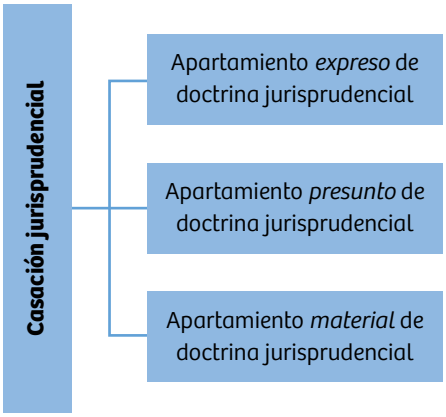
2. Recurso de casación por apartamiento de doctrina jurisprudencial de un Acuerdo Plenario

2.1. La casación por ***apartamiento de doctrina jurisprudencial*** o, simplemente, la ***casación jurisprudencial*** -artículo 429.5 del Código Procesal Penal- 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 jurisprudencial. En la jurisdicción ordinaria-penal, los precedentes vinculantes así expresados en Ejecutorias Supremas según el Código de Procedimientos Penales (1940), las doctrinas jurisprudenciales establecidas como vinculantes en sentencias casatorias de conformidad con el Código Procesal Penal (2004) o los principios jurisprudenciales fijados en Acuerdos Plenarios como producto de la realización de Plenos Jurisdiccionales de Jueces Supremos en lo Penal constituyen, todos, decisiones de Jueces Supremos Penales de observancia necesaria y obligatoria por órganos jurisdiccionales de otras instancias [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 2.3].

2.2. La casación jurisprudencial resulta atendible hasta en tres supuestos, cuando los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la Corte Suprema: **i)** se apartan de un criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 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);*** **ii)** soslayan la aplicación del referido criterio a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelven, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión alguna a él en la resolución que expiden ***(apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial);*** y **iii)**

Ir al índice

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, de forma significativa, en la solución del caso que deciden ***(apartamiento material de doctrina jurisprudencial)*** [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 2.4].



2.3. La causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial permite, especialmente, a la casación penal cumplir su finalidad esencial en la medida que se propicia el control jurídico de las decisiones judiciales que, al incumplir con los criterios jurisprudenciales de ineludible observancia, estarían obstaculizando o impidiendo una impartición de ***justicia penal predecible*** y, consecuentemente, afectando la ***seguridad jurídica***, la cual implica que el ***principio de igualdad en la aplicación de la ley*** se optimice [fundamento 2.5]. Consecuentemente, en lo que respecta a la causal casacional de apartamiento de doctrina jurisprudencial, no resulta adecuado emplear un ***criterio restrictivo de interpretación*** al punto de que únicamente se controlen, a través de dicha causal, los ***apartamientos expresos*** de doctrina jurisprudencial; debe tenerse en cuenta que al no existir causal de casación referida a la indebida aplicación o errónea interpretación de la doctrina jurisprudencial, y siendo factible que ello sea advertido y justificado por el operador jurídico, no queda más que admitir la posibilidad de una ***modalidad de apartamiento material de doctrina jurisprudencial*** [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 2.6].

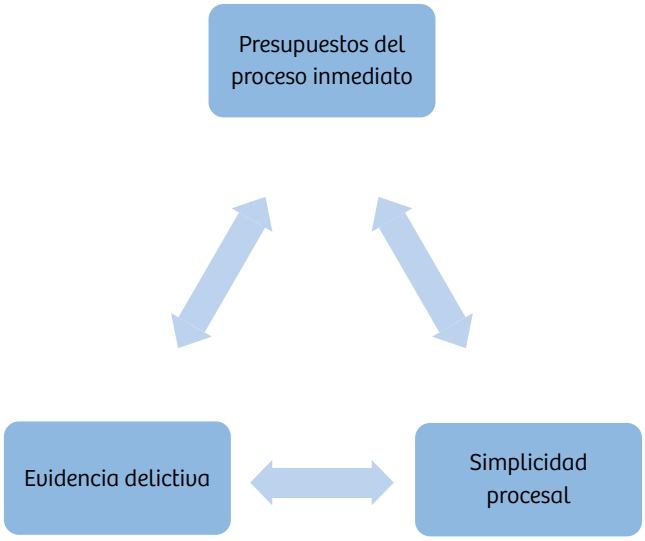
2.4. En el caso materia de Casación Nº 441-2017-Ica se consideró que el agravio casacional reclamado se enmarcó en el supuesto específico de ***apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial***, toda vez que en la sentencia de vista no hizo referencia alguna al Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato, pese a resultar de aplicación al presente caso en lo que concierne a si le corresponde la vía procedimental del proceso inmediato. Por ello, solo cabría declarar fundada la casación en el supuesto de que el Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato hubiera establecido, sin más, la ***prohibición absoluta*** de aplicación del proceso inmediato para los delitos especialmente graves, esto es,

Ir al índice

sancionados con penas drásticas (violación sexual en agravio de menor de edad: artículo 173.2, primer párrafo del Código Penal sancionado con pena entre 30 y 35 años), lo cual es una condición necesaria, pero no suficiente, pues ha de evaluarse con singular exhaustividad la evidencia delictiva, de tal manera que si sólo se requiere de un esclarecimiento mínimo posterior a la detención en flagrancia, queda habilitado el proceso inmediato. Si bien es cierto que el Tribunal Superior no hizo mención o cita alguna del Acuerdo Plenario sobre proceso inmediato en la sentencia de vista; no obstante, no se advirtió apartamiento o incumplimiento de los criterios jurisprudenciales establecidos al haber cumplido en las sentencias condenatorias de ambas instancias con el estándar del mínimo esclarecimiento adicional requerido.

3. Presupuestos del proceso inmediato

3.1. El proceso inmediato nacional se sustenta en la noción de "simplificación procesal" y en el reconocimiento de que la sociedad requiere de una decisión rápida, a partir de la noción de "evidencia delictiva" o "prueba evidente", lo cual, a su vez, explica la reducción de etapas procesales. Para que la celeridad y la eficacia no contravengan el ideal de justicia, la aplicación del proceso inmediato requiere la simplicidad del proceso, lo evidente o patente de las pruebas de cargo y, consecuentemente, una actividad probatoria reducida. Al tener como base teórica la simplificación procesal, el proceso inmediato reduce al mínimo indispensable –aunque no irrazonablemente– las garantías procesales, en especial las de defensa y tutela jurisdiccional de los imputados. Consecuentemente, en la medida que exista, con claridad o rotundidad, ***prueba evidente o evidencia delictiva*** y ***simplicidad***, la vía del proceso inmediato se encuentra legitimada constitucionalmente [AP Nº 2-2016/CJ-2016, fundamento 7].



Ir al índice

3.2. Una de las instituciones definitorias de la "prueba evidente" es el ***delito flagrante*** [AP Nº 2-2016/CJ-2016, fundamento 8]. El artículo 446.1.a del Código Procesal Penal, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 1194, publicado el 30 de agosto de 2015 prescribe que el Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad cuando el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259. El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente Nº 3325-2008-PHC/TC, del 7 de julio de 2009 ha señalado que la flagrancia debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso, por lo que solo se constituirá cuando exista un ***conocimiento fundado, directo e inmediato*** del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar [fundamento 10].

3.3. Para la aplicación del proceso inmediato, la ausencia de complejidad o simplicidad procesal tiene una primera referencia en el artículo 342.3 del Código Procesal Penal. Asimismo, la necesidad de que en el proceso inmediato los actos de investigación sean simples y contundentes desde un primer momento permite excluir de su aplicación hechos complejos, y aquellos en que existan motivos razonables para dudar 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. 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 [AP Nº 2-2016/CJ-2016, fundamento 9].

4. Procedencia del proceso inmediato en delitos especialmente graves

4.1. Desde el principio constitucional de proporcionalidad, para la aplicación del proceso inmediato debe considerarse la gravedad del hecho en atención a la conminación penal. A mayor gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de ***restringir*** la aplicación del proceso inmediato. 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 de delitos que ***no*** sean especialmente graves. Los delitos especialmente graves demandan un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa. 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 para proscribir constitucionalmente la vía del proceso inmediato [AP Nº 2-2016/CJ-2016, fundamento 10].

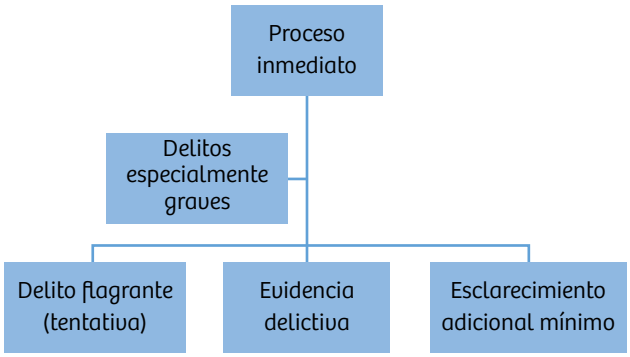
4.2. Aun cuando la ley procesal no se centra en la entidad del delito, sino en las nociones de evidencia delictiva y de investigación sencilla, el Juez debe optar por un criterio seleccionador muy riguroso para aceptar la incoación de un proceso inmediato en relación con delitos que pueden traer aparejada 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. En todo caso, sin

Ir al índice

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***, al punto de que solo requiera de un ***esclarecimiento adicional mínimo***, sin graves dificultades desde la actividad probatoria de los sujetos procesales –investigación sencilla– [AP Nº 2-2016/CJ-2016, fundamento 11].

4.3. En puridad, no se prohíbe o excluye toda aplicación del proceso inmediato reformado a casos en los cuales el hecho punible se encuentra revestido de especial gravedad y, consecuentemente, el desvalor se refleja en un *quantum* punitivo significativamente elevado. Para la exclusión del proceso inmediato en tales supuestos, dicho factor (drasticidad punitiva) es una ***condición necesaria aunque no suficiente.*** Se debe verificar también que el caso concreto, dada su singular comisión, exija un determinado esclarecimiento acentuado, para lo cual resulta importante la actuación del defensor técnico, pues a este corresponde, en primer orden, justificar la impertinencia y el riesgo pernicioso de aplicar el proceso inmediato al caso que defiende. Asimismo, en tales casos ha de evaluarse con singular exhaustividad la evidencia delictiva. Superado dicho examen, si se cae en cuenta de que el esclarecimiento adicional requerido es mínimo es de optar por el proceso inmediato [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 3.2].

4.4. En un delito especialmente grave cometido en grado de ***tentativa*** habrá mayor viabilidad de aplicación del proceso inmediato, toda vez que –sin perjuicio de la respectiva aminoración prudencial de pena (cfr. artículo 16 del Código Penal) y de la siempre necesaria suficiencia probatoria– no se exige la acreditación de la totalidad de los elementos del tipo penal que se trate, basta con probar que la decidida ejecución delictiva inició; lo cual resulta compatible con la idea de simplicidad procesal ínsita al proceso inmediato [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 3.3]. Los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación son actos de tentativa. Dentro del iter criminis, la tentativa se encuentra ubicada entre los actos preparatorios y la consumación. A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible. La tentativa es la interrupción del proceso de ejecución



Ir al índice

tendiente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o involuntarias (externas o accidentales).[2]

4.5. En el caso analizado por la ejecutoria suprema, si bien el delito materia de acusación (violación sexual en agravio de menor de edad: artículo 173.2, primer párrafo del Código Penal) se trata de uno especialmente grave, toda vez que se encuentra sancionado con una pena abstracta que oscila entre 30 y 35 años, también es verdad que el delito fue cometido en grado de tentativa y el sentenciado fue detenido en flagrancia delictiva en el contexto de un operativo policial que resultó eficaz. Por lo que no había un hecho cuyo esclarecimiento probatorio resulte complejo [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 4.5]; descartándose el argumento de defensa que la menor agraviada pueda constituir un ***agente provocador***, toda vez que, previo al operativo policial, ya había resolución delictiva en el imputado, la cual prosiguió hasta que fue detenido en la habitación de su domicilio, cuando se disponía a tener relaciones sexuales con la menor agraviada [fundamento 4.8].

4.6. El agente provocador es la persona que determina la consumación del ilícito, haciendo que otra persona incurra en un delito que probablemente no se había propuesto realizar con anterioridad, para lo cual mantiene contacto permanente con la persona que va a inducir o bien tener simple contacto de manera ocasional. Existe provocación, entonces, en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planteado consumar con anterioridad [Casación Nº 13-2011-Arequipa del 13 de marzo de 2012, fundamento 9]. Para que exista el delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción- nazca del agente provocador, de tal manera que se incite a cometer un delito a quien inicialmente no tenía tal propósito, surgiendo así en el agente todo el "iter criminis", desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución del delito, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, por ello la actividad criminal nace viciada [fundamento 10].

4.7. El agente provocador cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una sanción. En nuestro ordenamiento no es admisible realizar mecanismos para tentar a las personas a cometer hechos delictivos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado esta posibilidad. Las personas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un determinado delito [Casación Nº 13-2011-Arequipa del 13 de marzo de 2012, fundamento 10]. Distinta es la situación cuando se interviene para acreditar que una persona ya había planeado realizar la conducta ilícita y la intervención se produce en una fase ejecutiva, como ocurre, por ejemplo en el caso del "agente encubierto" [fundamento 11].

2 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Lima, Grijley. Abril de 2017, pp. 420-421

Ir al índice

4.8. Al juicio oral concurrió a declarar la menor agraviada –quien persistió en la sindicación contra el acusado– y, asimismo, como medios probatorios actuados, son de señalar la declaración de la madre de la menor agraviada, la oralización del acta de denuncia verbal, el acta de intervención policial, el reporte de mensajes de la cuenta de Facebook del acusado "Javi Vásquez" con la cuenta de "Xiomara Quintana Rojas", el reporte de mensajes de la cuenta de Facebook del acusado "Javi Vásquez" con la cuenta de la menor "Stefany Rojas", el acta de apertura y lectura de registro y almacenamiento en teléfono celular incautado al encausado, el acta de transcripción de audio, el Certificado médico legal, el Protocolo de Pericia Psicológica –en el cual, entre otras conclusiones, se consigna que la menor agraviada presentó indicadores de afectación emocional compatibles con los hechos descritos en el relato–, entre otros [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 4.6].

4.9. Con base en los referidos medios probatorios actuados en juicio, se tuvo como acreditados los hechos calificados como delito de violación sexual en agravio de menor de edad. Por el contrario, el imputado casacionista ***no señaló*** qué otros actos de investigación o diligencias probatorias serían determinantes para el esclarecimiento de los hechos a su favor, y cuáles no se pudieron llevar a cabo por la celeridad del proceso. Solo aludió, de modo general, a que la incoación del proceso inmediato habría significado vulneración de garantías –derecho de defensa, de prueba, entre otros– [Casación Nº 441-2017-Ica, fundamento 4.8]. Por lo tanto, la Corte Suprema consideró que no se aplicó indebidamente el proceso inmediato, encontrándose debidamente motivada la sentencia que determinó la responsabilidad penal del imputado casacionista como autor del delito de violación sexual en grado de tentativa.

5. PARTE RESOLUTIVA

La Sentencia de Casación Nº 441-2017-Ica declaró ***infundado*** el recurso de casación formulado por la defensa técnica de Javier Enrique Vásquez Moquillaza contra la sentencia de vista del dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, que, en el marco de un proceso inmediato, confirmó, en todos sus extremos, la sentencia del primero de agosto de dos mil dieciséis, mediante la cual el referido encausado fue condenado como autor del delito contra la libertad sexual-violación de menor de edad en grado de tentativa, en perjuicio de la menor de iniciales X. Y. Q. R., y le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad, entre otras consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible.

6. CONCLUSIONES

1. La casación jurisprudencial prevista en el artículo 429.5 del Código Procesal Penal resulta atendible en tres supuestos: i) apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial, ii) apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial; y, iii) apartamiento material de doctrina jurisprudencial.

2. Procede interponer recurso de casación por la causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial (casación jurisprudencial) prevista en el artículo 429.5 del Código

Ir al índice

Procesal Penal, por inaplicación de los principios jurisprudenciales contenidos en un Acuerdo Plenario en materia penal emitido por la Corte Suprema de Justicia.

3. El proceso inmediato al sustentarse en la noción de simplificación procesal, requiere la simplicidad del proceso, lo evidente o patente de las pruebas de cargo y, consecuentemente, una actividad probatoria reducida.

4. Puede incoarse el proceso inmediato en delitos especialmente graves, siempre que concurran los presupuestos de prueba evidente o evidencia delictiva y simplicidad, sobretodo si se trata de un delito flagrante que ha sido cometido en grado de tentativa.

Ir al índice

08

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN 455-2017
PASCO

Sumilla. Infracción del deber en delitos contra el medio ambiente

Frente al debate de las teorías comúnmente esgrimidas en el ámbito de la autoría y participación–i) dominio del hecho e ii) infracción del deber–, en lo que respecta al delito de contaminación del medio ambiente, por tratarse de un delito complejo en virtud de su singular estructura e implicancia material -importa una ley penal en blanco que inevitablemente remite al derecho administrativo–, es viable optar por la teoría de la infracción del deber, el cual se conceptualiza –en términos amplios– como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional –verbigracia: una compañía minera–.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de junio de dos mil dieciocho

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por Juan **José Herrera Távara** y **Teódulo Valeriano Quispe Huertas** contra el auto de vista –folios novecientos cuarenta a novecientos cincuenta y cinco– expedido el treinta y uno de enero de dos mil diecisiete, que revocó el auto de primera instancia –folios ochocientos quince a ochocientos veintinueve– y declaró infundada la solicitud de sobreseimiento de la causa expedida a favor de los mencionados imputados como presuntos autores del delito de contaminación ambiental –artículo trescientos cuatro del Código Penal–, y al primero de los nombrados también como presunto autor del delito de responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas –artículo trescientos catorce del Código Penal–, con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

Ir al índice

PRIMERO. ANTECEDENTES DEL PROCESO EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

1.1. Mediante la Resolución número veintiuno, expedida el treinta de mayo de dos mil dieciséis –folios ochocientos quince a ochocientos veintinueve del tomo dos–, el magistrado del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Pasco declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento por la causales previstas en los literales a y d del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal, formulado por Juan José Herrera Távara y Teódulo Valeriano Quispe Huertas en la investigación que se les siguió por la presunta comisión de los delitos de contaminación ambiental –artículo trescientos cuatro del Código Penal– y responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas –artículo trescientos catorce-A del Código Penal–.

1.2. Contra dicha resolución, el diecisiete y dieciocho de agosto de dos mil dieciséis los representantes tanto del Ministerio Público –folios ochocientos cuarenta a ochocientos cuarenta y cinco del tomo dos– como de la Procuraduría Pública del Ministerio del Ambiente –folios ochocientos cuarenta y siete a ochocientos cincuenta y seis– interpusieron recurso de apelación, elevándose los actuados a la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Pasco, cuyos integrantes, mediante la Resolución número nueve, expedida el treinta y uno de enero de dos mil diecisiete –folios novecientos cuarenta a novecientos cincuenta y cinco del tomo dos–, revocaron la decisión asumida por el *A quo* y declararon infundado el sobreseimiento postulado por la defensa técnica de los imputados.

1.3. Como consecuencia de lo mencionado, el treinta de marzo de dos mil diecisiete los coprocesados Herrera Távara –folios novecientos sesenta y tres a novecientos setenta y ocho del tomo dos– y Quispe Huertas –folios novecientos ochenta a novecientos noventa– interpusieron recurso de casación excepcional, alegando errónea interpretación de los artículos trescientos cuatro – contaminación del ambiente– y trescientos catorce-A –responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas– del Código Penal.

1.4. Elevados los autos a esta Corte, se cumplió con el trámite de traslado a las partes procesales con interés y legitimidad para obrar por el plazo de diez días, luego de lo cual se examinó su admisibilidad –inciso seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal–. Así, mediante auto de calificación –folios setenta y dos a setenta y ocho del cuadernillo de casación– expedido el veintiuno de junio de dos mil diecisiete, se declaró bien concedido el recurso de casación excepcional por el motivo estipulado en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve –si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación– del Código Procesal Penal.

1.5. Cumplido con lo prescrito en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal, mediante decreto del ocho de mayo de dos mil dieciocho – folio ochenta y tres del cuadernillo de casación–, se fijó fecha para la audiencia de casación,

Ir al índice

la cual se realizó el treinta y uno de mayo. Asimismo, el veintinueve de mayo de este año, la defensa técnica de los procesados presentó su escrito de alegatos complementarios, cuyo contenido se integró al cuaderno de casación.

1.6. Celebrada la audiencia de casación, con la asistencia del Ministerio Público, la defensa técnica de los procesados y la parte civil, el recurso quedó al voto, en sesión privada, en la que se emitió la presente sentencia de casación.

SEGUNDO. ÁMBITO DE LA CASACIÓN

2.1 El planteamiento de casación, para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por el motivo casacional de errónea interpretación de la norma penal se amparó en los siguientes fundamentos:

2.1.1. Delimitar la función de garantes que ostentan los representantes legales de las personas jurídicas que se encuentren inmersos en el procesamiento de delitos ambientales, es decir, establecer las reglas y límites generales respecto a la autoría y participación de los agentes en este tipo de ilícitos.

2.1.2. Fijar criterios que complementen lo establecido en la Sentencia de casación número trescientos ochenta y dos-dos mil doce/La Libertad, expedida el quince de octubre de dos mil trece por los integrantes de la Sala Penal Permanente, que en sus apartados cuatro punto cinco a cuatro punto nueve, bajo el subtítulo de "Fundamentos de derecho", estableció que el delito de contaminación ambiental –artículo trescientos cuatro del Código Penal– es un tipo penal en blanco –condiciona la tipicidad de la conducta a una desobediencia administrativa señalada en la Ley número veintiocho mil doscientos setenta y uno, expedida el dieciséis de agosto de dos mil cinco–, cuyo bien jurídico protegido es el medioambiente. Los verbos rectores –elementos objetivos del tipo– de infringir, contaminar y verter se configuran con la infracción de las normas que regulan la protección ambiental, causando o pudiendo causar un perjuicio o alteración de la flora, fauna y los recursos hidrobiológicos. Asimismo, dicha casación indicó que el delito de contaminación ambiental es de carácter omisivo y, a efectos de contabilizar el plazo de prescripción del delito, se estableció que este es de carácter permanente.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA PENAL Y NECESIDAD DE DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

1.1. El representante del Ministerio Público, en su requerimiento de acusación –folios dos a cuarenta y tres–, imputó a Teódulo Valeriano Quispe Huertas que:

> En su condición de gerente de operaciones de la compañía minera Volcán S. A. A., transgredió el deber de garante de la protección del ambiente, durante la dirección de

Ir al índice

las operaciones mineras de la unidad de producción Cerro de Pasco de la mencionada compañía, por cuya omisión dolosa y en varios momentos –**i)** del cuatro al ocho de octubre de dos mil ocho, **ii)** del tres al seis de diciembre de dos mil ocho, **iii)** el siete y ocho de mayo de dos mil nueve, **iu)** del veinticuatro al veintisiete de agosto de dos mil nueve, **u)** del seis al nueve de octubre de dos mil nueve y **ui)** del tres al seis de diciembre de dos mil nueve– provocó en contra de ecosistemas de influencia un aumento relevante de riesgo, y no eligió medios técnicos ni idóneos, a pesar de conocer de los sucesos contaminantes.

Así, se atribuye que a través de los efluentes mineros metalúrgicos doscientos dos –de la unidad de procesos metalúrgicos–, doscientos tres –de la planta de neutralización– y doscientos cuatro –del servicio de mina– descargó aguas de difusa calidad cuyas concentraciones contaminantes han podido causar perjuicio sobre la calidad ambiental del lado norte del lago Chinchaycocha –naciente del río Mantaro– en el impacto de las concentraciones contaminantes arrastradas primero por el río Ragro o Ragre, ex quebrada Chinchaycocha, y luego traídas por el río San Juan en catorce punto cinco kilómetros de recorrido, aproximadamente, contado desde los puntos de descarga.

1.2. Contra Juan José Herrera Távara indicó que:

En su calidad de gerente general de la compañía minera Volcán S. A. A., cometió el delito de contaminación ambiental, al tener un deber jurídicamente relevante de impedir la producción de sucesos contaminantes, sin poder adoptar medidas gerenciales entre mayo y diciembre de dos mil nueve. Cabe señalar que sobre este imputado no recaen las características que fundamentan lo especial del tipo penal del artículo trescientos cuatro, encontrándose llamado en virtud del artículo trescientos catorce-A y completado por el artículo veintisiete del Código Penal.

1.3. En el presente caso, se pretende que esta Corte Suprema establezca doctrina jurisprudencial por el motivo de errónea interpretación de la norma penal respecto a los límites de la autoría y participación de los agentes del delito de contaminación al ambiente –artículo trescientos cuatro del Código Penal–.

1.4. Al respecto, debe indicarse que, conforme se desprende del artículo trescientos cuatro del Código Penal, el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, es decir, la autoría no requiere cualidad especial alguna en el agente, pues se trata de un delito común.

1.5. Empero, de un análisis más exhaustivo de la norma penal, se advierte que la comisión de este delito está contextualizada para los supuestos en los que la contaminación es causada por empresas cuyo campo de acción se encuentra vinculado directamente con el del medioambiente –para el presente caso, las compañías mineras–.

1.6. En lo que respecta al supuesto típico de "causar o posibilidad de causar un perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes", las máximas de la experiencia dictan que dicho perjuicio es generado por agentes organizados que se orientan por un

Ir al índice

fin económico, supuesto que claramente se opone a la contaminación del ambiente ocasionada por un agente particular.

1.7. En ese sentido, la delimitación de la autoría y la participación para los delitos de contaminación del ambiente especialmente se circunscribe al ámbito de las personas jurídicas, en las que los agentes que participan en aquellas se desempeñan conforme a una función previamente estipulada de manera normativa, es decir, el rol que cada agente desenvuelve dentro de dichas empresas viene exigido por el deber asignado normativa y previamente por estas.

1.8. Frente al debate de las teorías comúnmente esgrimidas en el ámbito de la autoría y participación –**i)** dominio del hecho e **ii)** infracción del deber–, en lo que respecta al delito de contaminación del medioambiente, por tratarse de un delito complejo en virtud de su singular estructura e implicancia material –importa una ley penal en blanco que inevitablemente remite al derecho administrativo–, es viable optar por la teoría de la infracción del deber, que se conceptualiza –en términos amplios– como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional – verbigracia, una compañía minera–.

1.9. La elección de esta teoría, sin embargo, no es meramente subjetiva y discrecional, sino que viene impulsada por un criterio de aplicabilidad o simplicidad en el entendido de que la elección de ella permite operativizar de manera clara el ámbito de la conducta del agente o, en otras palabras, permite imputar la responsabilidad penal del agente en los supuestos en que la normatividad estipulada por la persona jurídica le otorga.

1.10. De ello se deriva que la conducta penalmente sancionada de los agentes activos en el delito de contaminación ambiental únicamente puede ser viable en la medida en que el deber exigido por la norma prevista por la persona jurídica así lo ha establecido, por lo que cualquier otra conducta que extralimite o no precise dicho deber o rol deberá excluir la responsabilidad el agente.

1.11. En el presente caso, del auto de vista –folios dos a diecisiete del cuadernillo de casación– se advierte que la Sala Superior, al revocar el auto del *A quo* que declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento a favor de Quispe Huertas y Herrera Távara, consideró que: **i)** el delito de contaminación ambiental es un delito omisivo y por ello, conforme a los hechos descritos en la acusación fiscal, sería atribuible a los mencionados imputados en la medida en que no habrían intervenido para controlar dicho acto contaminante, el cual se encontraba en el ámbito de sus dominios; y **ii)** ello se refuerza aún más si por los cargos que desempeñaban tenían el deber de evitar que se produzca el resultado prohibido.

1.12. Sin embargo, no deja de advertirse que la decisión del *Ad quem* no precisó cómo no habrían intervenido –forma y modo de acusación fáctica y su calificación normativa– los imputados para controlar el acto contaminante, es decir, no se delimitó el nexo causal entre el rol desempeñado por los procesados y el resultado imputado.

Ir al índice

1.13. Si bien la Sala refiere que, según los hechos denunciados, los coprocesados tenían el deber de observar la no contaminación de río Ragro o Ragre y el río San Juan, en el auto de vista no se aprecian argumentos de la forma como dicha conducta habría excedido el ámbito de competencia de los roles asumidos por Quispe Huertas como gerente de operaciones y de Herrera Távara como gerente general de la compañía minera Volcán S. A. A. Esto encuentra mayor asidero si en el requerimiento de acusación fiscal –folios dos a cuarenta y tres del tomo uno–se advierte lo siguiente:

1.13.1. Si bien se precisaron los términos de la imputación contra los mencionados coprocesados –apartado tres punto uno y tres punto dos de la presente sentencia de casación–, no se advierten, una vez más, argumentos acerca de la manera como dichos coprocesados habrían infringido su deber –por el cargo que desempeñaban– en los hechos que se les imputan.

1.13.2. Luis Enrique Osorio Verástegui -folio diecisiete-, al brindar su declaración previa, refirió que: "En diciembre de dos mil ocho tenía el cargo de jefe de asuntos ambientales y de acuerdo con sus funciones realizaba el monitoreo de los vertimientos industriales minero-metalúrgicos, aguas antes y después de las operaciones mineras de la empresa. Explica que un monitoreo comprende la toma de muestras, el análisis químico en un laboratorio externo y el reporte, que es comunicado a las respectivas superintendencias para la adopción de medidas coercitivas".

1.13.3. Declaración que fue corroborada por la versión proporcionada de Quispe Huertas –folio trece–, quien aseveró que: "Ocupó el cargo de gerente de operaciones y actualmente no labora para la empresa. Con relación al monitoreo ambiental, correspondía al área del medioambiente, que se encargaba de realizar todos los monitores, los cuales se informaban semanalmente vía correo electrónico, siendo el responsable de ello el ingeniero Luis Enrique Osorio Verástegui". Es decir, solo para esta persona el representante del Ministerio Público sí logró establecer el nexo entre el deber que cumplía en la compañía volcán S. A. A. y la conducta imputada.

1.13.4. Para describir el tipo penal del delito de contaminación del ambiente, el representante del Ministerio Público señala –folio veintiocho– que: "No hace alusión a un elemento condicionante de autoría, en el sentido de exigir una cualidad funcional o de otra índole para ser considerado *sujeto activo* del delito de contaminación ambiental; autores serán todos aquellos que cuenten con el dominio del acontecer típico quienes tienen la posibilidad de frustrar el evento típico como protagonistas del suceso delictivo. Dicho dominio funcional puede ser compartido por varias personas, siempre que en aquellos concurran todos los elementos exigibles para el caso de una coautoría; de no ser así, su intervención delictiva ha de ser calificada como partícipes (cómplice o instigador) [...]".

Ir al índice

1.14. De lo anterior se observa que, si bien el agente del delito de contaminación ambiental es un sujeto común, ello no implica que en el contexto de una persona jurídica los agentes no asuman determinados deberes y sean responsables únicamente por ellos, situación que equívocamente el representante del Ministerio Público no considera al asumir una teoría del dominio del hecho que no permite identificar con claridad el ámbito de competencia que le viene exigido por la normatividad de la empresa en la que dichos agentes se desenvuelven.

1.15. Esto trae como consecuencia la vulneración de los principios de imputación necesaria –inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, como extensión del derecho de defensa–, al no delimitarse concretamente los hechos delictivos atribuidos a los procesados, y el de proscripción de la responsabilidad objetiva –artículo siete del título preliminar del Código Penal–, al considerar como autores del delito de contaminación ambiental a Quispe Huertas y Herrera Távara por el hecho de detentar los cargos de gerente de operaciones y gerente general de la compañía minera Volcán S. A. A., respectivamente, circunstancia que en un Estado constitucional y democrático de derecho debe excluirse.

1.16. En ese sentido, la conducta atribuida a los procesados no constituye una conducta penalmente reprochable, pues el representante del Ministerio Público no solo omitió la forma en la que estos habrían incurrido en dicha conducta a partir de la función que desempeñaban en la compañía minera Volcán S. A. A., sino que, conforme a lo indicado anteriormente, no es posible atribuírseles responsabilidad, pues se mantuvieron en el ámbito de su competencia. Por ello, deberá ampararse la casación interpuesta.

1.17. Finalmente, si bien el representante del Ministerio Público le imputó al procesado Herrera Távara la comisión del delito de responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas –artículo trescientos catorce-A del Código Penal–, debe indicarse que sobre este punto, mediante auto de calificación –folios setenta y dos a setenta y ocho del cuadernillo de casación–, los miembros de esta Sala no encontraron mayor relevancia casacional, por lo que no se emite pronunciamiento alguno en dicho extremo.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación formulado por la defensa técnica de **Teódulo Valeriano Quispe Huertas** y **Juan José Herrera Távara** contra el auto de vista expedido el treinta y uno de enero de dos mil diecisiete; y, en consecuencia, **CASARON** el auto de vista recurrido que revocó el auto que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por la defensa técnica de Quispe Huertas y Herrera Távara.

Ir al índice

II. ACTUANDO COMO SEDE DE INSTANCIA, CONFIRMARON la resolución del treinta de mayo de dos mil dieciséis, que declaró fundado el sobreseimiento a favor de Quispe Huertas y Herrera Távara; con lo demás que contiene.

III. DISPUSIERON la notificación de la presente Ejecutoria a las partes personadas a esta Sede Suprema.

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
SEQUEIROS VARGAS

Ir al índice

CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN CONTEXTOS DE ESTRUCTURAS EMPRESARIALES CASACIÓN N° 455-2017-PASCO

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
LUIS ALBERTO TISNADO SOLÍS[1]

I.- SUMILLA. –

En la empresa, como en toda actividad compleja organizada mediante el juego de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo, el punto de partida de cualquier consideración acerca de la responsabilidad penal de sus miembros por los delitos cometidos en su seno con repercusiones para terceros es la noción de *competencia*. Y así parece haberlo entendido nuestra Corte Suprema. En efecto, la Sentencia Casatoria N° 455-2017-Pasco constituye una herramienta conceptual válido para desarrollar ciertas instituciones básica pero a la vez muy modernas a la hora de estructurar los criterios de imputación en contextos empresariales, sobre todo en el ámbito de la autoría y participación, pues constituye nuevos parámetros dentro de la teoría del delito y corresponde a los dogmáticos ir perfilando estos conceptos jurídicos, a fin de dar respuesta a los nuevos desafíos que enfrenta la dogmática penal actual, por ser útil y necesario dentro de nuestro contexto actual en la que vivimos.

II.- INTRODUCCIÓN. –

La Casación N° 455-2017-Pasco desarrolla la autoría en estructuras empresariales –al menos en casos sobre delitos de contaminación ambiental–, que lejos de basarse en criterios tradicionales de imputación, como autoría mediata en aparatos de poder, inducción, coautoría, dominio del hecho, fundamenta su decisión en instituciones modernas como la imputación por "competencia por organización" y "rol social"; criterios que se han ido consolidando en nuestra jurisprudencia nacional. Sin embargo, esta casación no logra desarrollar suficientemente sus argumentos jurídicos, llegando a la conclusión de que el gerente de operaciones y el gerente general de una empresa minera –denunciados por el Ministerio Público como presuntos autores del delito de contaminación ambiental, tipificado en el artículo 304 del Código Penal (en adelante, CP)– no eran competentes para imputarles este delito. Para la Corte Suprema las contribuciones activas de los administradores y/o gerentes a la comisión de un delito no pueden ser abordadas desde la lógica del "dominio del hecho", pues es precisamente en la empresa donde se observa con mayor claridad que el poder de organización fáctico no puede fundamentar por sí solo la imputación de responsabilidad. Todo ello ha llevado a un importante sector de la doctrina a centrar la discusión sobre la responsabilidad de los administradores en torno a su posición de garante.

---

1 Doctorado en Derecho. Universidad Buenos Aires. Docente Postgrado en Maestría Derecho Penal UCV- TRUJILLO. Magister en Derecho Penal por la UNT. Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas - sede Trujillo.

Ir al índice

El denominado proceso de normativización de los conceptos jurídico-penal está transformando profundamente muchos aspectos de la imputación de responsabilidad penal individual en las empresas. Y el presente trabajo pretende contribuir a consolidar y complementar los fundamentos esbozados por la Corte Suprema en la Casación N° 455-2017-Pasco, además de servir como una herramienta conceptual (válida) para los operadores de justicia.

III.- ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA SENTENCIA CASATORIA

La Casación N° 455-2017-Pasco, de fecha 19 de junio de 2018, luego de argumentar que el motivo de la misma es delimitar la función de garantes que ostentan los representantes legales de las personas jurídicas que se encuentren inmersos en el procesamiento de delitos ambientales, esgrime que no se puede atribuir responsabilidad penal por el solo hecho de ser gerente general, representante, director u ostentar una posición de control de la empresa, sino que será necesario que el cargo implique la competencia específica frente a la prevención de infracciones ambientales.

En el caso en concreto, el gerente de operaciones y el gerente general de una empresa minera fueron denunciados por el Ministerio Público al ser considerados presuntos autores del delito de contaminación ambiental que tipifica el artículo 304 del CP. A este último se le imputa cargos por el solo hecho de ostentar la condición de representante legal de la citada compañía y se le imputa (además) "responsabilidad penal de los órganos de representación de la persona jurídica", con base en los artículos 314-A y 27 del CP. En el caso del gerente de operaciones, se le atribuyó haber trasgredido su deber de garante de la protección del ambiente durante la dirección de las operaciones mineras de la compañía.

El Ministerio Público fundamentó su denuncia en los descargos de concentraciones contaminantes, por medio de los efluentes mineros metalúrgicos de una unidad minera a un río de la zona, producidos entre mayo y diciembre de 2009, como resultado del desarrollo de las operaciones mineras. La imputación formulada en contra de ambos directivos se basó en supuestos actos de infracción de deber, el deber jurídico de ser garante de la protección del ambiente, toda vez que no adoptaron las medidas idóneas.

La Corte Suprema en la casación materia de comentario, en su considerando 1.7, señala que:

> [L]a delimitación de la autoría y la participación para los delitos de contaminación del ambiente especialmente se circunscribe al ámbito de las personas jurídicas, en las que los agentes que participan en aquellas se desempeñan conforme a una función previamente estipulada de manera normativa, es decir, el rol que cada agente desenvuelve dentro de dichas empresas viene exigido por el deber asignado normativa y previamente por éstas.

Asimismo, en su considerado 1.12 precisa que:

> Sin embargo, no deja de advertirse que la decisión del *ad quem* no precisó cómo no habrían intervenido –forma y modo de acusación fáctica y su calificación

Ir al índice

> normativa– los imputados para controlar el acto contaminante, es decir, no se delimitó el nexo causal entre el rol desempeñado por los procesados y el resultado imputado.

Así, los considerandos 1.13 y 1.15. refieren que:

> 1.13. [E]n el auto de vista no se aprecian argumentos de la forma cómo dicha conducta habría excedido el ámbito de competencia de los roles asumidos por Quispe Huertas como gerente de operaciones (...).
>
> 1.15. Esto trae como consecuencia la vulneración de los principios de imputación necesaria –inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, como extensión del derecho de defensa–, al no delimitarse concretamente los hechos delictivos atribuidos a los procesados, y el de proscripción de la responsabilidad objetiva –artículo siete del título preliminar del Código Penal–, al considerar como autores del delito de contaminación ambiental a Quispe Huertas y Herrera Távara por el hecho de detentar los cargos de gerente de operaciones y gerente general de la compañía minera Volcán S.A.A., respectivamente, circunstancia que en un Estado constitucional y democrático de Derecho debe excluirse.

La Sala Suprema consideró que durante el proceso penal el Ministerio Público no había logrado acreditar (ni siquiera) si dentro del ámbito de competencia de los cargos de gerente general y gerente de operaciones, cargos ejercidos por los imputados, se encontraba el deber de monitorear los vertidos industriales minero-metalúrgicos de las operaciones de la empresa, indicando incluso que, de los actos de investigación practicados, dicha función le correspondería únicamente al jefe de asuntos ambientales de la compañía, no habiendo en consecuencia una conexión visible entre las funciones y los roles de estos ejecutivos frente a los riesgos ambientales, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación y ordenó el archivamiento del proceso contra el gerente general y el gerente de operaciones de la empresa minera.

Sí causa confusión cuando en su considerando 1.8 señala que:

> Frente al debate de las teorías comúnmente esgrimidas en el ámbito de autoría y participación –dominio del hecho o infracción del deber– en lo que respecta al delito de contaminación ambiental por tratarse de un delito complejo en virtud de su singular estructura e implicancia material es viable optar por la teoría de la infracción de deber que se conceptualiza como la competencia de un agente que le viene otorgada por una norma jurídica para desenvolverse dentro de un espacio institucional –como es la compañía minera–.

Como veremos a continuación, la Corte Suprema equivocadamente invoca formalmente la competencia institucional, el cual tiene otros presupuestos conceptuales, en la cual sus participantes desarrollan "un mundo en común" con ciertas instituciones como es la relación paterno-filial, estatal o de asunción voluntaria. Lo que desarrolla en realidad la Corte

Ir al índice

Suprema en dicha casación son argumentos propios de la competencia por organización, que a continuación se detalla con mayor detenimiento.

IV.- ASPECTOS SUSTANTIVOS DE RELEVANCIA EN LA SENTENCIA CASATORIA

Si queremos ubicar la discusión de la casación en términos conceptuales dentro de la teoría del delito, debemos mencionar que hace explícita referencia al tipo objetivo, explicado modernamente sobre la base de la teoría de la imputación objetiva, específicamente, por el principio de confianza.

El Derecho Penal es un orden secundario del Derecho, es decir, es la *ultima ratio* del ordenamiento[2] (principio de intervención mínima), por esta razón, asume o tolera la configuración –y no ciertos niveles de riesgo– de ciertas conductas que conllevan riesgos[3]. El Derecho como orden de interacción para garantizar las posibilidades de participación social más favorables con los menores costos sociales, tiene que asumir peligros (y naturalmente, también su realización en lesiones) como algo permitido. Punir esas actividades sería privar de la libertad de organización a las personas, por ello es que la primera función de la teoría de la conducta típica es la de seleccionar aquellas conductas que merecen ser penalmente desvaloradas. Queda fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que no sean expresión de un quebrantamiento de la libertad jurídicamente garantizada. Allí donde tales riesgos existen sin una razón que legitime la desaprobación de la conducta, estas conductas no son de ningún modo idóneas para la fundamentación del injusto objetivo requerido por los tipos consumados.

Muchas veces el interés en los beneficios que reporta una actividad hace que el peso de la balanza se incline hacia un favorecimiento de esa actividad en detrimento de la idea de protección de bien jurídico (Robles Planas, 2003, p. 196). En ese sentido, debe admitirse un cierto nivel de lesividad derivado de la propia configuración social; surgiendo así una primera manifestación de lo que se denomina "riesgo permitido". Existen un gran número de conductas mediante las cuales se exponen a los demás a los riesgos residuales más variadas de la tecnología moderna (ejemplos, el tráfico rodado, el funcionamiento de aeronaves, la manipulación de máquinas modernas, el funcionamiento de centrales nucleares o fábricas químicas, la autorización y venta de fármacos, etc.). Se tolera la creación de tales riesgos porque se consideran permitidos dentro de ciertos límites, ya que significan conductas que no son penalmente lesivas, pues si bien estos grupos de conductas pueden ser peligrosas, se les tolera por su utilidad social[4].

---

2 Al respecto, véase: Bacigalupo (1996, p. 189 y ss.).

3 La doctrina mayoritaria ubica al riesgo en el tipo penal. Así, véase: Jakobs (1998, p. 46) y Caro John (2010, p. 205). De otra opinión, Bustos Ramírez (1987/1988, p. 114 y ss.), quien opta por situar este instituto en la antijuricidad.

4 Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico penal admite o tolera de forma genérica ciertas actividades que encierran peligros, esto no significa que va a admitir las conductas imprudentes que se puedan producir en el marco de dichas actividades. En la doctrina española, Octavio De Toledo y Huerta Tocildo (1986, p. 95). La peligrosidad que emana de semejantes actividades no siempre es factor determinante a la hora de decidir sobre la aceptación de las mismas, pues previsiblemente la sociedad no estará dispuesta, por ejemplo, si de ello se derivaran el mismo número de víctimas que produce la utilización de energía nuclear o la actividad generada por una empresa minera que al mismo tiempo de generar beneficios económicos, genera enfermedades cancerígenas entre los pobladores. En ese sentido, Martínez Escamilla (1992, p. 135).

Ir al índice

La lesividad cualificada es un presupuesto necesario, pero aún no suficiente de la conducta típica penalmente injusta. Para una desvaloración específicamente penal de una acción lesiva es necesario que la lesión pueda ser atribuida a un sujeto o sujetos que tuvieran la obligación de evitarla. Por ello, interesa desarrollar la idea de evitabilidad especial referida a la creación de peligros en el propio ámbito de organización; argumento que en el fondo es lo que acoge la Corte Suprema en la Casatoria N° 455-2017-Pasco, aunque sin mencionarlo expresamente.

Generalmente la creación propia de un riesgo fundamenta la incumbencia por la evitación de la realización del tipo; sin embargo, ello no siempre es así, sino que existen supuestos en los que no es posible fundamentar esa incumbencia por el mero dato de la creación físico-natural del peligro. Efectivamente, puesto que lo relevante no es que se haya generado o no un peligro, sin que exista la obligación de evitar que se traduzca en un tipo, puede suceder que del simple hecho de la creación no se siga, *per se*, la obligación de "evitación" (Robles Planas, 2003, p. 199). Esta idea adquiere especial relevancia en los supuestos en los que concurre una pluralidad de personas relacionadas causalmente con la comisión de un mismo delito, ya sean terceros, ya lo sea la propia víctima. Así, puede estar permitido iniciar o contribuir causalmente en un proceso que puede desembocar (previsible objetivamente) en un resultado lesivo siempre y cuando exista otro sujeto preferentemente competente para evitar que tal proceso se traduzca en lesión de intereses penalmente protegidos. La cuestión decisiva es, por tanto, determinar cuándo puede afirmarse la existencia de una competencia preferente referida a la evitación del curso lesivo, de manera que el primer sujeto que obra causal y previsiblemente queda distanciado del acontecer, quedando el control (y la imputación por el eventual incumplimiento) del mismo en manos de otro sujeto (Robles Planas, 2003, p. 200).

La argumentación de Lesch (1995) admite, sin duda, argumentos válidos para configurar una primera aproximación para este segundo punto importante, al saber determinar la "evitabilidad especial" como presupuesto determinante de la conducta típica penalmente injusta: "Una persona goza de un campo libre para poder autodeterminarse, asume con ello siempre, también la propia responsabilidad de las consecuencias de una administración deficiente; existe así un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad" (p. 32)[5].

Si queremos fundamentar una teoría coherente de las competencias, debemos partir que existen dentro de nuestra sociedad deberes negativos y positivos[6]. Nos vamos a ocupar fundamentalmente respecto de los deberes negativos. Estos deberes están relacionados con la institución del *neminem laede*, y consiste sencillamente en no dañar a los demás. Así, teniendo en cuenta la actual configuración de la sociedad, el Derecho Penal ha de garantizar la institución negativa *neminen laede* al menos en sus puntos fundamentales. De otra manera, la actual sociedad renunciaría a seguir siendo ella misma.

5 Para quien la libertad sin responsabilidad no es libertad personal sino pura arbitrariedad.

6 Según Jakobs, la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de la competencia del autor. La infracción de aquellos deberes, mediante una incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. Jakobs (1998, p. 348 y ss.).

Ir al índice

El principio de *neminen laede* comprende la protección de la dignidad del hombre y de la libertad personal, como así lo reconoce nuestra Constitución Política en su artículo 2, inciso 1: "Toda persona tiene derecho (...) a su libre desarrollo y bienestar", de lo que se colige que toda persona tiene al menos un derecho a no ser dañado. Al igual que solo se puede organizar si el sinalagma "libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias de esa organización"[7] es aceptado en plenitud, la persona del otro ha de ser respetada según el principio del *nemiden laede.*

Si se parte de la propia esencia de lo que significa la comunidad jurídica de los ciudadanos libres e iguales organizados en un Estado de derecho, entonces podríamos señalar que los deberes negativos se basan en el deber intersubjetivo de respeto "*nemimen laedere*": la víctima tiene frente al autor un derecho a no ser lesionado. En otras palabras, la ley general que vincula a los deberes negativos con la responsabilidad por las consecuencias es la del ejercicio previo de libertad con respecto a las esferas jurídicas ajenas, de manera que pueda legitimarse frente al propio individuo que es especialmente responsable de lo que le suceda al otro por haber ejercido su libertad (Robles Planas, 2007, p. 58).

4.1.- PRINCIPIO DE CONFIANZA.

En lo que se refiere a la ubicación sistemática del principio de confianza en la teoría jurídica del delito, puede decirse que es generalmente reconocido que este principio sirve para determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Cuando se ostenta una posición de garante resulta necesario examinar hasta dónde llega el deber de controlar o evitar las distintas expresiones o manifestaciones del riesgo. A la hora de delimitar los riesgos que forman parte del propio ámbito de actuación, puede aplicarse el principio de autorresponsabilidad, y afirmar que, por regla general, quedan fuera del propio ámbito de actuación aquellos riesgos que surgen o se encuentran en el ámbito de responsabilidad de un tercero. El principio de autorresponsabilidad puede operar aquí efectivamente como un particular criterio de imputación contribuyendo a delimitar el ámbito de responsabilidad de un sujeto mediante la delimitación negativa de su posición de garante de control de un riesgo[8]. En principio, cuando un sujeto es inicialmente competente de un determinado riesgo y ese riesgo atraviesa el ámbito de responsabilidad de un tercero, el sujeto solo mantiene su competencia frente a la parte de riesgo que no ha entrado en el ámbito de responsabilidad del tercero.

---

7 Contundente, Caro John (2010), cuando afirma que: "La fundamentación parte del reconocimiento de que existe un principio general de organización en virtud del cual, toda conducta de una persona en sociedad se desenvuelve dentro de un sinalagma de libertad por organización y responsabilidad por las consecuencias. Así, la libertad de actuación de las personas no es ilimitada, sino ella se refiere más bien a una libertad jurídicamente organizada, que como punto de partida condiciona que todo actor social obre respetando la esfera de derechos de los demás. La existencia de un principio personal de organización indica una esfera personal de responsabilidad que al mismo tiempo delimita jurídicamente los contornos de la libertad de actuar. La delimitación jurídica de la libertad de actuar es un asunto del deber jurídico, toda vez que todo orden jurídico comienza con deberes. Y este esquema ordena la sistemática de la imputación jurídico-penal a partir del cual, luego podrá determinarse si la conducta es de participación delictiva, o si más bien rige una prohibición de regreso" (p. 101).

8 Para más detalles, sobre el principio de autorresponsabilidad dentro de la teoría del delito, véase: Tisnado Solis (2018, p. 144).

Ir al índice

El principio de confianza concebido como una manifestación del principio de autorresponsabilidad, expresa la posibilidad de delimitar negativamente el deber de cuidado tomando como referencia la existencia de terceras personas que, dentro de su ámbito de responsabilidad, tienen un deber de cuidado sobre ciertos riesgos que pueden contribuir a la producción del resultado lesivo. Al fundamentarse en el principio de autorresponsabilidad y en la distinción reconocida con carácter general entre deberes negativos y deberes positivos, puede servir para delimitar el deber de cuidado en los distintos ámbitos de la vida social. A la hora de determinar los ámbitos de competencia, puede tomarse como referencia, en todo caso, la necesidad de identificar un propio ámbito de actuación y la posibilidad de delimitar ese propio ámbito de actuación dejando fuera lo que se encuentra en el ámbito de actuación de un tercero.

Así pues, lo importante para identificar el ámbito de aplicación del principio de confianza es, en definitiva, que el sujeto no vea delimitada negativamente su posición de garante y mantenga una relación de autoría o de competencia con respecto al suceso. Precisamente, esto es lo que caracteriza a los ámbitos en los que suele aplicarse el principio de confianza: el tráfico diario, la actividad médica realizada con división de trabajo o la actividad empresarial.

La responsabilidad de quienes participan en estas actividades por las conductas incorrectas del resto de participantes no se ve delimitada por la prohibición de regreso, sino por la aplicación del principio de confianza. Esto puede extenderse al marco de la actividad empresarial con carácter general, entendiendo que es necesario delimitar el deber de cuidado de los distintos participantes en la empresa, pero no acudiendo a los criterios propios de la distinción entre autoría y participación. Si se trata de una empresa los integrantes mantendrán una competencia compartida con respecto a los riesgos que se generen en el seno de la misma y no se verá cuestionada su relación de autoría. Tanto quienes actúan en un nivel jerárquico más bajo e intervienen directamente en la ejecución de los hechos que pueden resultar lesivos, como quienes se encuentran en un nivel superior y llevan a cabo tareas de dirección, ostentan una posición de garante. La delegación de competencias que suele tener lugar en este contexto no excluye ni la posición de garante ni la relación de autoría, sino que sirve para realizar el reparto de tareas, permitiendo con ello delimitar negativamente el deber de cuidado mediante la aplicación del principio de confianza (Maraver Gómez, 2009, p. 283).

Silva Sánchez señala que la posición de garantía inicial (la competencia originaria) es del empresario, en la medida en que este crea una organización para la producción y la organización conlleva la asunción del compromiso de que de la misma no resulten hechos lesivos. Tal competencia es, sin embargo, delegable, lo que supone un cambio decisivo de la situación preexistente. El fundamento de la responsabilidad del delegante por la actividad delictiva del delegado reside en que el desarrollo de la actividad del segundo tiene lugar en el ámbito de organización del primero, de forma que a este le sigue incumbiendo, pese a la delegación, el cumplimiento de los deberes de vigilancia y supervisión relativos a que de su propio ámbito de organización no surjan peligros para terceros.

Silva Sánchez y Suárez González (2001) señalan que, no obstante, no deja de ser cierto que el delegado es, a su vez, un sujeto responsable. La realización de un acto de delegación de

Ir al índice

competencias o funciones en el seno de la empresa tiene como efecto inmediato modificar las situaciones de competencia de partida. La delegación crea una nueva "posición de garantía": la del delegado. Esta posición de garante proyecta sobre este sujeto un nuevo ámbito de organización y de responsabilidad, al producirse una ampliación de su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control de riesgos. Ahora bien, el acto de delegación, si bien es cierto que constituye una nueva "posiciones de garantía" sobre el (o los) delegados/s, no cancela la posición de garantía que ostentaba el delegante. Por el contrario, el delegante mantiene una posición de responsabilidad residual en la medida en que también retiene algunas competencias (p. 17 y ss.).

La atribución de responsabilidad al delegado, que la adquiere en virtud del acto de asunción de competencias que realiza, no excluye, en general, una responsabilidad residual del delegante. Así, nuestra Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2124-2018-Lima, en su fundamento jurídico décimo cuarto, señala que:

> [A]simismo, y desde una perspectiva distinta, es de tener presente que se está ante un delito cometido en el seno (...), que como toda actividad compleja organizada o estructura jerárquicamente organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo –con la nota propia de una gran rigidez y formalismo en una institución donde la disciplina y jerarquía son esenciales y máximos referentes de su funcionamiento interno–, de suerte que el punto de partida de cualquier consideración acerca de la responsabilidad penal de sus miembros por los delitos cometidos en su seno con repercusiones para terceros –el Estado: el patrimonio público y la correcta gestión del mismo desde los intereses generales– es la noción de competencia. En efecto, es el círculo de deberes concretamente asumido por un sujeto el que determina la existencia o no de responsabilidad. Ello conduce ya a importantes consecuencias tanto en el plano vertical como en el plano horizontal"

En el plano vertical, la cuestión central en la discusión es si debe predicarse la responsabilidad de los administradores por cualquier conducta delictiva de los subordinados o bien debe limitarse de algún modo. Tal limitación es imprescindible. Partimos de la siguiente hipótesis: solo incumben a la dirección de la empresa la evitación de aquellos delitos que tienen relación con su actividad, quedando al margen aquellos otros que se hallan totalmente desvinculados de la misma. El ámbito de responsabilidad de los administradores pueden hallarse vinculado al de otros sujetos inferiores jerárquicos en las siguientes situaciones: i) cuando los propios administradores intervienen en el comportamiento delictivo de los subordinados, siendo que ellos mismos configuran una prestación propia que es llevada hasta la ejecución delictiva por otro; ii) el uso de objetos peligrosos por parte de terceros genera deberes de aseguramiento en los titulares del ámbito de organización al que pertenece la cosa peligrosa, siempre que no esté amparado como riesgo permitido, lo que se derivará de las regulaciones sectoriales correspondientes; y, iii) el administrador también responde por el comportamiento delictivo de sus subordinados en la medida en que estos operan en el marco del ámbito de organización del primero. (Robles Planas, 2018, p. 28).

Ir al índice

En este plano, se da la delegación de competencias, digamos en tres supuestos: i) el administrador delegante transfiere su competencia al subordinado delegado, de tal forma que este último asume la posición de garantía que originalmente ostentaba el primero, pasando entonces el delegado a desempeñarse como el nuevo sujeto competente de mantener el ámbito en cuestión libre de riegos para terceros. En el caso de la delegación, si bien el delegado pasaría a recibir la posición de garantía de manos del delegante, este último no podría desentenderse por completo de la situación, conservando ciertos deberes sobre el ámbito delegado. De ellos, destaca el deber de vigilancia y control. En estos casos, el delegante puede conservar una posición de supremacía sobre el delegado, normalmente porque posee una mayor capacidad, formación técnica o información que el segundo. Al delegante le afectan deberes directos de supervisión de la actividad del delegado, de forma que su incumplimiento dará directamente lugar a la imputación de responsabilidad en comisión por omisión a título de autor (principio de confianza); ii) sin embargo, pueden existir casos en los que el delegado es quien tiene mayores capacidades que el delegante para desempeñar correctamente las actividades. En efecto, aquí rige el principio rector para el delegante, quien no puede ser el de la vigilancia y control, sino el de la propia competencia delegado-especialista en el correcto desempeño de la actividad por su parte (principio de confianza); y, por último, iii) casos denominados de situación intermedia de desconfianza-competencia, también llamados "delegación, en sentido estricto"; se caracterizan por el hecho de que el delegado ostenta amplios márgenes de libertad para desempeñar su nueva posición de garantía y con pretensión de duración en el tiempo, pero, a su vez, su actividad es parcial y se enmarca en un proceso más amplio y complejo que solo el delegante tiene la facultad/capacidad de ordenar adecuadamente para el fin empresarial. Así, para mantener la delegación dentro de los niveles de riesgo permitido, parece necesario el establecimiento de sistemas de vigilancia y control específicos por parte del delegante y que, llegado el caso, se traduce en un deber de instar al delegado a que neutralice el riesgo detectado (Robles Planas, 2018, p. 34), pues su posición de garante justamente consiste en compensar los peligros que entraña la concreta delegación de competencias.

Por otro lado, en el plano horizontal, la competencia organizacional no se fundamenta en el principio de delegación, sino en el de especialización regida por el principio de confianza. En virtud de tal principio, el garante primario podría confiar en el correcto desempeño de la actividad del garante especializado, de modo que podría desentenderse plenamente de vigilar o controlar su comportamiento. Siempre, claro está, con el límite tradicional del principio de confianza, según el cual, pese a no tener el deber de vigilar o controlar al otro, si el primer sujeto advierte (adquiere el conocimiento) que el segundo se comporta delictivamente y, sin embargo, permanece pasivo ante tal hecho, entonces responde por la no evitación (Robles Planas, 2018, p. 31).

En virtud de la especialización, el garante especializado pasa a desempeñar el papel fundamental para el ámbito en cuestión, por ejemplo, con el fin de lograr una mayor eficiencia en el desempeño de las funciones que inicialmente incumbían a todos los sujetos originalmente garantes. Con ello estos quedan liberados de su posición de garante. Precisamente por ello no dependen sobre el garante inicial que ha dejado de serlo, de deberes

Ir al índice

de vigilancia y control sobre la actividad del nuevo garante. Luego, esta suerte de liberación de la posición de garante tiene como presupuesto que el nuevo sujeto sea plenamente competente para cumplir con su posición de garante[9].

Siendo esto así, a nuestro juicio objetivo, podemos coincidir con los argumentos de la casación dentro del ámbito de competencia de organización por especialización, donde el garante primario –podríamos señalar acá al gerente general y al gerente de operaciones, a quienes el Ministerio Público imputó el delito de contaminación ambiental– podría confiar en el correcto desempeño de la actividad del garante especializado –jefe de asuntos ambientales de la compañía–, de modo que podría desentenderse plenamente de vigilar o controlar su comportamiento.

4.2.- PARTE RESOLUTIVA. –

La Corte Suprema DECLARARON FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Teódulo Valeriano Quispe Huertas y Juan Herrera Távara contra el auto de vista expedida el treinta y uno de enero de dos mil diecinueve y, en consecuencia, CASARON el auto de vista recurrido que revoco el auto que declaró fundada la solicitud de sobreseimiento formulada por su defensa técnica.

V.- CONCLUSIONES

- Sin duda alguna, la posición fundada por la Corte Suprema, basado en criterios de imputación de corte normativista como la competencia por organización, brinda mayor precisión a la hora de individualizar los aportes de cada participante en materia de autoría y participación en estructuras empresariales.

9 Robles Planas (2018, p. 37) y Maraver Gómez (2009), quien asegura que "una vez constatada la existencia de una posición de garante, basta con que el tercero responsable tenga asignado algún deber de cuidado, algo que puede ser reconocido con carácter general, aunque solo sea a partir de un deber genérico de no atentar contra los bienes jurídicos sin necesidad, por tanto, de que tenga asignada una tarea concreta. El sujeto, efectivamente, puede confiar en que el tercero cumpla correctamente su tarea o, simplemente, no realice una conducta lesiva. El alcance de su deber de cuidado se delimita tanto por el hecho de no incluir los riesgos que puede generar el tercero incumpliendo su tarea, como por el hecho de no incluir los riesgos que puede generar el tercero al margen del ejercicio de una determinada tarea. No es necesario que exista un explícito o específico reparto de tareas. Ello solo servirá para concretar en mayor medida el ámbito de organización de los distintos sujetos y, de esa forma, delimitar de manera más precisa el alcance de los ámbitos de competencias por organización de los terceros, pues permite afirmar que los sujetos no tienen un deber de cuidar de las tareas que le son asignadas a los terceros. En realidad, el reparto de tareas al que se hace referencia en este contexto puede verse simplemente como una expresión del carácter descentralizado que generalmente presentan las relaciones sociales y del interés en delimitar el ámbito propio de actuación. Puede ser fruto de un acuerdo o de una delegación, puede venir definido por las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad o incluso puede derivarse de los diferentes roles o tareas que cumplen los sujetos con carácter general. No negamos que el empresario, además de tener que cumplir con determinados deberes de selección, formación, coordinación y vigilancia, no deja de ostentar una posición de garante, ello no significa que su deber de cuidado no pueda verse delimitado en virtud de los deberes que les sean asignados correctamente a esas terceras personas" (p. 28).

Ir al índice

- Definitivamente, el distinguir dentro del ámbito del principio de confianza entre el criterio de delegación y el de especialización permite resolver aquellos casos que se desarrolla en el ámbito de la autoría en estructuras empresariales.

Ir al índice

09

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 1408-2017
PUNO

Minería ilegal, lavado de activos y pérdida de dominio

a. Desde un plano económico, la finalidad de la minería ilegal es generar ganancias por la comercialización del mineral extraído. Esto es, la obtención de réditos como consecuencia de la exploración, extracción, explotación y comercialización de recursos minerales, contraviniendo el ordenamiento legal. Por tanto, la minería ilegal es una fuente generadora de dinero maculado. Para su sostenibilidad como actividad permanente y a gran escala, requiere de un gran despliegue logístico, implica dominio y movilidad territoriales, necesita mano de obra barata, fuentes de agua y energía eléctrica, y, además, capital y un nivel de organización que asegure el circuito económico ilegal; lo que implica, la consolidación de una organización y economía ilícitas

b. Esta actividad, por su magnitud y alta rentabilidad, genera ingentes ganancias. En la medida que requiere de un gran despliegue de recursos personales, logísticos y económicos, está directamente asociada al crimen organizado y sus redes ilícitas. Esta segunda característica, por si misma, le da carácter de gravedad; elemento consustancial al delito de lavado de activos, de acuerdo con las convenciones internacionales, en especial la Convención de Palermo.

c. La pérdida o extinción de dominio, como institución, fue incorporada en nuestro ordenamiento legal por el Decreto Legislativo N.° 992. Su finalidad es obtener mecanismos para la lucha contra la delincuencia organizada y la generación de desincentivos en la obtención de ganancias ilícitas. La legitimidad constitucional de la institución se sustenta en que la propiedad o el dominio obtenido al margen de la ley no cae en el ámbito de la inviolabilidad de la propiedad, constitucionalmente protegible. No se trata de una institución puramente penal, pues su activación no

Ir al índice

descansa necesariamente en la afectación de las ganancias ilícitas (penales) propiamente dichas. En la pérdida o extinción de dominio se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que lo obtuvo. Por ello, tiene igualmente una naturaleza civil. Ergo, nada impide que se pueda incoar el proceso de pérdida de dominio en caso de sentencias absolutorias. En este caso, se debe verificar si la incoación del proceso cumple con alguno de los supuestos de procedencia previsto en el artículo 4 de la legislación de pérdida de dominio.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, treinta de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, los recursos de casación interpuestos por: **a)** el señor **fiscal superior** contra la sentencia de vista del siete de septiembre de dos mil diecisiete (foja 267 del cuaderno de apelación), emitida por la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el extremo que resolvió, por unanimidad, confirmar la sentencia de primera instancia, de! treinta de enero de dos mil diecisiete (folio 953), que falló absolviendo a: **1. Leonardo Callalli Warthon**, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de conversión y transferencia, previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado; **2. Leonardo Callalli Béjar** y **María Rodríguez Warton**, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de ocultamiento y tenencia, previsto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado, y **3. Nayda Suárez Sánchez** e **Ysaura Loayza Pacheco**, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de transporte y traslado, previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado; y **b)** por la defensa técnica de los encausados **Leonardo Callalli Warthon, María Rodríguez Warton** y **Leonardo Callalli Béjar**, contra la sentencia acotada en el extremo que dispuso la remisión de copias certificadas al Ministerio Público, para que proceda a iniciar el proceso de pérdida de dominio.

Interuino como ponente el juez supremo Figueroa Navarro.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia

1.1. El representante de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puno, mediante requerimiento acusatorio (foja 1) del cuaderno de debate, formuló acusación en contra de Leonardo Callalli Warthon, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de conversión y transferencia, previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.°

Ir al índice

1106, en agravio del Estado; contra Leonardo Callalli Béjar y María Rodríguez Warton, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de ocultamiento y tenencia, previsto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado; y contra Nayda Suárez Sánchez e Ysaura Loayza Pacheco, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de transporte y traslado, previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado. Realizada la audiencia de control de requerimiento de acusación, conforme al acta respectiva (foja 46), se emitió auto de enjuiciamiento del quince de septiembre de dos mil catorce (foja 50).

Segundo. Itinerario del primer juicio oral

2.1. Mediante auto de citación de juicio oral, contenido en la Resolución número 1 (foja 50), del veintiséis de septiembre de dos mil catorce, se citó a los encausados a la audiencia de juicio oral. Instalada esta, las demás sesiones se realizaron con normalidad. Una vez finalizada, se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia, el veintinueve de enero de dos mil quince, conforme consta en el acta respectiva (foja 309).

2.2. Mediante sentencia de primera instancia, del veintinueve de enero de dos mil quince (foja 312), se condenó a Leonardo Callalli Warthon como autor del delito de lavado de activos, en la modalidad de actos de conversión y transferencia, a diez años y cuatro meses de pena privativa de libertad; asimismo, se condenó a Leonardo Callalli Béjar como autor del delito de lavado de activos, en la modalidad de actos de ocultamiento y tenencia, a diez años y cuatro meses de pena privativa de libertad; del mismo modo, se condenó a Nayda Suárez Sánchez e Ysaura Loayza Pacheco como autoras del delito de lavado de activos, en la modalidad de transporte y traslado, a ocho años de pena privativa de libertad; se dispuso el decomiso definitivo del dinero incautado y la disolución de la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E.I.R.L"; se fijó la suma de S/ 6 000 000.00 (seis millones de soles) por concepto de reparación civil de manera solidaria. Finalmente, se absolvió de la acusación fiscal a María Rodríguez Warton, por el delito de lavado de activos, en la modalidad de actos de ocultamiento y de tenencia.

2.3. Contra esta decisión, la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Lavado de Activos y Proceso de Pérdida de Dominio (foja 359) interpuso recurso de apelación contra el extremo que fijaba la reparación civil para los condenados y el extremo que absolvía de la acusación fiscal a María Rodríguez Warton. Del mismo modo, la defensa de las sentenciadas Ysaura Loayza Pacheco y Nayda Suárez Sánchez (foja 379) y la de Leonardo Callalli Warthon y Leonardo Cailali Béjar (foja 388) interpusieron recurso de apelación contra el extremo condenatorio de la sentencia, concedido mediante Resolución número 18, del diez de febrero de dos mil quince (foja 403).

2.4. Culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto del dieciséis de abril de dos mil quince (foja 204 del cuaderno de apelación), el Superior Tribunal convocó a audiencia de apelación de sentencia, la cual se realizó con normalidad, como se aprecia

Ir al índice

del acta de audiencia de apelación del trece de mayo de dos mil quince (foja 216 del cuaderno de apelación).

2.5. El dieciséis de junio de dos mil quince, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, tal como consta en el acta respectiva (foja 231 del cuaderno de apelación), mediante la cual se decidió, por unanimidad, declarar nula la sentencia de primera instancia, en el extremo condenatorio y absolutorio.

Tercero. Itinerario del segundo juicio oral

3.1. Devueltos los autos al Juzgado Colegiado, mediante resolución del dieciséis de julio de dos mil quince (foja 412), se convocó a nuevo juicio oral. Una vez instalado, se llevó a cabo el plenario, con la realización de una serie de sesiones; sin embargo, se interrumpió debido al cambio de un magistrado y la inconcurrencia de otro, por lo que las sesiones realizadas quedaron sin efecto y se convocó a una nueva instalación de juicio oral, tal como se aprecia de la resolución del veinticinco de enero de dos mil dieciséis (foja 666).

3.2. Así, instalada la nueva audiencia de juicio oral, las demás sesiones se realizaron con normalidad. Una vez culminada, se llevó a cabo la audiencia de lectura de la sentencia, el treinta de enero de dos mil diecisiete, conforme consta en el acta (foja 950), que absolvió a los acusados, por unanimidad, de los delitos imputados en su contra.

3.3. Contra esta sentencia absolutoria, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio, así como el fiscal provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Puno interpusieron recurso de apelación (fojas 986 y 1048, respectivamente), concedido mediante Resolución número 65, del catorce de febrero de dos mil diecisiete (foja 1055).

3.4. Culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto del siete de junio de dos mil diecisiete (foja 184 del cuaderno de apelación), se convocó a audiencia de apelación de sentencia. Cerrados los debates, se llegó a emitir sentencia de vista, que resolvió confirmar, por unanimidad, la sentencia absolutoria de primera instancia, conforme se aprecia del acta de lectura de sentencia (foja 264 del cuaderno de apelación).

3.5. Notificada la sentencia de vista emitida por el Tribunal Superior, el señor fiscal superior de la Primera Fiscalía Superior de la Provincia de San Román interpuso recurso de casación en el extremo absolutorio (foja 290 del cuaderno de apelación); asimismo, la defensa de los encausados Leonardo Callalli Warthon, María Rodríguez Warton y Leonardo Callalli Béjar interpuso recurso de casación, en el extremo que disponía que el Ministerio Público inicie proceso de pérdida de dominio contra el dinero que fuera materia de incautación; tales recursos fueron concedidos mediante auto del dos de octubre de dos mil diecisiete (foja 307 del cuaderno de apelación).

Ir al índice

Cuarto. Trámite del recurso de casación

4.1. Elevado el expediente a esta Sala Suprema, se corrió traslado a las partes, de acuerdo con el cargo de entrega de cédulas de notificación (fojas 46 y siguientes del cuadernillo formado en esta Suprema Sala), y se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del catorce de febrero de dos mil dieciocho. Así, mediante auto de calificación del dieciséis de marzo de dos mil dieciocho (foja 87 del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal), se declaró bien concedidos los mencionados recursos de casación.

4.2. Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (foja 95 y siguientes del cuadernillo formado en esta sede), mediante decreto del quince de abril de dos mil diecinueve, se señaló como fecha para la audiencia de casación el quince de mayo de dos mil diecinueve. La audiencia de casación se instaló con la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa de los encausados; una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública se efectuará con las partes que asistan, de acuerdo con el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal, el treinta de mayo de dos mil diecinueve.

Quinto. Motivo casacional

5.1. Conforme se establece en los fundamentos jurídicos séptimo, octavo, noveno y décimo del auto de calificación del recurso de casación, y conforme a su parte resolutiva, se declaró bien concedido el recurso de casación, para analizar el caso desde las causales previstas en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal. En efecto, en lo que respecta a la casación interpuesta por el Ministerio Público, el análisis girará en torno a la errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, que se vincula con la configuración del delito fuente de lavado de activos, referido a la actividad de minería ilegal; asimismo, se verificará si el Tribunal Superior se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República en los Acuerdos Plenarios N.° 03-2010/CJ-116 y N.° 07-2011 /CJ-116, que establecen que el delito de lavado de activos es de configuración autónoma.

5.2. En lo atinente a la casación interpuesta por la defensa de los encausados, se analizará si en el caso concreto se ha vulnerado la correcta interpretación y aplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto Legislativo 1104 (Decreto Legislativo que modifica la legislación de pérdida de dominio), vigente al momento de emitirse la sentencia de vista, pues se somete el dinero incautado al proceso de pérdida de dominio, pese a que fueron absueltos del delito de lavado de activos. Asimismo, se analizará si se ha infringido la debida motivación de las resoluciones judiciales, como quedó establecido en el auto que declara bien concedidos los recursos de casación.

Ir al índice

Sexto. Agravios expresados en los recursos de casación

6.1. Los fundamentos planteados por el señor fiscal superior, en su recurso de casación, están vinculados a las causales por las que fue declarado bien concedido su recurso y son los siguientes:

- Se realizó una errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, en la medida que está acreditado que el origen ilícito es el delito de minería ilegal.

- No se valoró el Acuerdo Plenario N.° 03-2010/CJ-l 16, que precisa que el delito de lavado de activos es autónomo.

- No se consideró el Acuerdo Plenario N.° 07-2011 /CJ-116, que señala la imposibilidad de aplicar la figura del agotamiento del delito de lavado de activos, dado que todo agotamiento de delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos.

- No se compulsó que las encausadas Nayda Suárez Sánchez e Ysaura Loayza Pacheco trabajaron para el imputado Leonardo Callálli Warthon y se pudo presumir el origen ilícito del dinero de la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L.".

6.2. Por su parte, los agravios expuestos por la defensa de los encausados Leonardo Callalli Warthon, María Rodríguez Warton y Leonardo Callalli Bejar, en su recurso de casación son los siguientes:

- Se vulneró la correcta interpretación y aplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto Legislativo N.° 1104, al someter el dinero incautado al proceso de pérdida de dominio, ya que se sostiene que el dinero sería de procedencia ilícita.

- Se infringió la debida motivación de resoluciones judiciales, pues no se acreditó el delito de lavado de activos ni el de minería ilegal. Por tanto, no corresponde la procedencia de la pérdida de dominio.

Séptimo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con el requerimiento acusatorio (foja l del cuaderno de debate), el marco fáctico de imputación es el siguiente:

7.1. Actividad criminal previa

a) Incremento inusual del capital de la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L.", de propiedad del encausado Leonardo Callalli Warthon, que de manera constante ha aumentado su patrimonio, teniendo inusuales e irregulares movimientos económicos (ingresos y egresos por más de treinta millones de soles) en el periodo de mayo de dos mil once a mayo de dos mil doce.

Ir al índice

b) La empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L." declaró contablemente que vendió a la empresa Universal Metal Trading S. A. C. durante noviembre de dos mil once a marzo de dos mil doce el total de 1 087 061.10 (un millón ochenta y siete mil sesenta y uno punto diez) gramos oro; sin embargo, de acuerdo con la información obtenida de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, los pequeños mineros artesanales declararon al Ministerio de Energía y Minas que, durante el citado periodo de tiempo, produjeron el total de 269 157.04 (doscientos sesenta y nueve mil ciento cincuenta y siete punto cero cuatro) gramos oro, por lo que existe una diferencia de 817 904.06 (ochocientos diecisiete mil novecientos cuatro punto cero seis) gramos oro, que pertenecerían a la minería ilegal.

c) El encausado Leonardo Callalli Warthon y otras personas se encuentran investigados por el delito de minería ilegal y lavado de activos vinculados a la minería ilegal en la Carpeta Fiscal N.° 3606015201-2013-013-0, instada por la Fiscalía Provincial en materia Ambiental de Madre de Dios, en atención a la denuncia pública contra la empresa International Metal Trading (IMT) que conjuntamente con otras empresas afines, durante el dos mil once, exportó a Suiza un aproximado de veinticinco toneladas de oro de origen ilícito; uno de los principales proveedores fue el grupo de empresas del citado encausado Callalli Warthon.

7.2. Imputaciones concretas

7.2.1. Se atribuye a Leonardo Callalli Warthon que, el once de diciembre de dos mil doce, entregó a sus coacusadas Nayda Suárez Sánchez e Ysaura Loayza Pacheco la suma de S/. 819 825.00 (ochocientos diecinueve mil ochocientos veinticinco soles) para que, en representación de su empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L.", adquieran maquinaria pesada en el país de Bolivia. En lo sucesivo, ordenó a sus coacusadas el cambio de dinero por dólares, hasta por la suma de USD 321 500.00 (trescientos veintiún mil quinientos dólares americanos), y así, realizó actos de transferencia de dinero cuyo origen ilícito conocía, por lo que procuró evitar que se identificara su fuente de producción.

7.2.2. Se atribuye a Leonardo Callalli Béjar, el haber otorgado a su coacusado Leonardo Callalli Warthon, en calidad de préstamo, la suma de USD 45 000.00 (cuarenta y cinco mil dólares americanos), dinero cuya procedencia no ha podido justificar; se encuentra vinculado con las actividades de su padre, Leonardo Callalli Warthon, quien ha sido catalogado como fuente productora de activos de procedencia ilícita, por realizar actos de utilización, recepción, conservación en su poder, a través del tráfico económico de dinero cuya procedencia ilícita debió presumir.

7.2.3. Se atribuye a María Rodríguez Warton, el haber otorgado a su coacusada Celia Wharton -cuya acción penal se extinguió con su fallecimiento- el préstamo de USD 150 000.00 (ciento cincuenta mil dólares americanos), suma con la que aportó al préstamo de USD 800 000.00 (ochocientos mil dólares americanos), que realizó la citada Celia Wharton a la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E.I.R.L.", representada por el encausado Leonardo Callalli Warthon. Hasta la fecha, no se acreditó la procedencia lícita ni se justificó debidamente la existencia del dinero que le otorgó a la acusada

Ir al índice

Celia Warthon; de manera que se encuentra vinculada con las actividades de su hermano Leonardo Callalli Warthon -catalogadas como fuente productora de activos de procedencia ilícita-, mediante actos de ocultamiento y conservación en su poder, a través del tráfico económico del dinero cuya procedencia ilícita debió presumir.

7.2.4. Se atribuye a Nayda Suárez Sánchez, el haber transportado por territorio de la República, la suma de USD 200 000.00 (doscientos mil dólares americanos), contenidos en dos paquetes cubiertos con plásticos transparentes, que contenían cada uno la suma de USD 100 000.00 (cien mil dólares americanos), cuya procedencia ilícita debió presumir.

7.2.5. Se atribuye a Ysaura Loayza Pacheco, el haber transportado por territorio de la república, la suma de USD 121 500.00 (ciento veintiún mil quinientos dólares americanos), de los cuales USD 100 000.00 (cien mil dólares americanos) estaban en un paquete cubierto con plástico y en billetes sueltos que sumaban USD 21 500.00 (veintiún mil quinientos dólares americanos), cuya procedencia ilícita debió presumir.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Octavo. La minería ilegal como fuente ilícita en el delito de lavado de activos

En la década pasada no existía aún un concepto de minería ilegal. La normatividad de la época aludía a la pequeña minería o minería artesanal. Recién en el dos mil diez, mediante el Decreto de Urgencia N° 012-2010, se declaró de interés nacional el ordenamiento minero en el departamento de Madre de Dios y se utilizó por vez primera, el término "minería aurífera informal o ilegal". La dación de este Decreto de Urgencia, respondió a la necesidad de responder a las graves consecuencias que esta actividad ilícita venía ocasionando al ambiente y, en particular, a la calidad de vida natural de las personas que vivían en las áreas de explotación del mineral. Al lado de estas consecuencias directas de la actividad minera descontrolada, se determinó que la minería ilegal generaba otros efectos perniciosos, como la trata de personas, la explotación laboral, el trabajo infantil y la prostitución. En lo económico, al ser una actividad ilegal, se evadía el pago de impuestos, lo que afectaba la recaudación fiscal del Estado. En suma, la práctica de este tipo de actividad generaba amenazas multidimensionales y ganancias ilícitas, que debían ser lavadas para reinsertarse en el circuito económico lícito.

Noveno. La denominación "minería ilegal" es perfilada en el Decreto Legislativo N.° 1100 (Decreto Legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias). Con este término se aludía a aquella actividad que se desarrollaba en zonas no aptas o prohibidas, como las áreas naturales protegidas – reservas nacionales, parques nacionales o zonas de amortiguamiento-. Esta denominación era diferenciada de la minería informal. Con este término se aludía a la actividad minera que, si bien se desarrollaba en zonas aptas para desarrollar esta actividad, no había culminado con el procedimiento administrativo de autorización o de formalización. Si comparamos ambas definiciones, la diferencia no es muy relevante. En ambas hay un déficit -más o menos acentuado- de autorización administrativa, lo que marca la línea diferenciadora entre ambas formas de actividad minera, era el lugar en donde se desarrollaba.

Ir al índice

Décimo. Una diferencia más marcada se da con la dación del Decreto Legislativo N.° 1102, que tipifica por vez primera el delito de minería ilegal, describiendo como tal a la actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos y no metálicos que se realizaba sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Decimoprimero. Sin embargo, este primer concepto de minería ilegal es insuficiente. La ilegalidad de la actividad no solo se evidencia por el lugar en el que se desarrolla, pues es posible considerar como igual o más perniciosa, la actividad minera mediante empleo de equipos o maquinarias inidóneas o de insumos altamente perjudiciales al ambiente, o cuando se involucran actores con poder o se usa a menores de edad o personas vulnerables. Por ello, el Decreto Legislativo N.° 1105 adoptó un criterio más amplio. En dicho instrumento normativo se conceptualizó la minería ilegal de la siguiente forma:

> "Actividad minera ejercida por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, usando equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (Pequeño Productor Minero o Productor Minero Artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio".

Decimosegundo. En este contexto, la práctica de esta actividad ilegal no solo era fuente generadora de delitos como la trata de personas, prostitución infantil y la evasión tributaria; además, dicha actividad causaba un impacto ambiental negativo por la destrucción de los bosques y la grave contaminación por mercurio de los ambientes acuáticos y los recursos hidrobiológicos; de ahí que, antes de que se tipificara como delito en el Código Penal, esta actividad, de acuerdo a las acciones desplegadas por los agentes para la obtención de los minerales, era sancionada como delito de contaminación ambiental[1], delito contra los bosques o formaciones rocosas[2] o delito de alteración del ambiente o paisaje[3] -por nombrar algunos-. Pero la minería ilegal, desde la perspectiva ambiental tiene un impacto negativo

---

1 **Artículo 304.-** El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.
Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

2 **Artículo 310.-** Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas 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.

3 **Artículo 313.-** El que, contraviniendo las disposiciones de la autoridad competente, altera el ambiente natural o el paisaje urbano o rural, o modifica la flora o fauna, mediante la construcción de obras o tala de árboles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días-multa.

Ir al índice

directo múltiple. Implica contaminación aérea por mercurio, pérdida de biodiversidad, desertificación, degradación estética, contaminación de suelos, erosión, deforestación, contaminación de aguas superficiales, contaminación de la napa freática, desequilibrio de los sistemas hidrobiológicos. Y como impacto potencial no visible, calentamiento global: los impactos visibles o tangibles, lo son para las poblaciones locales, que sufren las consecuencias en términos de pérdida de calidad de vida o de salud pública. Pero, dada la naturaleza a veces difusa del impacto, no es percibido directamente.

Decimotercero. La finalidad de la minería ilegal es, desde un plano económico, generar ganancias por la comercialización del mineral extraído. Esto es, la obtención de réditos como consecuencia de la exploración, extracción, explotación y comercialización de recursos minerales, contraviniendo el ordenamiento legal. Por tanto, la minería ilegal es una fuente generadora de dinero maculado. Ahora bien, para su sostenibilidad como actividad permanente y a gran escala, requiere de un gran despliegue logístico, implica dominio y movilidad territoriales, necesita mano de obra barata, fuentes de agua y energía eléctrica, y, además, capital y un nivel de organización que asegure el circuito económico ilegal; lo que implica, por ende, la consolidación de una organización y economía ilícitas.

Decimocuarto. Ahora bien, ¿Puede la minería ilegal ser fuente ilícita del delito de lavado de activos? Actualmente, la minería ilegal, como delito, se encuentra tipificada en el artículo 307-A del Código Penal, incorporado a nuestro código punitivo por el Decreto Legislativo N.° 1102, cuya vigencia se dio a partir del quince de marzo de dos mil doce.

Por tanto, aun cuando la Ley 27765[4] (Ley penal contra el lavado de activos), en su artículo 6, no lo especificaba taxativamente, el delito de minería ilegal puede ser considerado, desde su vigencia, fuente ilícita, en atención a una interpretación extensiva y teleológica del texto "u otros similares que generen ganancias ilegales". Qué duda cabe de que esta actividad, por su magnitud y su alta rentabilidad, es generadora de ingentes ganancias. Y en la medida que implica un gran despliegue de recursos personales, logísticos y económicos está directamente asociada al crimen organizado y a sus redes ilícitas. Esta segunda característica es la que, por sí misma, le da el carácter de gravedad; elemento consustancial al delito de lavado de activos, conforme a las convenciones internacionales, en particular la Convención de Palermo.

Decimoquinto. Del mismo modo, las acciones de minería ilegal realizadas hasta antes de su tipificación en el Código Penal pueden ser fuente del delito de lavado de activos, siempre que las conductas desplegadas para la obtención del mineral, impliquen la generación de una ganancia ilegal y se encuentren vinculadas a uno de los tipos penales contenidos en el Título XIII-Delitos Ambientales del Código Penal. No cabe una interpretación restrictiva del artículo 6 de la Ley 27765, en tanto el ejercicio de la minería ilegal, en todo su contexto, colisiona con

4 Este cuerpo legal fue derogado por el Decreto Legislativo N.° 1106 (Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado), publicado el 19 de abril de 2012, que llegó a establecer taxativamente, en su artículo 10, a delito de minería ilegal como fuente generadora de ganancias ilegales.

Ir al índice

el inciso 22, artículo 2, de la Constitución Política del Estado, que establece que el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida es derecho fundamental de la persona.

Igualmente, dentro de la cadena de actividades para completar el ciclo económico de la minería ilegal se encuentran mencionadas expresamente, la exploración, extracción y explotación. Pero el legislador, desde la versión originaria del tipo penal consideró "otra actividad similar". De esta manera, por interpretación analógica -que no debe ser confundida con la analogía *in malam partem*-, habilitada en la redacción del tipo penal, debe comprenderse la comercialización del producto de las actividades precedentes, como etapa inescindible de las conductas previas, pues esta es la que permite directamente la obtención de ganancias ilícitas.

Decimosexto. El proceso de pérdida de dominio y su ámbito de aplicación

Como institución, la pérdida o extinción de dominio fue incorporada en nuestro ordenamiento legal, con la dación del Decreto Legislativo N° 992, publicado el veintidós de julio de dos mil siete en el diario oficial El Peruano. La expedición de este cuerpo normativo tuvo el objetivo de obtener mecanismos para la lucha contra la delincuencia organizada y la generación de desincentivos en la obtención de ganancias ilícitas. La legitimidad constitucional de la institución se sustenta en que la propiedad o el dominio obtenido al margen de la ley no cae dentro del ámbito de la inviolabilidad de la propiedad, constitucionalmente protegible. No se trata de una institución puramente penal, pues su activación no descansa necesariamente en la afectación de las ganancias ilícitas (penales) propiamente dichas. Es más, en la extinción de dominio se ataca el patrimonio obtenido ilícitamente y no a la persona que lo obtuvo. Por ello, tiene igualmente una naturaleza civil. Este decreto legislativo fue modificado por Ley N° 29212, del dieciocho de abril de dos mil ocho; y luego, el diecinueve abril dos mil doce, fue derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N.° 1104. Actualmente, se encuentra vigente el Decreto Legislativo N.° 1373, cuerpo legal que regula el proceso de extinción de dominio y que derogó al Decreto Legislativo N° 1104.

Decimoséptimo. En este contexto, el proceso de pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado, por sentencia de autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso[5]. Su ámbito de aplicación recae sobre los objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado, de conformidad con el artículo 2 del citado decreto legislativo.

Decimoctavo. Naturaleza del proceso de pérdida de dominio

Es un mecanismo procesal especial totalmente independiente del proceso penal, de naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial; procede sobre cualquier derecho

5 Actualmente, el proceso de extinción de dominio tiene la misma finalidad.

Ir al índice

real, principal o accesorio, independientemente de quién lo tenga en su poder o lo haya adquirido; en razón de que nuestro ordenamiento legal no avala o legitima la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto, cuya adquisición no haya sido obtenida dentro de los márgenes prescritos por la Constitución o el Código Civil.

Decimonoveno. Carga de la prueba en el proceso de pérdida de dominio

En este proceso, la acción de la carga de la prueba es mixta. Al Ministerio Público le corresponde la prueba de la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal, según sea el caso. A la parte afectada (demandada) se le exige que acredite el origen lícito de los bienes, aportando el material probatorio que corresponda, de conformidad con el numeral 9.2 del artículo 9 del mencionado decreto legislativo.

Vigésimo. Procedencia del proceso de pérdida de dominio

Ahora bien, la incoación del proceso de pérdida de dominio se puede efectuar aun cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de estos. Igualmente, nada impide que se pueda incoar el proceso de pérdida de dominio en caso de sentencias absolutorias. En este caso, se debe verificar si la incoación de este proceso cumple con cualquiera de los supuestos de procedencia que prescribe el artículo 4 de la legislación de pérdida de dominio.

Vigesimoprimero. Diferencia entre el proceso de pérdida de dominio y el proceso penal

Como se ha señalado, el proceso de pérdida de dominio es totalmente autónomo, se tramita como proceso especial, constituyendo un proceso distinto e independiente de cualquier otro. Su objeto de acción recae sobre bienes, no sobre personas, en virtud del origen ilícito de éstos, y guarda relación con determinado hecho delictivo. Por tal motivo, las decisiones jurisdiccionales son una consecuencia jurídico- patrimonial que, de ser estimadas, pueden declarar la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito, a favor del Estado por sentencia respectiva.

III. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

A. Respecto al recurso de casación interpuesto por el señor fiscal superior

Vigesimosegundo. El recurso de casación interpuesto por el señor fiscal superior se declaró bien concedido por las causales previstas en los numerales 3 y 5 del artículo 429 del código adjetivo. En este contexto, se cuestiona que se diera una errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, que se vincula con la configuración del delito fuente de lavado de activos, referido a la actividad de minería ilegal; al existir apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la República en los Acuerdos Plenarios N.° 03-2010/CJ-116 y N.° 07-2011/CJ- 116, que establecen que el delito de lavado de activos es de configuración autónoma.

Ir al índice

Vigesimotercero. Así, la Sala Penal Superior, en la sentencia de vista materia de casación, confirmó la absolución decretada por el Colegiado de primera instancia, en atención a que, de acuerdo con lo postulado por el Ministerio Público, el dinero materia de incautación provendría de la compraventa de oro proveniente de la minería ilegal, realizada por la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L."; sin embargo, señala que en la fecha en que se adquirió el oro (noviembre de dos mil once a marzo de dos mil doce) el delito de minería ilegal no estaba previsto como delito fuente en la Ley 27765, por lo que la actividad de la citada empresa, no constituye fuente de delito de lavado de activos.

Vigesimocuarto. Por otro lado, también señala que el Decreto Legislativo N.° 1106 (Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado), publicado el diecinueve de abril de dos mil doce, incorporó, en su artículo 10, al delito de minería ilegal como delito fuente. Por tanto, precisa que la actividad de minería ilegal desarrollada con anterioridad a la vigencia de la nueva ley no puede ser considerada como delito fuente, debido a que dicho delito recién constituye delito fuente a partir de su entrada en vigencia.

Vigesimoquinto. Al respecto, debemos indicar que el delito de lavado de activos es autónomo, tal como se interpretó hermenéuticamente en los Acuerdos Plenarios N.° 03-2010/CJ-116 y N.° 07-201 l/CJ-116; posición ratificada en la Sentencia Plenaria Casatoria N.°01-2017/CIJ-433, la cual determina que, en cuanto a la actividad criminal previa, no es necesario que exista sentencia firme, investigación en trámite ni proceso penal abierto; es suficiente la acreditación de la relación del dinero maculado con actividades criminales previas, no necesariamente circunstanciadas, cuya existencia pueda ser establecida.

Vigesimosexto. En este sentido, de acuerdo con el requerimiento acusatorio (foja 01), se imputa al encausado Leonardo Callalli Warthon haber entregado a las encausadas Nayda Suárez Sánchez e Ysaura Loayza Pacheco, el once de diciembre de dos mil doce, la suma de S/ 819 825.00 (ochocientos diecinueve mil ochocientos veinticinco soles) para que, en representación de su empresa ("Los Poderosos Minera Aurífera E.I.R.L."), dispongan de dicho dinero en la compra de maquinaria pesada en el país de Bolivia, dinero que luego fue cambiado a dólares, hasta por la suma de USD 321 500.00 (trescientos veintiún mil quinientos dólares americanos), la cual fue materia de incautación. En tal virtud, se aprecia que en la fecha de estos hechos, se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1106 (publicado el diecinueve de abril de dos mii doce) que, en su artículo 10, establecía que el origen ilícito que el agente conoce o debe presumir, podía devenir del delito de minería ilegal.

Vigesimoséptimo. Este dinero fue vinculado a actividades de minería ilegal, es así que el Ministerio Público, en su requerimiento acusatorio, sostuvo que su procedencia ilegal se puede inferir de los siguientes indicios: **a)** incremento inusual del capital de la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L.", la cual aumentó su patrimonio de manera constante y tuvo inusuales e irregulares movimientos económicos (ingresos y egresos por más de treinta millones de soles) en el periodo de mayo de dos mil once a mayo de dos mil doce: **b)** la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L." declaró contablemente que vendió a la empresa Universal Metal Trading S. A. C., entre noviembre de dos mil once y marzo de dos mil

Ir al índice

doce el total de 1 087 061.10 (un millón ochenta y siete mil sesenta y uno punto diez) gramos oro; sin embargo, de acuerdo con la Información obtenida de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, los pequeños mineros artesanales declararon al Ministerio de Energía y Minas que produjeron, durante el citado periodo de tiempo, el total de 269 157.04 (doscientos sesenta y nueve mil ciento cincuenta y siete punto cero cuatro) gramos oro, por lo que existe una diferencia de 817 904.06 (ochocientos diecisiete mil novecientos cuatro punto cero seis) gramos oro, que pertenecerían a la minería ilegal; y, **c)** el encausado Leonardo Callalli Warthon y otras personas se encuentran investigados por el delito de minería ilegal y lavado de activos, vinculado a la minería ilegal en la Carpeta Fiscal N.° 3606015201-2013-013-0, instada por la Fiscalía Provincial en materia Ambiental de Madre de Dios, en atención a la denuncia pública contra la empresa International Metal Trading (IMT) que, conjuntamente con otras empresas afines, exportó a Suiza, durante el dos mil once, un aproximado de veinticinco toneladas de oro de origen ilícito; uno de los principales proveedores fue el grupo de empresas del citado encausado Callalli Warthon,

Vigesimoctavo. Así, en cuanto a los dos primeros indicios, sustentados con el Informe N.° 079-2013-JUS/CDJE/UAF-O y con el Informe N° 095-2013-JUS/CDJE/UAFP-O respectivamente, se aprecia que, en cuanto al movimiento inusual de la empresa "Los Poderosos Minera Aurífera E. I. R. L.", el periodo de tiempo abarca mayo de dos mil once a mayo de dos mil doce; y, en cuanto a la adquisición de oro proveniente de la minería ilegal, el periodo de tiempo es de noviembre de dos mil once a marzo de dos mil doce. En tal virtud, al tomar en cuenta que el delito de minería ilegal fue incorporado al Código Penal por el Decreto Legislativo N.° 1102, cuya vigencia se dio a partir del quince de marzo de dos mil doce, se evidencia que sí podía considerarse como fuente ilícita del dinero maculado, tanto más si, de acuerdo con el marco de imputación, la época en que las encausadas Nayda Suárez Sánchez e Ysaura Loayza Pacheco recibieron y transportaron el dinero fue en diciembre de dos mil doce, tiempo en que se encontraba vigente el Decreto Legislativo N.° 1106 (Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado). Por tanto, se ha de casar la sentencia de vista y declarar su nulidad, al evidenciarse un defecto en la motivación al momento de confirmar la absolución de los encausados. Cabe precisar que, del mismo modo, se ha de declarar la nulidad de la sentencia en primera instancia, en tanto se ha señalado, como sustento de la absolución, que "los hechos materia de acusación datan de fechas anteriores al mes de marzo de dos mil doce, fechas en las que aún no existía el tipo penal de minería ilegal.

B. Respecto al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los encausados

Vigesimonoveno. La casación interpuesta por la defensa técnica de los encausados se declaró bien concedida, por las causales previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Al respecto, se sostiene que se ha vulnerado la correcta interpretación y aplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto Legislativo 1104 (Decreto Legislativo que modifico la legislación de pérdida de dominio), vigente al momento de emitirse la sentencia de vista, al someter el dinero incautado al proceso de pérdida de dominio pese a que fueron absueltos del delito de lavado de activos; debe precisarse, además, que se ha infringido la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Ir al índice

Trigésimo. Así, en el caso concreto, de acuerdo con la sentencia emitida en primera instancia (foja 953), del treinta de enero de dos mil diecisiete, se dispuso remitir copias para que el Ministerio Público proceda a incoar el proceso de pérdida de dominio, sobre el dinero incautado, ascendente a USD 321 500.00 (trescientos veintiún mil quinientos dólares americanos). Para tal efecto, se sostuvo que existía duda en relación a la procedencia de dicho dinero, en tanto fue entregado a las mencionadas "en forma física" de manera sospechosa para la compra de maquinaria, cuando existe la posibilidad de que se realice dicha compra mediante transferencia bancaria, de ahí que se sostuvo que se pretendía evadir impuestos, motivo por el cual, se decidió que se remitan las copias pertinentes para el inicio del proceso de pérdida de dominio.

Trigésimo primero. Esta decisión fue confirmada por la Sala Penal Superior, conforme se aprecia de la sentencia de vista del siete de septiembre de dos mil diecisiete (foja 267 del cuaderno de apelación), sosteniéndose, básicamente, que este extremo no había sido materia de impugnación, en tanto el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de los encausados fue declarado inadmisible.

Trigésimo segundo. En este contexto, debemos indicar que el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo 1104 (Decreto Legislativo que modifica la legislación de pérdida de dominio), vigente al momento de la decisión, precisa que queda obligado a informar sobre la existencia de bienes -de procedencia ilícita-, el fiscal, el juez, el procurador público, el notario público, el registrador público, cualquier servidor o funcionario público o cualquier otra persona obligada por ley -especialmente las pertenecientes al sistema bancario y financiero- que, en el ejercicio de sus actividades o funciones, tome conocimiento de la existencia de objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito; información que deberá ser remitida al Ministerio Público, Es decir, aun cuando el fiscal no lo haya instado, e! juez, de oficio, puede remitir copias para el inicio del proceso de pérdida de dominio, cuando tome conocimiento de la existencia de objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, como ha sido en el caso concreto.

Trigésimo tercero. La posibilidad de que se pueda iniciar proceso de pérdida de dominio cuando se haya absuelto al acusado no impide su realización, en tanto el carácter de este proceso es real, no busca sancionar a las personas. Para su procedencia solo han de verificarse los supuestos establecidos en el artículo 4 del citado decreto legislativo. Por tanto, se ha de declarar infundada la casación interpuesta por la defensa de los encausados.

Trigésimo cuarto. Corresponde a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal, imponer las costas procesales a la parte recurrente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los miembros de la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República:

Ir al índice

I) **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor **fiscal superior** contra la sentencia de vista del siete de septiembre de dos mil diecisiete (foja 267 del cuaderno de apelación), emitida por la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el extremo que resolvió, por unanimidad, confirmar la sentencia de primera instancia, del treinta de enero de dos mil diecisiete (folio 953), que falló absolviendo a: **1. Leonardo Callalli Warthon**, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de conversión y transferencia, previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado; **2. Leonardo Callalli Béjar** y **María Rodríguez Warton**, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de ocultamiento y tenencia, previsto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado; y **3. Nayda Suárez Sánchez** e **Ysaura Loayza Pacheco**, por la presunta comisión del delito de lavado de activos-actos de transporte y traslado, previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N.° 1106, en agravio del Estado.

II) **CASARON** la referida sentencia de vista y **ANULARON** la sentencia de primera instancia, en el extremo absolutorio. En tal virtud, reponiendo la causa al estado que corresponde, **ORDENARON** nuevo juicio oral de primera instancia por otro órgano judicial y, en su día, de mediar recurso de apelación, por otro Colegiado Superior.

III) **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de los encausados **Leonardo Callall Warfhon, María Rodríguez Warton** y **Leonardo Callalll Béjar**, contra la sentencia antes acotada, en el extremo que dispuso la remisión de copias certificadas al Ministerio Público, a fin de que proceda a iniciar el proceso de pérdida de dominio.

IV) **CONDENARON** o la parte recurrente al pago de las costas por desestimación del recurso de casación.

V) **DISPUSIERON** que se remitan las actuaciones al Tribunal Superior, para que proceda conforme a ley, y que se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial. Hágase saber a las partes procesales apersonadas en esta sede suprema.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SEQUEIROS VARGAS
CHAVEZ MELLA

Ir al índice

EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO CASACIÓN Nª 1408-2017-PUNO

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA[1]

1. SUMILLA:

El proceso de extinción de dominio (antes pérdida de dominio) procede sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tengan relación o se deriven de actividades ilícitas. Se caracteriza por su naturaleza autónoma e independiente, real y patrimonial. La carga de la prueba en esta clase de procesos es mixta, por cuanto al Ministerio Público le corresponde probar la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal; y a la afectada se le exige que acredite el origen lícito de los bienes aportando el material probatorio que corresponda. La expedición de sentencia absolutoria en proceso penal no impide el séquito del proceso de extinción de dominio, ni su extensión respecto de los sucesores del demandado.

2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA CASACIÓN

2.1. ANTECEDENTES DEL CASO

Actualmente la decisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema contenida en la Casación Nº 1408-2017 PUNO del 30 de mayo del 2019 constituye el antecedente jurisprudencial más importante en materia de Pérdida de Dominio a nivel nacional; ya que en primer lugar, declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia que absolvió a Leonardo Callalli Warthon y otros por el delito de Lavado de Activos previsto en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo Nº 1106; y en segundo lugar, materializó la posibilidad de iniciar procesos pérdida de dominio (ahora extinción de dominio) incluso con sentencias absolutorias.

Los hechos de la Casación Nº 1408-2017 PUNO tienen origen en la investigación seguida en contra de Leonardo Callalli Warthon y otros por el delito de minería ilegal y lavado de activos vinculado a la minería ilegal; por cuanto se habría determinado un incremento inusual en el capital de la empresa de su propiedad "Los Poderosos Minera Aurífera E.I.R.L.". Por su parte, los demás imputados fueron comprendidos en la investigación por la entrega de dinero para la adquisición de maquinaria pesada en Bolivia, el otorgamiento de préstamos sin explicación aparente a favor de la empresa y el transporte de dinero a favor de referida persona jurídica, cuya procedencia ilícita debían presumir.

Los temas relevantes que aparecen en la Casación Nº 1408-2017 PUNO sobre pérdida de dominio son: la determinación de su naturaleza, los presupuestos de procedencia, la carga de

1 Juez del Juzgado Transitorio Especializado de Extinción de Dominio de Arequipa.

Ir al índice

la prueba y las diferencias entre el proceso de pérdida de dominio (ahora extinción de dominio) y el proceso penal; todos los que son analizados ahora a la luz del Decreto Legislativo Nº 1373 del 4 de agosto del 2018 sobre Extinción de Dominio y su respectivo Reglamento, Decreto Supremo Nº 007-2019-JUS del 1 de febrero de 2019, actualmente vigentes.

2.2. LA NATURALEZA DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

De acuerdo al Fundamento Jurídico 18 de la Casación Nº 1408-2017 PUNO se considera al Proceso de Pérdida de Dominio (ahora Extinción de Dominio) como un mecanismo procesal especial independiente del proceso penal, con naturaleza jurisdiccional, de carácter real y de contenido patrimonial; pues procede sobre cualquier derecho real, principal o accesorio, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido.

En este sentido, los artículos 2.3 del Título Preliminar y 3 del Decreto Legislativo Nº 1373 han reconocido que el Proceso de Extinción de Dominio tiene las siguientes características: **a)** Autónomo e independiente; **b)** Real; y, **c)** Patrimonial. Ahora bien, según Ricardo Rivera Ardilla la Extinción de Dominio es **autónoma e independiente**, porque la acción tiene derecho y causales propias, rasgos y procedimientos exclusivos; bajo la justificación de la defensa del origen lícito de la propiedad, por lo que su carácter no tiene vinculación con el proceso penal, civil, administrativo, arbitral, o cualquier otro. Igualmente, es **real**, debido a que su objeto son bienes o derechos con valoración económica, concretos, determinados e identificados, y no conductas o personas. Y finalmente, es **patrimonial**, en atención a que procede respecto de bienes con estimación económica corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles[2].

Quizás el principal problema alrededor de la naturaleza del proceso de Extinción de Dominio consista en lograr su propia autonomía como una nueva especialidad dentro del derecho procesal; ya que al tratarse en lo sustancial de un tema con efectos civiles y procesalmente con una tramitación sujeta a reglas penales, pueden surgir confusiones al momento de su aplicación jurisprudencial.

Por lo general, los jueces de formación penal son reacios a aceptar que la extinción tiene el propósito de perseguir propiedades y no imputados; en tanto los jueces con experiencia en materia civil tienen dificultades en aplicar las reglas en medidas cautelares y litigación oral de índole penal; lo que genera discrepancias en cuanto a la interpretación de las instituciones jurídicas propias de la extinción de dominio.

Así, la autonomía de la extinción de dominio debe generar una doctrina que consolide sus propias prácticas procesales, bajo el propósito de proteger la propiedad legítimamente adquirida y desarrollar, simultáneamente, lineamientos respecto de los límites de persecución civil del patrimonio obtenido de forma ilícita, lo que depende en general de la actividad

2 RIVERA ARDILLA, Ricardo. *La Extinción de Dominio. Un análisis al Código de Extinción de Dominio.* Bogotá D.C., Editorial LEYER: 2017, pp. 29-35.

Ir al índice

que desarrollen los jueces, fiscales y defensores públicos o privados especializados en esta materia.

2.3. LOS PRESUPUESTOS DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO

El artículo 1 del Título Preliminar del Decreto Legislativo Nº 1373 estipula que procede la extinción de dominio sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tengan relación o que se deriven de actividades ilícitas contra la administración pública, el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada.

Dentro de este contexto, los presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio establecidos legalmente, al amparo del artículo 7 del mismo Decreto Legislativo Nº 1373, son los siguientes:

a. Cuando se trate de bienes que constituyen objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial.

b. Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades ilícitas.

c. Cuando se trata de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito.

d. Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita.

e. Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas.

f. Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa.

g. Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores.

Ir al índice

Estos criterios legales de alguna forma se encuentran preliminarmente recogidos en el Fundamento Jurídico 20 de la Casación Nº 1408-2017 PUNO, cuando advierte que el proceso de pérdida de dominio (ahora extinción de dominio) se puede efectuar, aun cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, incluso en contra de los sucesores que los tengan en su poder, y de ser el caso, sentencias absolutorias.

En este extremo la Casación N° 1408-2017-PUNO merece desglosarse en tres puntos medulares: en primer lugar, la distinción entre objetos, instrumentos y efectos o garantías del delito; en segundo lugar, la posibilidad de continuar el proceso de extinción de dominio contra los sucesores; y, en tercer lugar, la subsistencia del proceso de extinción de dominio inclusive después de las sentencias absolutorias en materia penal.

Sobre el primer tema se tiene en principio el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 del 16 de noviembre del 2010, y más adelante los artículos 3.7 y 3.9 del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1373 con mayor profundidad, han fijado que los *bienes que constituyen objeto de actividades ilícitas* son todos aquellos sobre los que recayeron, recaen o recaerán actividades ilícitas; en tanto los *bienes que constituyen instrumento de actividades ilícitas* son los que fueron, son o serán utilizados como medios, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para la comisión de actividades ilícitas; mientras que los *efectos o ganancias de actividades ilícitas* son los bienes resultado directo o indirecto de la comisión de actividades ilícitas.

La distinción resulta siempre ciertamente difícil cuando se trata de aplicar dichas definiciones a nivel de los casos concretos; por lo que queda a la jurisprudencia esclarecer la clasificación de bienes materia de la extinción de dominio, sobre todo, cuando se trate de bienes, objetos o instrumentos que en su cadena de formalización legal atraviesan por diferentes estadios hasta su reconocimiento formal en el sistema jurídico.

En segundo lugar, la posibilidad de continuar el proceso de extinción de dominio contra los sucesores, ya tiene merecido reconocimiento en el artículo 7 del mismo Decreto Legislativo Nº 1373, cuando se prolonga la procedencia de la extinción de dominio a los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, lo que ratifica su naturaleza patrimonial; pues este proceso no está encaminado a perseguir a las personas como en el proceso penal, sino al patrimonio ilícitamente adquirido.

Finalmente, en tercer lugar, la extinción de dominio sobrevive a las sentencias absolutorias en materia penal, en base precisamente al mismo Principio de Autonomía descrito en el artículo 2.3 del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1373, cuando se indica que el proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral; por lo que lo que no depende de los pronunciamientos que se produzcan en otros procesos sean que se encuentren en trámite o tengan la calidad de la cosa juzgada, y cuando no medie decisión en el asunto específico de extinción de dominio.

Ir al índice

2.4. LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO

En el Fundamento Jurídico 19 de la de la Casación Nº 1408-2017 PUNO se tiene determina que la carga de la prueba es mixta en extinción de dominio; ya que al Ministerio Público le corresponde probar la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal; y a la afectada se le exige que acredite el origen lícito de los bienes aportando el material probatorio que corresponda.

Sobre el particular, el artículo 2.9 del Título Preliminar del Decreto Legislativo Nº 1373 sobre Extinción de Dominio ratifica que el Ministerio Público tiene la carga de la prueba para la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio y ofrecer las pruebas o indicios concurrentes o razonables del origen o destino ilícito del bien, y admitida a trámite la demanda, al requerido le corresponde demostrar el origen o destino lícito del mismo. En consecuencia, se trata efectivamente de una carga mixta de la prueba y no dinámica, al estar obligados tanto demandante como demandado a acreditar determinados hechos respecto del origen del bien materia de debate.

De forma más detallada, en el caso del Ministerio Público al tratarse de un razonamiento puramente indiciario deberá necesariamente recurrirse al artículo 158.3 del Código Procesal Penal sobre Prueba Indiciaria, donde se exige que el indicio esté probado; la inferencia se encuentre basada en reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; y si se trata de indicios concurrentes que sean plurales, concordantes y convergentes y no se presenten contraindicios consistentes.

De otro lado en materia de extinción de dominio, al estar el requerido obligado a demostrar el origen o destino lícito del bien, se tiene que de tratarse de un tercero de buena fe, no le basta con acreditar la *Buena Fe Simple*, que es la conciencia recta y honesta de que está obrando de acuerdo a la moral y ética de la sociedad sin mayor exigencia a una especial conducta acorde a la situación; sino una *Buena Fe Cualificada o exenta de culpa*, que obliga al tercero que pretenda hacer valer derechos en extinción de dominio, a ser reconocido como tercero de buena fe que debió haber obrado con prudencia y diligencia[3]. (Salazar, 2018: 51).

Y si bien es cierto, la composición mixta de la carga tiene su justificación en el artículo 2.4 del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1373 y el artículo 5.2 del Decreto Supremo N° 007-2019-JUS, cuando se promociona la protección única y exclusiva a la propiedad u otros derechos patrimoniales obtenidos mediante justo título o compatibles con el ordenamiento jurídico, salvo el derecho de tercero de buena fe.

Sin embargo, la elaboración de la diferencia entre Buena Fe Simple y Buena Fe Cualificada genera una mayor carga probatoria a la parte afectada disminuyendo el estándar de prueba exigible al Ministerio Público; en virtud a que la acreditación del origen de los bienes imprime la necesidad de explicar un nivel de prudencia y diligencia más elevado que el común, y que

3 SALAZAR LANDÍNEZ, Sara. *Manual de Extinción de Dominio*. Guatemala: Editorial Serviprensa, 2018, p. 51.

Ir al índice

deberá aplicarse sabiamente en cada caso concreto, sobre todo, en atención a las cuestiones antropológicas y culturales que rodean al momento de adquisición de alguna clase de bien.

En este sentido, es probable que la extinción de dominio en cuanto a la carga de la prueba permita insinuar el cuestionamiento a su constitucionalidad en cuanto herramienta de lucha contra la criminalidad organizada, y el peso probatorio adicional conferido al demandado tienda necesariamente a colisionar con el principio de igualdad procesal entre las partes, lo que puede determinar la reformulación de nuestra concepción clásica sobre las presunciones legales propias de la Buena Fe Registral o la Presunción de Legalidad de los actos jurídicos.

2.5. LAS DIFERENCIAS ENTRE PROCESO PENAL Y EXTINCIÓN DE DOMINIO

En el Fundamento Jurídico 21 de la de la Casación Nº 1408-2017 PUNO se describe que el proceso de pérdida de dominio (ahora extinción de dominio) es un proceso distinto a cualquier otro, su objeto de acción recae sobre bienes y no personas, y tiene como finalidad lograr que los objetos, instrumentos, efectos y ganancias puedan ser declarados de titularidad del Estado.

En efecto, la sentencia de extinción de dominio, conforme al artículo 34.1 del Decreto Legislativo N° 1373, tiene como efecto que los bienes pasen a la titularidad del Estado a través del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI) con su respectiva inscripción en el registro público de tratarse de bienes inscribibles; todo lo que reivindica la naturaleza patrimonial y real del proceso de extinción de dominio que no tiene la finalidad de perseguir personas, ni obtener sanciones penales o administrativas.

Asimismo, la diferencia entre el proceso penal y el proceso de extinción de dominio se puede apreciar procesalmente en el diseño especial del proceso penal, donde existen las etapas de investigación preparatoria, intermedia y juzgamiento; en tanto en el proceso de extinción de dominio, según el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1373, únicamente existen la etapa de indagación patrimonial y judicial.

En este punto se advierte que las etapas de investigación preparatoria e indagación patrimonial guardan algunas semejanzas, en relación a las medidas restrictivas de derechos de que pueden ser objeto los investigados en temas penales o afectados en extinción de dominio; no obstante en el proceso penal la investigación preparatoria y juzgamiento se encuentran a cargo de jueces diferentes, mientras en el proceso de extinción de dominio el juez que admite la demanda, califica y actúa la prueba, e incluso expide sentencia.

En términos generales, el juez de extinción de dominio tiene una perspectiva única; debido a que se sujeta supletoriamente en el trámite a los principios y normas del proceso penal, y de ser necesario, luego a las reglas del proceso civil, siempre que no se oponga a su naturaleza propia.

Entonces, la generación de un derecho de extinción de dominio atraviesa por armonizar la subsistencia de un juez de la litigación oral penal en concordancia con un juez civil

Ir al índice

avocado a la recuperación de patrimonios ilícitamente obtenidos; por ende, no se trata de hacer prevalecer una especialidad sobre la otra, sino de encontrar el punto de equilibrio que solvente un sistema eficiente de protección a la propiedad legítimamente adquirida y compatible con el ordenamiento jurídico.

La Parte Resolutiva de la Casación Nº 1408-2017 PUNO del 30 de mayo del 2019 es la siguiente:

> ***"I. Declararon Fundado** el Recurso de Casación interpuesto por el señor fiscal superior contra la sentencia de vista del siete de setiembre del dos mil diecisiete (...) emitida por la Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el extremo que resolvió, por unanimidad, confirmar la sentencia de primera instancia del treinta de enero del dos mil diecisiete, que fallo absolviendo a: **1. Leonardo Callalli Warthon** por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos-Acto de conversión y transferencia, previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 1106 en agravio del Estado; **2. Leonardo Callalli Béjar y María Rodríguez Warton** por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos-Actos de ocultamiento y tenencia, previsto en el artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 1106, en agravio del Estado; y **3. Nayda Suárez Sánchez e Ysaura Loayza Pacheco**, por la presunta comisión del delito de Lavado de activos-Actos de transporte y traslado, previsto en el artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 1106, en agravio del Estado.*
>
> ***II. Casaron** la referida sentencia de vista y **anularon la** sentencia de primera instancia, en el extremo absolutorio. En tal virtud, reponiendo la causa al estado que corresponde **ORDENARON** nuevo juicio de primera instancia por otro órgano judicial y, en su día, de mediar recurso de apelación, por otro Colegiado Superior.*
>
> ***III.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa de **Leonardo Callalli Wharton, María Rodríguez Warthon y Leonardo Callalli Béjar,** contra la sentencia antes acotada, en el extremo que dispuso la remisión de copias certificadas al Ministerio Público, a fin de que proceda a iniciar el proceso de pérdida de dominio".*

3. CONCLUSIONES

- El proceso de extinción de dominio (antes pérdida de dominio) procede sobre todo bien patrimonial que constituya objeto, instrumento, efectos o ganancias que tenga relación o que se deriven de actividades ilícitas.

- El proceso de extinción de dominio tiene como características ser autónomo, porque tiene derecho, causales y procedimientos propios; real, ya que recae sobre bienes y derechos; y patrimonial, al contar con una estimación económica.

- El proceso de extinción de dominio tiene carga de la prueba mixta, debido a que al Ministerio Público le corresponde probar la vinculación de los objetos, instrumentos,

Ir al índice

efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal; y a la parte afectada acreditar el origen lícito de los bienes aportando el material probatorio que corresponda.

- El proceso de extinción de dominio es diferente al proceso penal, de tal forma que es posible que subsista incluso contra los sucesores del requerido o después de la expedición de sentencia absolutoria en materia penal.

Ir al índice

10

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO CASACIÓN N.° 1450-2017/HUÁNUCO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Pretensión penal y control de la acusación

Sumilla. **1.** Corresponde exclusivamente al Ministerio Público no solo promover la acción penal dictando la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 336 del Código Procesal Penal), sino además introducir la pretensión penal a través de la acusación fiscal. Según el artículo 349 del Código acotado, la acusación fiscal no solo debe formular una relación clara y precisa del *factum* y la relación de circunstancias que correspondan, sino además debe precisar el artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias. **2.** No cabe solicitud alguna, de previo y especial pronunciamiento y que genere un incidente procesal, para que se altere algún ámbito de la acusación –el fiscal, y solo él, es quien introduce la pretensión procesal–. **3.** El control judicial de la acusación fiscal tiene un marco expreso, autorizado por el artículo 350, numeral 1, del Código Procesal Penal. Las demás partes procesales, desde una perspectiva formal, según el literal a), pueden observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección; y, desde la perspectiva material, conforme al literal d), están facultadas a pedir el sobreseimiento. **4.** Los defectos formales, desde luego, no inciden en el juicio de tipicidad (indicación del tipo delictivo correspondiente con base en el *factum* del requerimiento acusatorio) ni en el juicio de imputación (elementos de convicción que justifiquen una sospecha suficiente acerca de los cargos), que se dilucidan en la sentencia tras el juicio oral.

Ir al índice

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintitrés de abril de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación por infracción de precepto material y quebrantamiento de precepto procesal interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUÁNUCO y por el abogado de la PROCURADURÍA PÚBLICA ENCARGADA DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR contra auto de vista de fojas doscientos ochenta y tres, de cuatro de octubre de dos mil diecisiete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos treinta y seis, de veinte de junio de dos mil diecisiete, declaró infundada la nulidad de actuados deducido por la Fiscalía contra el auto, de fojas doscientos treinta y cuatro, de tres de octubre de dos mil dieciséis, que devolvió la acusación escrita a la Fiscalía para que adecue el tipo penal al de comercio clandestino del artículo 272, numerales 1 y 4, del Código Penal; en el proceso seguido contra Jhony Correa Ponce y Juan Dávila Olivera por delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados para elaboración de drogas en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que mediante requerimiento de fojas una, de uno de enero de dos mil dieciséis, la señora Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas –sede Huánuco– formuló acusación contra Jhony Correa Ponce y Juan Dávila Olivera como coautores del delito de tráfico ilícito de insumos químicos fiscalizados en agravio del Estado.

∞ La defensa de los encausados Juan Dávila Olivera y Jhony Correa Ponce, por escritos de fojas veintinueve, de dieciocho de enero de dos mil dieciséis y de fojas cuarenta y tres, de veintidós de enero de dos mil dieciséis, respectivamente, absolvieron el traslado y plantearon observación formal a la referida acusación fiscal.

SEGUNDO. Que por auto de fojas ciento cincuenta y cinco, de tres de octubre de dos mil dieciséis, expedido en la audiencia de control de acusación, se aceptó la observación de los imputados y se devolvió la acusación a la Fiscalía a fin de que, en el plazo de cinco días, adecue el tipo penal y, si perdiera competencia, derive las actuaciones procesales a la Fiscalía competente.

∞ El fundamento de dicha resolución radicó en que no existen elementos de convicción que vinculen a los acusados con el delito de tráfico ilícito de insumos químicos de productos fiscalizados (artículo 296-B del Código Penal); y, por el contrario, advirtió que la conducta acusada se subsumiría dentro de los alcances del delito de comercio clandestino (artículo 272 del Código Penal).

∞ La Fiscalía y la Defensa expresaron su conformidad con tal resolución, pero el abogado de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas no se encontró

Ir al índice

conforme y se reservó su derecho –obviamente de impugnarla– [acta de fojas ciento cincuenta, de tres de octubre de dos mil dieciséis].

∞ La Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas –sede Huánuco– mediante disposición fiscal de fojas ciento setenta y seis, de seis de octubre de dos mil dieciséis, derivó los actuados a la Fiscalía Penal Corporativa de turno de Huánuco, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

TERCERO. Que, empero, como la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa rechazó conocer la causa y volvió a remitir los actuados a la Fiscalía Especializada Antidrogas, bajo el argumento de que no es legal pretender que se asuma la titularidad de la acción penal por un delito diferente al que ha sido materia de imputación en la Disposición de Formalización de la investigación preparatoria, el Fiscal Provincial encargado de la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas de Huánuco elevó en consulta por conflicto negativo de competencia al Fiscal Superior.

∞ La Disposición de fojas ciento ochenta y tres, de veintidós de noviembre de dos mil dieciséis, emitida por el Fiscal Superior, desaprobó la consulta y dispuso que la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas de Huánuco continúe conociendo la causa.

∞ El fundamento de la Disposición Superior estriba en que la devolución de la acusación para la adecuación del tipo penal no resulta arreglada a derecho y vulnera la facultad constitucional de titularidad de la acción penal; que es en el control del requerimiento acusatorio donde el Juez de la Investigación Preparatoria analizará la tipicidad de la acusación; que es este el estadío procesal donde si considera que la conducta imputada carece de contenido penal o no guarda los presupuestos típicos, de oficio, puede sobreseer la causa, decisión que puede ser objeto de impugnación para la revisión de los órganos superiores; que es la Fiscalía Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas la que en la etapa intermedia deberá continuar conociendo el proceso y deducir la nulidad de la resolución de tres de octubre de dos mil dieciséis.

∞ Por requerimiento de fojas ciento noventa y cinco, de veintitrés de febrero de dos mil diecisiete, el Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Especializada contra el Tráfico Ilícito de Drogas –sede Huánuco–, se dirigió al Juez de Investigación Preparatoria y, primero, comunicó que se mantenía en todo lo expuesto en el requerimiento acusatorio; y, segundo, instó la nulidad de lo actuado.

CUARTO. Que el Juez de Investigación Preparatoria por auto de fojas doscientos treinta y seis, de veinte de junio de dos mil diecisiete, declaró infundada la referida articulación de nulidad. Contra el mencionado auto el Fiscal Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas –sede Huánuco– y la Procuradora Pública del Estado interpusieron recurso de apelación [ver fojas doscientos nueve, de veintitrés de junio de dos mil diecisiete, y fojas doscientos veinte, de veintitrés de junio de dos mil diecisiete, respectivamente].

∞ Sin embargo, el Tribunal Superior por auto de vista de fojas doscientos ochenta y tres, de cuatro de octubre de dos mil diecisiete, confirmó el auto impugnado.

Ir al índice

QUINTO. Que tanto el señor Fiscal Superior como el abogado de la Procuraduría Pública del Estado en sus recursos de casación de fojas doscientos ochenta y seis, de dieciséis de octubre de dos mil diecisiete y trescientos dos, de diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, respectivamente, mencionaron el acceso excepcional al recurso de casación y citaron, al efecto, el artículo 427, apartado 4, del Código Procesal Penal. Invocaron como causal de casación, el primero, infracción de precepto material y, el segundo, quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, incisos 3 y 2, respectivamente, del Código Procesal Penal).

∞ Desde el acceso excepcional al recurso de casación plantearon:

1. El señor Fiscal Superior argumentó que la devolución de la causa al Fiscal para que modifique la calificación jurídica, vulnera la atribución del Ministerio Público de titularidad de la acción penal –se está ante una nulidad absoluta, no relativa, y además no es posible una convalidación–.

2. El abogado de la Procuraduría Pública del Estado alegó que no existe homogeneidad entre los dos delitos en cuestión: tráfico ilícito de drogas y comercio clandestino de productos, así como que debe fijarse los límites del Juez de Investigación Preparatoria en sede de control de la acusación fiscal.

∞ Concedidos los recursos de casación por auto de fojas trescientos quince, de veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, se elevó el expediente a este Supremo Tribunal con fecha diez de noviembre de dos mil diecisiete.

SEXTO. Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación por Ejecutoria Suprema de fojas setenta y uno, de veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho, solo admitió a trámite el citado recurso de casación por las causales de infracción de precepto material y quebrantamiento de precepto procesal.

∞ En el presente caso es de resaltar (***i***) que la Ley procesal fija el ámbito del control formal y sustancial a la acusación fiscal; y, (***ii***) que el principio acusatorio determina los márgenes de la relativización del título acusatorio. Ello exige tener en cuenta, primero, las exigencias típicas del hecho histórico; segundo, la adecuada subsunción jurídico penal; y, tercero, los alcances de la articulación de la nulidad de actuaciones.

SÉPTIMO. Que instruido el expediente en Secretaría, sin haberse presentado alegaciones ampliatorias, señalada fecha para la audiencia de casación el diecisiete de abril de dos mil diecinueve, ésta se realizó con la concurrencia del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, y el señor Abogado de la Procuraduría Pública del Estado, doctor Oscar Valiente Aranda.

∞ La Fiscalía Suprema en lo penal, con fecha dieciséis de abril último, un día antes de la audiencia, presentó su requerimiento escrito por el que solicitó se declare fundado el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior.

Ir al índice

OCTAVO. Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, por unanimidad, se acordó se redacte la sentencia casatoria y se pronuncie en la audiencia de lectura de la misma el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el hecho, según el requerimiento acusatorio, es el siguiente:

A. El veinticuatro de enero de dos mil quince, como a las quince horas con treinta y cinco minutos, personal policial del Departamento de Operaciones Especiales de Control de Insumos Químicos y productos fiscalizados de la Policía Nacional del Perú –sede Huánuco– se constituyó al ex peaje Chullqui, ubicado en el distrito de Churubamba, provincia y departamento de Huánuco, a solicitud del personal de la SUNAT.

B. Los funcionarios de la SUNAT manifestaron haber intervenido a un vehículo remolcador de color rojo, azul, blanco, marca Volvo, modelo F guion doce, cuatro por cuatro, con placa de rodaje número B3Q–943, conducido por Jhony Correa Ponce y al lado derecho (asiento del copiloto) estaba el acusado Juan Dávila Olivera, porque transportaban bidones de hidrocarburos derivado del petróleo (gasolina y petróleo, con un peso de dos mil kilos con ciento ochenta y cuatro gramos de hidrocarburos-Petróleo), sin autorización correspondiente para el transporte de insumos químicos en zona sujeta al régimen especial. Al encontrarse los bidones dentro de la carga y en el fondo del vehículo, debidamente camuflados con sacos de abono sintético, y al solicitarles documentos de IQPF solo les entregaron dos guías de remisión y dos guías de remitente de los fertilizantes.

C. Como se encontraba en una zona de régimen especial se comunicó al Fiscal, quien ordenó que trasladen el vehículo y a las personas a las instalaciones del DEPOES-CIQPF-Huánuco.

D. Por estos hechos, la Fiscalía acusó a Jhony Correa Ponce y Juan Dávila Olivera por delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos, tipificado en el artículo 296-B del Código Penal.

SEGUNDO. Que el auto de vista impugnado en casación precisó que las partes mostraron su conformidad con el auto de tres de octubre de dos mil dieciséis, aunque la Procuraduría se reservó el derecho de impugnar. Refirió que la Fiscalía Superior en la audiencia de apelación estimó que el auto de primera instancia constituiría un acto ilegal porque se habría contravenido el principio de autonomía del Ministerio Público como órgano titular de la acción penal; así como que no todos los derechos constitucionales resultan ilimitados o absolutos, sino son relativos, teniendo en cuenta la propia participación del Fiscal. Acotó que si bien la Fiscalía Provincial se allanó al auto que devolvió la acusación para su adecuación típica, ya no podría instar la nulidad de acusaciones luego de cuatro meses. Agregó que si se aceptara tal posición, resultaría una puerta abierta a una inseguridad jurídica de todos los sujetos procesales en un proceso penal. Añadió, finalmente, que el artículo 151, inciso 3, del

Ir al índice

Código Procesal Penal estatuye que: *"la solicitud de nulidad debe ser interpuesta dentro del quinto día de concedido el defecto".*

TERCERO. Que, ahora bien, como se sabe, corresponde exclusivamente al Ministerio Público no solo promover la acción penal dictando la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (artículo 336 del Código Procesal Penal), sino además introducir la pretensión penal a través de la acusación fiscal. Según el artículo 349 del Código acotado, la acusación fiscal no solo debe formular una relación clara y precisa del factum y la relación de circunstancias que correspondan, sino además debe precisar el artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, la cuantía de la pena que se solicite y las consecuencias accesorias.

∞ La pretensión penal, entonces, desde el principio acusatorio –que integra la garantía del debido proceso– en el ámbito de los requisitos objetivos, respecto de la causa de pedir, se refiere (***i***) al hecho punible (fundamentación fáctica) –enunciar un relato fáctico desde la perspectiva de la ley penal aplicable, cuya exigencia se circunscribe a un hecho típico y a la homogeneidad del bien jurídico–; y, (***ii***) al título de condena –la fundamentación jurídica, con la relatividad que corresponda y la posibilidad de modificar el título acusatorio a partir de la homogeneidad del bien jurídico entre ambos tipos penales– [GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Penal, Segunda Edición, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 300-304]. Y, en lo atinente a la petición, debe pedir la sanción penal respectiva y, si correspondiere, las consecuencias accesorias – el órgano jurisdiccional, en este caso, está obligado, bajo determinados límites, al no imponer una sanción superior a la pedida por el Ministerio Público (artículo 397, numeral 3, del Código Procesal Penal).

∞ Como se advierte de lo expuesto, los posibles cambios –casi nulos respecto de la fundamentación fáctica, y relativos respecto a la fundamentación jurídica (planteamiento de la tesis) y a la petición o *petitum*–, solo tienen lugar en la sentencia, nunca antes. Luego, no cabe solicitud alguna, de previo y especial pronunciamiento y que genere un incidente procesal, para que se altere algún ámbito de la acusación –el fiscal, y solo él, es quien introduce la pretensión procesal–. Desde luego, desde el objeto del debate y conforme al principio de exhaustividad el juez tendría una mayor posibilidad para un pronunciamiento acerca del título de condena en la medida que el imputado cuestione la tipificación del fiscal.

CUARTO. Que el control judicial de la acusación fiscal tiene un marco expreso, autorizado por el artículo 350, numeral 1, del Código Procesal Penal. Las demás partes procesales, desde una perspectiva formal, según el literal a), pueden observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección; y, desde la perspectiva material, conforme al literal d), están facultadas a pedir el sobreseimiento.

∞ Los defectos formales, desde luego, no inciden en el juicio de tipicidad (indicación del tipo delictivo correspondiente con base en el *factum* del requerimiento acusatorio) ni en el juicio de imputación (elementos de convicción que justifiquen una sospecha suficiente acerca de los cargos), que se dilucidan en la sentencia tras el juicio oral.

∞ Los defectos formales son materia de corrección inmediata, e importan omisiones patentes en el relato de hechos, en la identificación del imputado, en la mención y análisis propio

Ir al índice

de la justificación acusatoria, así como en las citas legales respectivas; además, algún incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 349 del Código Procesal Penal.

∞ No cabe, por tanto, en esta fase procesal –intermedia– cuestionar las bases probatorias de la acusación y sobre esa base solicitar un cambio de tipo penal o una modificación de la pena. Estas objeciones son defensas de fondo, no formales, por lo que es inadmisible plantearlas y, menos, aceptarlas en sede intermedia.

QUINTO. Que, en el presente caso, en la audiencia de control de acusación la parte acusada planteó como moción que la Fiscalía realizó una tipificación incorrecta de los hechos relevantes, pues sería el delito tributario de comercio clandestino de mercadería o productos sujetos a control (artículo 272 del Código Penal), y no el delito acusado de tráfico ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (artículo 296-B del Código Penal), que es uno de tráfico ilícito de drogas, que a su vez integra los delitos contra la salud pública. Llama la atención este mandato, primero, porque vulnera el principio acusatorio por cuanto entre ambos tipos penales no existe homogeneidad de bien jurídico vulnerado; y, segundo, porque el relato fáctico de la acusación es compatible con la tipificación respectiva.

∞ El Juez de la Investigación Preparatoria, sin atender a los límites y sentido de las mociones reguladas en el artículo 350, apartado 1, de la Ley Ritual, y en base a un análisis probatorio a partir de lo cual estimó la inexistencia de pruebas acerca de elemento "[…] *para ser destinadas a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas…"*, según exige el artículo 296-B del Código Penal, amparó la observación de las partes acusadas y dispuso que se adecue el tipo penal acusado y, como es obvio, parcialmente los hechos –lo que es grave–.

∞ Acreditar si el propósito de los imputados era la elaboración de drogas toxicas o no es un punto, vista la calificación fiscal, que debe dilucidarse en el juicio oral. Es un tema de fondo, probatorio, no formal vinculado a alguna omisión o defecto procesal.

∞ El Juez de Investigación Preparatoria quebrantó la norma procesal y afectó los poderes de persecución del Ministerio Público concretados en la acusación fiscal y en el objeto del proceso. La garantía del debido proceso, al alterar, esencialmente la legalidad procesal penal, ha sido inobservada.

SEXTO. Que es verdad que la Fiscalía Provincial no impugnó la resolución del Juez de Investigación Preparatoria. Pero, a nivel interno del Ministerio Público, se produjeron incidencias procesales y una discusión sobre el particular, hasta que el Fiscal Superior insistió en la posición originaria del Fiscal Provincial y le ordenó se ratifique en ese inicial punto de vista jurídico e inste la anulación de las actuaciones.

∞ Sin embargo, más allá de lo anotado, la nulidad procesal promovida por el Ministerio Público se sustenta en una nulidad absoluta o insubsanable –no en una nulidad relativa–. En el *sub-lite* se vulneró una garantía del proceso penal, como es el debido proceso –el principio acusatorio y el derecho de eficacia de la serie procedimental (se alteró, respecto a este último derecho, las reglas básicas de funcionamiento de la etapa intermedia y su diferencia con la

Ir al índice

etapa principal de enjuiciamiento– (artículo 150, literal 'd', del Código Procesal Penal). Esta nulidad no es convalidable –no es de aplicación el artículo 151 del Código Procesal Penal porque no se trata de una nulidad relativa o subsanable– y se debe renovar la realización de la etapa intermedia. Se quebrantó el precepto procesal antes mencionado; y, no se atendió debidamente a las exigencias típicas del artículo 296-B del Código Penal.

∞ Por tanto, el recurso de casación de las partes acusadoras (Fiscalía y Procuraduría) deben ampararse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** los recursos de casación por infracción de precepto material y quebrantamiento de precepto procesal interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUÁNUCO y por el abogado de la PROCURADURÍA PÚBLICA ENCARGADA DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR contra auto de vista de fojas doscientos ochenta y tres, de cuatro de octubre de dos mil diecisiete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos treinta y seis, de veinte de junio de dos mil diecisiete, declaró infundada la nulidad de actuados deducido por la Fiscalía contra el auto, de fojas doscientos treinta y cuatro, de tres de octubre de dos mil dieciséis, que devolvió la acusación escrita a la Fiscalía para que adecue el tipo penal al de comercio clandestino del artículo 272, numerales 1 y 4, del Código Penal; en el proceso seguido contra Jhony Correa Ponce y Juan Dávila Olivera por delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados para elaboración de drogas en agravio del Estado. **II. CASARON** el auto de vista de fojas doscientos ochenta y tres, de cuatro de octubre de dos mil diecisiete; y, actuando como instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia de fojas doscientos treinta y seis, de veinte de junio de dos mil diecisiete, que declaró infundada la nulidad de actuados deducido por la Fiscalía; reformándolo: declararon **FUNDADA** dicha nulidad. **III.** En consecuencia, **NULO** el auto, de fojas doscientos treinta y cuatro, de tres de octubre de dos mil dieciséis, que devolvió la acusación escrita a la Fiscalía; y, **ORDENARON** vuelva a realizarse la etapa intermedia del proceso penal, teniendo presente obligatoriamente lo expuesto en la presente sentencia; sin costas. **IV. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CASTAÑEDA ESPINOZA
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

EL CONTROL FORMAL DE LA ACUSACIÓN CASACIÓN N° 1450-2017-HUÁNUCO

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
FRANK CARLOS VALLE ODAR[1]

SUMILLA:

El autor analiza la Casación N.° 1450-2017/Huánuco, sobre todo respecto a los límites del denominado "control formal" de la acusación. Utiliza los criterios establecidos por la Corte Suprema para, a partir de ahí, desarrollar tanto aquello que está permitido como aquello que debe ser prohibido en el primer control de la acusación fiscal.

1. INTRODUCCIÓN.

Con fecha 23 de abril de 2019, la Corte Suprema emitió una importante ejecutoria, se trata de la Casación N.° 1450-2017/Huánuco, sobre la cual se aborda, en concreto, cuestiones sobre el control formal de la acusación fiscal, estableciendo ciertos límites a la actuación, sobre todo del juez de investigación preparatoria, a efectos de infringir derechos o ir más allá de las funciones que la ley le franquean.

En esta casación, se pueden observar algunas circunstancias que ocurren en el debate, en la denominada audiencia preliminar, en el primer control, sobre el cual debe recaer meramente sobre cuestiones que no requerían una discusión extensa ni subsanaciones reiteradas o tediosas, sino únicamente sobre temas puntuales cuya aclaración, incluso puede acontecer en el mismo acto de la audiencia.

Para el caso que nos ocupa, no solo se trató de una observación de fondo, pues se exigió al Ministerio Público la variación de la calificación jurídica de los hechos acusados sino también de una extensión totalmente innecesaria de la audiencia de control sobre temas que no correspondían, ya que suspendió por dicha razón.

De esta manera, abordaremos y desarrollaremos la temática planteada por la casación, con la finalidad de aportar hacia una mejor práctica en las audiencias de control de la acusación fiscal.

2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS.

2.1. El problema planteado en la casación.

De acuerdo a la ejecutoria bajo análisis, el problema planteado surge en la audiencia

1 Abogado por la Universidad Señor de Sipán (Chiclayo). Abogado penalista.

Ir al índice

de control de acusación. La parte acusada planteó, como una suerte de moción, que el requerimiento acusatorio presentaba una subsunción incorrecta de los hechos, señalando que no se trataría del delito de tráfico ilícito de insumos químicos (art. 296-B del CP) sino de un delito tributario de comercio clandestino de mercadería o productos sujetos a control (art. 272 del CP).

De esta manera, el juez de investigación preparatoria, en la audiencia respectiva y en fase de control formal, amparó el cuestionamiento de la parte acusada y dispuso que el fiscal adecúe el tipo penal.

El problema planteado, sin duda, nos lleva al análisis del control formal del requerimiento acusatorio y sus límites. Para efectos prácticos, desarrollaremos los puntos destacados de esta sentencia casatoria respecto al tema, pasando por las permisiones y prohibiciones que allí se establecen, hasta las sanciones procesales que acarrea su incumplimiento, como lo es la devolución del requerimiento acusatorio para que sea subsanada.

2.2. El control formal de la acusación.

De acuerdo al Código Procesal Penal, en su artículo 349, prevé el contenido y requisitos que todo fiscal debe cumplir para emitir un requerimiento de acusación.

Artículo 349.- Contenido.

1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

a) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;
d) La participación que se atribuya al imputado;
e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;
g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y,
h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

2. La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

Ir al índice

3. En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

4. El Fiscal indicará en la acusación 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.

De aquí se derivan tres tipos de control por los que debe pasar todo requerimiento acusatorio. Se trata del control formal, control sustancial o material y el denominado control probatorio. Para el presente análisis, nos interesa el primero de cara a los criterios recientes en la jurisprudencia peruana, como es el caso particular de la Casación N.° 1450-2017/Huánuco.

El control formal, como se sabe, pretende sanear cuestiones de forma, que no requieren una discusión compleja, encaminada siempre a clarificar el marco de imputación y otros datos importantes para que el requerimiento quede listo para un debate de fondo (excepciones o sobreseimientos).

Resulta trascendente verificar cuál es ese margen de permisión que autoriza la norma procesal y que puede ser materia de discusión en este tipo de control. Para ello, hemos extraído y clasificado —de acuerdo a la casación bajo análisis— aquello que sería "lo permitido" y "lo prohibido" en una audiencia como esta.

2.2.1. Lo permitido.

A. Observación de omisiones patentes en el relato fáctico.

Como bien señalada la sentencia de casación, para poder efectuar un control formal sobre los hechos acusados, estos deben ser patentes, evidentes, notorios, de tal manera que no generen discusiones complejas con debates extensos e innecesarios. Este tipo de control no persigue que el fiscal cambie los hechos, sino que aclare ciertos puntos que podrían ser ambiguos, confusos o imprecisos.

Desde luego, las observaciones al relato fáctico expuesto por el representante del Ministerio Público deben estar circunscritos a, por ejemplo, la omisión de una secuencia lógica en el relato, sobre la especificación de los hechos precedentes, concomitantes y posteriores. Cuestionamientos sobre la falta de precisión del espacio temporal de ocurrencia de los hechos —que puede tratarse de una fecha específica o un rango de fechas—, con mención del acto ejecutado por el imputado y, si son varios, la especificación del rol e intervención de cada uno el hecho criminal, la individualización de la conducta de cara una imputación necesaria.

En este punto, conviene destacar que los temas referidos a la imputación necesaria, sobre todo en casos de prueba indiciaria, también deben ser evaluados en la fase de control formal,

Ir al índice

que si bien no es exigible un rigor estricto del tema, si es posible pedir al fiscal del caso un margen de precisión de los términos imputativos, en lo esencial.

Al respecto, resulta ilustrativo lo que señala el profesor Reyna Alfaro:

> Se piensa incorrectamente que la estructuración del requerimiento fiscal acusatorio respecto del hecho (en tópicos que aborden las circunstancias precedentes, circunstancias concomitantes y circunstancias posteriores) supone el cumplimiento de la exigencia de identificación del hecho objeto de acusación.
>
> La satisfacción de la exigencia de imputación necesaria tiene más que ver con la capacidad de describir el hecho atribuido de forma temporal y espacial y la posibilidad de establecer cómo es que aquél supone la realización de la totalidad de elementos componentes del tipo penal.
>
> Precisamente esta circunstancia explica la razón por la cual se exige que en los casos en los que exista pluralidad de hechos imputados, estos se describan de forma independiente. Las exigencias de concreción suficiente no decaen en estos casos, lo que es fácil de advertir a partir de la referencia legal a la necesidad de referencia al "detalle" de cada una de las imputaciones[2].

No se trata, desde luego, de una exigencia rigurosa como es imperativo a nivel de juicio oral, pero sí debe quedar claro si se trata de una imputación por prueba directa o de prueba por indicios, respetando en lo mínimo un desarrollo explicativo donde se pueda conocer, en esencia, cuáles son esos indicios sin entrar en verificaciones sobre su fundabilidad o corroboración (que corresponde al juzgamiento) sino únicamente sobre su existencia y mención para fines de un respeto al derecho de defensa.

Como bien precisa Iberico Castañeda, en esta sub-etapa "en estricto sentido no se trata de un acto propio de contradicción porque no se contrapone una verdad distinta a la afirmada por el fiscal o se niega la misma, solo se busca que enmiende los errores incurridos"[3].

B. Observación por omisiones en la identificación de las partes.

Resulta claro que el requerimiento acusatorio debe contener los datos de identificación del imputado y, en general, de todas las partes procesales (agraviado, tercero civilmente responsable, actor civil, etc.). De no existir esta información en el requerimiento fiscal, ésta debe observarse y solicitar una subsanación por parte del Ministerio Público.

Los datos de identificación, conforme lo indica el artículo 349, inciso 1, literal a) del Código Procesal Penal, no son otros que los señalados por el artículo 88, inciso 1, del mismo cuerpo

2 IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. *La etapa intermedia.* Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 165.

3 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de derecho procesal penal.* Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 80.

Ir al índice

legal (se entiende los del literal a). El requerimiento escrito, en cuanto al imputado, debe contener: Nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, lugar y fecha de nacimiento, edad, estado civil, profesión u ocupación, domicilio real y procesal, principales sitios de residencia anterior, así como nombres y apellidos de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive.

La ausencia de uno de estos datos implica, sin lugar a dudas, un defecto formal que puede subsanarse en la fase escrita de la etapa intermedia, previa al traslado del requerimiento a las partes o, incluso, en la misma fase oral. Es decir, al momento de la oralización del requerimiento acusatorio, en tanto se cuente en dicho acto con el dato omitido, caso contrario se deberá suspender la audiencia para la subsanación respectiva.

Ahora bien, este tipo de control también puede servir para subsanar, como bien destaca Iberico Castañeda, aquellas infracciones al "principio de congruencia, lo que ocurre cuando se verifica que el fiscal hace alusión a hechos y a personas distintas a los que fueron objeto de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria"[4]. Esto guarda lógica correspondencia normativa con el artículo 349.2 del Código Procesal Penal.

C. Observaciones sobre las citas legales.

Es permisible que en esta fase del control formal se puedan observar o solicitar las presiones correspondientes respecto a ciertas citas normativas que realiza el Ministerio Público en su requerimiento. Por ejemplo, las leyes y artículos específicos aplicables al caso, no basta señalar una norma sino que debe especificarse que parte de ella es la que pretende utilizar Fiscalía. Para Reyna Alfaro:

> Es evidente la trascendencia del artículo 349 del CPP, cuyos efectos además de estar relacionados directamente con el derecho de defensa (a través del reconocimiento de la base legal aplicada podrán las partes debatir adecuadamente en torno a su concurrencia o inconcurrencia), tiene relación con la determinación de la ley penal aplicable[5].

Este tipo de observaciones suele ser muy útil cuando el requerimiento subsume los hechos en un determinado delito, pero no especifica la modalidad o elementos (normativos o descriptivos) que establece la norma penal. Un delito puede tener varias modalidad o formas, así como varios elementos normativos o descriptivos, siendo un deber del persecutor penal detallarlos en su requerimiento. Lo mismo ocurre con las agravantes o atenuantes, no como mera remisión al inciso o apartado, sino destacando el supuesto que se aplica al caso concreto.

4 IBERICO CASTAÑEDA, F. *Op. Cit.*, p. 166.
5 REYNA ALFARO, L. *Op. Cit.*, p. 84.

Ir al índice

2.2.2. Lo prohibido.

A. Juicio de tipicidad.

No es posible, como bien señala la casación comentada, que se someta a debate, expresa o tácitamente, cuestionamientos sobre la atipicidad (absoluta o relativa) de los hechos imputados. Esta función, le corresponde netamente al siguiente control (sustancial o material), en tanto que lo idóneo para ello son el sobreseimiento o la excepción de improcedencia de acción.

Un cuestionamiento inválido, dentro del control formal, será aquel que pretenda forzar un cambio del tipo penal, so pretexto de una aparente mala subsunción normativa. Como ha ocurrido en el caso resuelto por la casación comentada, la defensa hizo un cuestionamiento en esa línea, ocasionando que el juez de garantías le dé la razón y ordene o insinúe al fiscal un cambio en la tipificación del hecho, lo que es grave en tanto el monopolio de la acción penal la tiene el Ministerio Público.

Como ya habíamos precisado, lo que sí es posible cuestionar u observar son temas de mera remisión normativa, sobre la aclaración de la norma aplicable o el supuesto de hecho (modalidad) sobre la que recae la conducta imputada. Ir más allá significa, pretendiendo un cambio de tipificación o, incluso un sobreseimiento resulta inadmisible y debe ser rechazado de plano por parte del juez, evitando que la audiencia se prolongue innecesariamente.

B. Juicio de imputación.

Otra moción prohibida en el control formal, está referida a la introducción de un debate sobre los términos de la imputación, pretendiendo variarlos o modificarlos. Como corresponde, solo podría ser posible una observación con fines aclaratorios, en tanto la atribución de hechos sea esencialmente suficiente para su comprensión.

Ocurre con mucha frecuencia, sobre todo en casos complejos de crimen organizado y delitos de corrupción, que se cuestione temas relativos a la indicación de los indicios en el marco fáctico. Si bien esta no resulta una obligación para el Ministerio Público, siempre será ideal que esa mención sea expuesta, aunque también es válido que dada la claridad de los hechos y atribuciones individualizadas haga evidente una imputación razonable que no requiera el uso de una metodología como el de la prueba indiciaria, por ejemplo.

C. Análisis probatorio.

Desde luego, tampoco está permitido efectuar un análisis de los elementos de convicción aportados por el Ministerio Público en su requerimiento. Forzar un debate como ese y, que el juez así lo permita, significaría convertir una audiencia, en fase de saneamiento formal, a una de juicio oral.

Siempre es posible, desde luego, pedir una aclaración de cara a un entendimiento completo de la pretensión penal, pero no más. Por último, corresponde sí, un debate no tan complejo

Ir al índice

si existiera, por ejemplo, un pedido de sobreseimiento bajo la causal de déficit de prueba (art. 344.2.d NCPP), pero esto en el control sustancial. Otras cuestiones sobre pertinencia, conducencia y utilidad de cada uno de los medios de prueba tienen su discusión casi al final de la audiencia preliminar, vía control probatorio.

2.2.3. La devolución del requerimiento.

A propósito de las observaciones formales y las decisiones judiciales, suele ocurrir con relativa frecuencia que se devuelven los requerimientos acusatorios al Ministerio Público, otorgándole un plazo perentorio para la subsanación correspondiente (art. 352.2 NCPP). Sin embargo, luego de ello acontecen algunas situaciones que merecen atención:

A. Devoluciones reiteradas.

No resulta apropiado ni práctico que el juez de garantías devuelva una y otra vez el requerimiento fiscal porque considera que no corrigió o subsanó debidamente, tampoco porque luego de la primera subsanación advierta "nuevos defectos".

Así, de acuerdo con el destacado procesalista penal, Gonzalo Del Río Labarthe:

> [L]a audiencia preliminar que se ocupa del control formal tiene que ser ágil y no debe presentar mayores problemas, no tiene sentido devolver la acusación para luego las partes planteen un nuevo control formal que obligue a una segunda subsanación, integración o corrección de la acusación[6].

Debemos recordar también, como bien lo destaca la casación bajo comentario, que el juez de investigación preparatoria infringe el principio acusatorio cuando varía o pretende variar la imputación del Ministerio Público. Devolver las acusaciones de forma reiterada solo da cuenta de una voluntad de forzar un cambio en los términos imputativos, que no es la idea de la etapa intermedia, como tampoco existe fundamento legal para ello. En consecuencia, esta práctica debe ser desterrada.

B. Subsanaciones extralimitadas.

Del otro lado, están las extralimitaciones que puede cometer el Ministerio Público luego de haberse devuelto su requerimiento para efectuar ciertas aclaraciones. Como es evidente, una vez que el juez ordena la subsanación de ciertos puntos, éste los precisa en su resolución (oral, por cierto) para que el fiscal los absuelva dentro del plazo legal.

Este mandato judicial sobre los defectos a subsanar son limitados, específicos, y de los cuales el representante del Ministerio Público no se puede desvincular, y peor aún, no se puede extralimitar y utilizar la devolución del requerimiento para realizar otros cambios, fuera

6 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima: Ara, 2010, p. 168.

Ir al índice

del mandato judicial. Por ejemplo, aprovechar para ingresar un nuevo medio de prueba, inexistente en el requerimiento original.

Realizar este tipo de acciones, no solo desnaturalizar la norma procesal que autoriza la devolución de los requerimientos acusatorios (art. 352.2 NCPP), en el entendido que solo debe ocurrir para puntos muy específicos y concretos, sino que además operaría una mala fe procesal y se utilizaría esta figura no para las subsanaciones sino para incorporar medios probatorios fuera del plazo que otorga el artículo 350 del Código Procesal Penal. Así pues, esta es otra práctica que debe ser prohibida e inaceptable en cualquier caso.

3. PARTE RESOLUTIVA DE LA CASACIÓN.

La Sala Penal Permanente de Corte Suprema, en la Casación 1450-2017/Huánuco, resolvió lo siguiente:

I. Declararon FUNDADO los recursos de casación por infracción de precepto material y quebrantamiento de precepto procesal interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUÁNUCO y por el abogado de la PROCURADURÍA PÚBLICA ENCARGADA DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR contra auto de vista de fojas doscientos ochenta tres, de cuatro de octubre de dos mil diecisiete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos treinta y seis, de veinte de junio de dos mil diecisiete, declaró infundada la nulidad de actuados deducido por la Fiscalía contra el auto, de fojas doscientos treinta y cuatro, de tres de octubre de dos mil dieciséis, que devolvió la acusación escrita a la Fiscalía para que adecue el tipo penal al de comercio clandestino del artículo 272, numerales 1 y 4, del Código Penal; en el proceso seguido contra Jhony Correa Ponce y Juan Dávila Olivera por delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados para elaboración de drogas en agravio del Estado.

II. CASARON el auto de vista de fojas doscientos ochenta y tres, de cuatro de octubre de dos mil diecisiete; y, actuando como instancia: REVOCARON el auto de primera instancia de fojas doscientos treinta y seis, de veinte de junio de dos mil diecisiete, que declaró infundada la nulidad de actuados deducido por la Fiscalía; reformándolo: declararon FUNDADA dicha nulidad.

III. En consecuencia, NULO el auto, de fojas doscientos treinta y cuatro, de tres de octubre de dos mil dieciséis, que devolvió la acusación escrita a la Fiscalía; y, ORDENARON vuelva a realizarse la etapa intermedia del proceso penal, teniendo presente obligatoriamente lo expuesto en la presente sentencia; sin costas.

IV. DISPUSIERON se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por vacaciones del señor juez supremo Sequeiros Vargas. HÁGASE saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ir al índice

4. CONCLUSIONES.

- La Casación 1450-2017/Huánuco, aunque no es vinculante, sienta pautas importantes para operadores jurídicos de este sistema. No corresponde al abogado formular observaciones sobre el juicio de tipicidad, pretendiendo un cambio de calificación jurídica, vía el control formal de una acusación. Menos, corresponde al juez de garantías aceptar esa observación y ordenar expresa o tácitamente que el fiscal cambie los términos de la imputación.

- Es importante, en coherencia con lo explicado, que tanto los fiscales como los jueces, y también los abogados defensores, coadyuven a la ejecución de buenas prácticas en las audiencias de control de acusación, siendo un deber implícito de todos que, por ejemplo, los controles de forma de la acusación no resulten convirtiéndose en debates de fondo. Así pues, bien precisa el profesor Salinas Siccha que:

> Los fiscales tienen la obligación de ser diligentes y cuidadosos al momento de efectuar un requerimiento fiscal, no obstante, en la etapa intermedia, los vicios o errores formales de un requerimiento de sobreseimiento o de acusación, puestos en evidencia, deben ser corregidos para evitar que la decisión judicial devenga en inválida[7].

7 SALINAS SICCHA, Ramiro. *La etapa intermedia y resoluciones judiciales*. Lima: Grijley, 2014, p. 105.

Ir al índice

11

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO CASACIÓN N.° 1503-2017/TUMBES
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Sumilla. Terminación anticipada y audiencia de prisión preventiva.

1. El proceso de terminación anticipada, más allá de que obedece a una máxima de simplificación procesal, tiene su propia sustantividad y debe plantearse en forma. **2.** En los casos en que el Estado resulte agraviado por la comisión de un delito, como su defensa corresponde a la Procuraduría Públicas del Estado, órgano público de relevancia constitucional que tiene un domicilio oficial de conocimiento notorio, a fin de que la defensa de los intereses legítimos del Estado pueda consolidarse, requiere que la Fiscalía y, en su caso, el órgano jurisdiccional le notifique oportunamente las actuaciones procesales que tendrán lugar en una determinada causa. **3.** Si media desistimiento del requerimiento de prisión preventiva, objeto de la diligencia, ésta concluye definitivamente. No puede aprovecharse para realizar actos distintos del que fue su objeto. **4.** La notificación a la Procuraduría debe permitir, desde la perspectiva del plazo razonable, que ésta rápidamente decida si se constituye en actor civil, para lo cual debe conocer de las actuaciones realizadas y tener un tiempo mínimo necesario para definir sus posibilidades de intervención -la garantía de defensa así lo exige (artículo IX, apartado 1, del Código Procesal Penal). Es de recordar que existe, asimismo, y conforme a la garantía el debido proceso, un derecho a un juicio sin prisas excesivas (STEDH Makhif Abdemmazack, de diecinueve de octubre de dos mil cuatro).

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, cinco de febrero de dos mil diecinueve

Ir al índice

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional (tutela jurisdiccional y defensa procesal) y quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la Abogada Adscrita a la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior relativos al delito de tráfico ilícito de drogas contra la sentencia de vista de fojas ciento cuatro, de quince agosto de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y uno, de veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete, aprobó el acuerdo de terminación anticipada celebrado entre el Ministerio Público y el imputado YONNER YOEL RAMÍREZ CHORRES, quien fue condenado como autor de delito de microcomercialización de drogas en agravio de la sociedad -debe entenderse que es el Estado-, a tres años y siete meses de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de tres años, y al pago de ciento ochenta días multa, así como fijó en mil trescientos cincuenta soles el pago por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias condenatorias de mérito declararon probado que el día dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, como a las diez de la mañana, el personal policial de la Comisaría de El Tablazo, en circunstancias en que realizaban una operación policial a la altura de la avenida Universitaria, Pampa Grande, distrito, provincia y departamento de Tumbes, se les acercó una persona de sexo femenino, quien les manifestó que un hombre estaba vendiendo droga a la altura de la calle Simón Bolívar, cuadra dos. Es así que dichos efectivos policiales se constituyeron al lugar indicado y una vez allí divisaron a una persona de sexo masculino con las características señaladas por la mujer que comunicó el hecho, el cual al notar la presencia policial emprendió la huida, pero tras la persecución fue capturado -se trataba del imputado Ramírez Chorres-. Al efectuarle el registro personal se le encontró ochenta y cinco gramos de marihuana en una bolsa plástica de color blanco de polietileno, por lo que fue trasladado a la dependencia policial para las investigaciones respectivas.

SEGUNDO. Que contra la sentencia de primera instancia la Abogada Adscrita a la Procuraduría Pública del Estado interpuso el recurso de apelación de fojas cuarenta y nueve, de diecisiete de abril de dos mil diecisiete. La impugnación, previo trámite de ley, fue desestimada mediante sentencia de vista de fojas ciento cuatro, de quince agosto de dos mil diecisiete. La Procuraduría Pública del Estado, por tal razón, planteó el recurso de casación de fojas ciento treinta y nueve, de uno de setiembre de dos mil diecisiete.

TERCERO. Que la sentencia de vista recurrida sostuvo lo siguiente:

A. El fiscal puede reunirse con el imputado y su abogado defensor para evaluar un acuerdo, sin necesidad del agraviado.

B. El agraviado tiene la facultad de impugnar la sentencia aprobatoria del acuerdo de terminación anticipada.

Ir al índice

C. La participación del agraviado en la audiencia de terminación anticipada es facultativa.

D. La audiencia de terminación anticipada no puede estar condicionada a la constitución en actor civil del agraviado.

E. No existe impedimento para que la terminación anticipada sea vista en una audiencia de prisión preventiva, tal como sucede también en el proceso inmediato.

F. Si bien el acuerdo provisional no se notificó a la Procuraduría Pública, sí se le notificó la sentencia aprobatoria, al punto que pudo impugnarla.

G. El cargo de entrega de cédulas de notificación dejó constancia que la resolución número uno -que fijó la fecha y hora de la audiencia de prisión preventiva- se notificó a la Procuraduría Pública Antidrogas en su casilla electrónica, aproximadamente seis horas antes de que se lleve a cabo dicha audiencia, cuyo plazo resulta razonable y prudencial, por lo que pudo haber asistido y manifestar lo que estimaba conveniente o justificar por escrito las razones de su inasistencia. Sin embargo, ello no sucedió, de lo que se desprende su desidia.

CUARTO. Que la Procuraduría Pública del Estado en su recurso de casación de fojas ciento treinta y nueve, de uno de setiembre de dos mil diecisiete, argumentó que:

A. No se le concedió el plazo necesario para formular oportunamente su constitución como actor civil, pues se le notificó el mismo día de la audiencia de prisión preventiva y no se le notificó copia de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

B. No tuvo conocimiento del contenido del Acta de Acuerdo Provisional sobre la pena y reparación civil, por lo que se vulneró el artículo 468, numeral 3, del Código Procesal Penal y el derecho de defensa, así como la garantía de tutela jurisdiccional.

C. Se desnaturalizó la audiencia de prisión preventiva al aprobar allí el Acuerdo Provisional de terminación anticipada, que incluso impuso una suma irrisoria por concepto de reparación civil.

D. Se vulneró el artículo 127, numeral 1, del Código Procesal Penal que señala que las disposiciones y resoluciones deben ser notificadas dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas y el artículo 155 del Código Procesal Civil que dispone que las resoluciones judiciales surten efectos en virtud de su notificación hecho con arreglo a lo dispuesto en tal Código.

E. No se advirtió, específicamente, el mérito del artículo 11, numeral 1, del Código Procesal Penal -referido al ejercicio de la acción civil-; de los artículos 13 y 98 del citado Código -que aluden al desistimiento y al derecho a la constitución en actor

Ir al índice

civil-; y, el Acuerdo Plenario número 05-2009/CJ-116, que señala que la participación de la Fiscalía es por sustitución.

Estos motivos, para su examen respectivo, fueron aceptados por este Supremo Tribunal en la Ejecutoria de fojas sesenta y dos-del cuadernillo respectivo-, de tres de agosto de dos mil dieciocho.

QUINTO. Que elevada la causa a este Supremo Tribunal y cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, se expidió la Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y dos -del cuadernillo respectivo-, de tres de agosto de dos mil dieciocho, que declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional (tutela jurisdiccional y defensa procesal) y quebrantamiento de precepto procesal (Acuerdo Plenario 05-2009/CJ-l 16 y el artículo 486 del Código Procesal Penal).

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día veinticuatro de enero de dos mil diecinueve, realizada ésta con la concurrencia del Abogado Adscrito a la Procuraduría Pública del Estado, doctor Frank Zapata Ayala, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SÉPTIMO. Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal acordó pronunciar la presente sentencia de casación, en los términos que se detallarán, y señaló para la audiencia de su lectura el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el presente caso se encuadra en uno de los supuestos analizados y resueltos por el Acuerdo Plenario 5-2009/CJ-116, de trece de noviembre de dos mil nueve. Se estableció que la terminación anticipada es un proceso penal especial -muy distinto, como es obvio, del proceso común-, sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular, que atraviesa diversas fases, que van desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada hasta la realización de la audiencia principal y la emisión del auto desaprobatorio o de la sentencia anticipada.

SEGUNDO. Que como el proceso de terminación anticipada, más allá de que obedece a una máxima de simplificación procesal, tiene su propia sustantividad y debe plantearse en forma. Requiere de una solicitud -desde luego, escrita-, que puede ser conjunta entre el fiscal y el imputado; y, con arreglo al principio de contradicción, debe ser puesta en conocimiento de las demás partes por el plazo de cinco días, para que puedan pronunciarse y presentar sus pretensiones -estas, asimismo, han de plantearse por escrito-. La audiencia que se señale, previa citación a todas las partes, requiere como asistentes obligatorios al imputado y al fiscal solicitantes, y como asistentes facultativos a las demás partes (co-partes: coimputados, y contrapartes: actor civil) -lo esencial es la notificación y la fijación de la audiencia en un plazo razonable-. Si bien el acuerdo-base solo se produce entre el imputado concernido y el fiscal, sin que las demás partes tengan potestad para impedirlo con su negativa, ellas tienen

Ir al índice

el derecho legalmente reconocido de intervenir en la audiencia y deducir sus planteamientos y objeciones. Respecto de la reparación civil, el actor civil tiene un ámbito de legitimación más intenso pues no solo puede impugnar lo que se decida sobre el particular, al punto que, pese al acuerdo, la Sala Superior puede incrementar la reparación civil. Las reglas del artículo 468 del Código Procesal Penal así lo establecen.

TERCERO. Que en los casos en que el Estado resulte agraviado por la comisión de un delito, como su defensa corresponde a la Procuraduría Públicas del Estado, órgano público de relevancia constitucional que tiene un domicilio oficial de conocimiento notorio, a fin de que la defensa de los intereses legítimos del Estado pueda consolidarse, requiere que la Fiscalía y, en su caso, el órgano jurisdiccional le notifique oportunamente las actuaciones procesales que tendrán lugar en una determinada causa. En el caso del proceso de terminación anticipada, la solicitud escrita debe notificarse a la Procuraduría Pública del Estado, sin perjuicio de que se le dé la oportunidad de que pueda constituirse en actor civil, para lo cual incluso debe comunicársele la incoación de las diligencias preliminares o, en su caso, de la formalización de la investigación preparatoria. Esta es la lógica de un proceso debido o con todas las garantías que exige a su vez que las reglas de trámite legalmente previstas se cumplan acabadamente.

CUARTO. Que, en el caso de autos, la terminación anticipada surgió en el curso de una audiencia de prisión preventiva -el requerimiento fiscal es de veintitrés de marzo de dos mil diecisiete y la audiencia se realizó al día siguiente, fecha en que se notificó a la Procuraduría Pública del Estado con unas horas de anticipación-. En esa audiencia -a la que no asistió la procuraduría- se produjo un cambio de objeto: la Fiscalía se desistió del requerimiento de prisión preventiva y conjuntamente con el imputado instaron la terminación anticipada del proceso, para lo cual adjuntaron un Acta de Acuerdo Provisional, que el órgano jurisdiccional le dio trámite y dictó la sentencia de terminación anticipada que, luego, se confirmó y que es materia de recurso de casación.

QUINTO. Que es patente la desnaturalización del proceso de terminación anticipada y, además, la vulneración de las garantías de tutela jurisdiccional y de defensa procesal en perjuicio de la Procuraduría Pública del Estado. Si media desistimiento del requerimiento de prisión preventiva, objeto de la diligencia, ésta concluye definitivamente. No puede aprovecharse para realizar actos distintos del que fue su objeto.

La solicitud, individual o conjunta, de terminación anticipada, está sujeta a un trámite rigurosamente establecido en los artículos 468 al 471 del Código Procesal Penal. La notificación a la Procuraduría debe permitir, desde la perspectiva del plazo razonable, que ésta rápidamente decida si se constituye en actor civil, para lo cual debe conocer de las actuaciones realizadas y tener un tiempo mínimo necesario para definir sus posibilidades de intervención -la garantía de defensa así lo exige (artículo IX, apartado 1, del Código Procesal Penal). Es de recordar que existe, asimismo, y conforme a la garantía del debido proceso, un derecho a un juicio sin prisas excesivas (STEDH Makhif Abdemmazack, de diecinueve de octubre de dos mil cuatro). El aceleramiento procesal no puede plasmarse en perjuicio de las garantías de tutela jurisdiccional y de defensa procesal.

Ir al índice

SEXTO. Que, en tal virtud, es evidente la lesión al derecho de defensa y de tutela jurisdiccional de la Procuraduría Pública del Estado. No se respetó sus derechos e intereses legítimos. La prisa excesiva en decidir la causa infringió el derecho del agraviado y desnaturalizó el procedimiento de terminación anticipada.

El recurso acusatorio de la Procuraduría Pública del Estado debe estimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por los motivos de inobservancia de precepto constitucional (tutela jurisdiccional y defensa procesal) y quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la Abogada Adscrita a la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior relativos al delito de tráfico ilícito de drogas contra la sentencia de vista de fojas ciento cuatro, de quince agosto de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y tino, de veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete, aprobó el acuerdo de terminación anticipada celebrado entre el Ministerio Público y el imputado YONNER YOEL RAMÍREZ CHORRES, quien fue condenado como autor de delito de microcomercialización de drogas en agravio de la sociedad -debe entenderse que es el Estado-, a tres años y siete meses de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de tres años, y al pago de ciento ochenta días multa, así como fijó en mil trescientos cincuenta soles el pago por concepto de reparación civil. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: declararon **NULA** la sentencia anticipada de primera instancia; y **ORDENARON** que la solicitud conjunta de terminación anticipada se tramite conforme a las disposiciones del artículo 468 del Código\Procesal Penal. **II. DISPUSIERON** se remitan los actuados al órgano de origen para que proceda con forme a Ley, y **MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervino la señora juez suprema Iris Pacheco Huancas por licencia del señor juez supremo Aldo Figueroa Navarro. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S.s
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SEQUEIROS VARGAS
PACHECO HUANCAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

TERMINACIÓN ANTICIPADA Y AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA CASACIÓN N° 1503-2017-TUMBES

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
DALMIRO HUACHACA SÁNCHEZ[1]

SUMILLA

La Corte Suprema de Justicia estableció que dictar sentencia de terminación anticipada en una audiencia de prisión preventiva desnaturaliza el proceso de terminación anticipada y vulnera las garantías de tutela judicial y de defensa procesal.

1. Introducción

Consideramos pertinente hacer un repaso de los fundamentos de la reforma procesal penal de nuestro país antes de comentar la casación que nos convoca. De la revisión de la exposición de motivos del Código Procesal Penal (D.Leg.957), se podrá advertir que una de las diferentes razones que justifican la reforma al sistema de justicia penal en nuestro país obedece a la tendencia de la legislación comparada de *adecuar su legislación a estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derecho Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derecho humanos y Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos)*. Así como, por *razones de política legislativa, presentes también en la legislación comparada, orientadas a evitar la congestión procesal y saturación del sistema de justicia penal ordinario*, se han regulado mecanismos alternativos con el objetivo de *alcanzar la paz social* y la *pronta reparación del daño ocasionado a la víctima*[2]. Asimismo, se ratificó la apuesta por los mecanismos de simplificación desarrollados bajo el principio de consenso.[3] El objetivo del descongestionamiento del sistema judicial es que el sistema *no colapse y que menos casos lleguen al juicio* y como consecuencia de la descongestión las sentencias tengan mejor calidad[4]. Por otro lado, es pertinente resaltar el

1 Abogado, con maestría en Derecho Procesal y Solución de Conflictos por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), egresado con distinción máxima del Diplomado Latinoamericano sobre Reforma Procesal Penal de la Universidad Diego Portales (UDP) y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), ambos con sede en Santiago de Chile 2013. Curso básico en técnicas de litigación oral (2016) y Contraexamen avanzado (2017) en la California Western School Of Law. Curso sobre Competencias Pedagógicas para el Nuevo Sistema de Justicia Penal, desarrollado por el Centro de Estudios Sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho A.C.(CEEAD) México (2018). Publicaciones sobre la especialidad en México, Argentina y Perú.

2 Vásquez Acevedo, Enrique. La víctima y la reparación del daño. Revista de derechos humanos -dfensor. P.24. Disponible En: (consultado:12/03/2020) <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26927.pdf>

3 Vid. Exposición de motivos. Código Procesal Penal, D.L. 957 (2004)

4 Galicia Campos, Francisco. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y las Victimas en el Proceso Penal Acusatorio. En: Las Víctimas en el Sistema Penal Acusatorio. (Coordinadores: Carlos F. Nataren Nandayapa. Patricia Gonzales Rodriguez. Jorge Witker Velásquez) USAID -UNAM. p59. Disponible En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/20.pdf>

Ir al índice

nuevo posicionamiento de protagonista del proceso penal que se le otorga a la víctima[5], a diferencia de lo que ocurría con el modelo anterior, donde había perdido su rol activo cuando el Estado asumió la persecución penal. El Código Procesal Penal regula el tratamiento del agraviado en el titulo IV, a través del artículo 94° al 110° (agraviado, actor civil, querellante). Algunos derechos -entre tantos otros- es que se reconoce los derechos del agraviado, dentro de los cuales se encuentran el de ser informado de los resultados del proceso, el ser escuchado antes de cada decisión, el recibir un trato digno de las autoridades, etc. Desde luego que tenemos que diferenciar al agraviado ciudadano, frente al agraviado Estado[6], son dos situaciones absolutamente diferentes, pero con la misma denominación. La diferencia radica en que, en el caso del Estado, son los funcionarios públicos de la procuraduría publica quienes asumen la defensa de sus intereses, a diferencia de lo que ocurre en el caso del agraviado ciudadano -quien además sufre el agravio en forma directa-, que queda a merced de la representación del Ministerio Público -ente persecutor - o en el mejor de los casos mediante la asistencia técnica del servicio de la defensa pública cuando este no cuente con los recursos suficientes para contar con una asistencia letrada privada. Las reflexiones que haremos a lo largo del presente texto, entiéndase que está pensado en el ciudadano agraviado, que muchas veces se ve agobiado por el excesivo ritualismo que se les otorga a determinadas instituciones, pero también es un llamado a la reflexión a los funcionarios públicos que representan nuestras instituciones que administran justicia penal de coadyuvar en la construcción de un sistema penal satisfactorio para los ciudadanos y que este sea coherente con los objetivos trazados por la reforma.

El profesor argentino Gonzalo Rua señala que la transformación del sistema de justicia no solo requiere de una adecuada normativa, sino que es necesario un acompañamiento mayor que permita la transformación de las instituciones que participan en el sistema de justicia penal, la adecuación del marco teórico que posicione los fundamentos del nuevo modelo, para que no se diluya en la praxis judicial[7]. El formalismo excesivo no debe alejar al ciudadano agraviado y al imputado del beneficio de la justicia oportuna[8]. Un conflicto penal que se resuelve en un periodo prolongado, no sé en qué medida puede considerarse justicia satisfactoria para las partes en el proceso, más aún cuando su trascendencia cae por la ausencia de los agraviados en desarrollo del juicio oral[9] y su ausencia en la etapa de ejecución[10], quienes se dieron por vencidos en los primeros largos meses de búsqueda y

5 Pasará, Luis. Las Víctimas en el Proceso Penal Reformado. En: Las Víctimas en el Sistema Penal Acusatorio. (Coordinadores: Carlos F. Nataren Nandayapa. Patricia Gonzales Rodriguez. Jorge Witker Velásquez) USAID -UNAM. P. 194. Disponible En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bju/libros/9/4258/20.pdf.>

6 Y otros, como las asociaciones, ONG.

7 Rúa, Gonzalo. En. Binder. Alberto. Elogio de la audiencia oral y otros ensayos. Coordinación editorial. Poder Judicial del Estado de Nuevo León. 2014. p.5.

8 Desde luego que, en el mundo estrictamente académico, las salidas alternativas y los mecanismos de simplificación procesal son muy cuestionados, pero en el mundo real, frente a situaciones acreditadas, otorgan mejores resultados de satisfacción tanto al imputado y a la parte agraviada.

9 En la práctica muchos juicios se realizan con la prescindencia de los agraviados.

10 En la práctica también se observa casos con sentencias condenatorias, donde se establecen reparaciones civiles, pero debido a la ausencia del agraviado, estas no se cobran.

Ir al índice

esperanza, sumado a que la mayoría desconocen de los resultados del proceso penal que promovió.

El objetivo primordial del proceso penal debe estar orientado a la resolución del conflicto en un corto plazo, pero con el respeto de los derechos de las partes. Un acercamiento del imputado y el agraviado a una justicia oportuna y satisfactoria siempre debe ser el oriente que se persiga. Señala Cafferata Nores que la principal razón de la persecución penal por parte del Estado es la obligación de *garantizar el derecho a la justicia de las víctimas*, orientado a devolverles a las personas víctimas del delito el *respeto requerido para ser sujetos morales plenos, mediante un remedio institucional redignificante como es la condena penal y sus consecuencias resarcitorias con la participación del ofendido en el proceso penal*[11]. Una justicia oportuna otorga mayores probabilidades de cumplir con los objetivos de la persecución penal en beneficio del agraviado, pero también le otorga al imputado la oportunidad para asumir las consecuencias de su comportamiento con una sentencia oportuna. Por otro lado, otorga un gran alivio a nuestro sistema judicial golpeado por la sobrecarga procesal.

Los procedimientos de simplificación son *una garantía otorgada a los ciudadanos de acceder a una justicia pronta y expedita* que permita cambiar el viejo concepto del sistema retributivo enfocado en la sanción al imputado[12], dejando de lado a la parte agraviada, quien es protagonista del proceso penal y debe ser el principal custodiado por el Estado. Más allá de la afectación al bien jurídico protegido por el Estado, están los daños colaterales que sufre el agraviado como consecuencia del delito, entre los que se encuentran además la afectación emocional personal y familiar, por lo que resulta indispensable en lo posible no excedernos en exponer al agraviado en un escenario complejo lleno de reglas el cual desconoce absolutamente.

Ahora bien, luego de una introducción genérica y quizá un poco extensa y alejada del tema que nos convoca -pero reflexiva para nosotros-, debemos señalar que, tanto para las medidas de coerción como para los mecanismos de simplificación procesal -terminación anticipada- el Código Procesal Penal establece distintas reglas y una regulación por separado, atendiendo que ambas tienen finalidades distintas; una de carácter provisional, pero que sirve al principal, y la otra destinada a la emisión de una sentencia condenatoria en menor tiempo, por lo que surge la interrogante la siguiente interrogante: ¿es posible dictar una sentencia condenatoria en una audiencia convocada para prisión preventiva? y ¿si esta desnaturaliza la audiencia de terminación anticipada?

11 Véase. Cafferata Nores, José. Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Editores del Puerto. 2da edición actualizada por Santiago Martínez. p. 61.

12 Galicia Campos, Francisco. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y las Victimas en el Proceso Penal Acusatorio. Ídem. P. 63.

Ir al índice

II. Antecedentes

A continuación, procedemos a citar los fundamentos de la sentencia de vista emitida por la Corte Superior de Justicia de Tumbes y recogidos por la Corre Suprema (en adelante la Corte):

A. El fiscal puede reunirse con el imputado y su abogado defensor para evaluar un acuerdo, sin necesidad del agraviado.

B. El agraviado tiene facultad de impugnar la sentencia aprobatoria del acuerdo de terminación anticipada.

C. La participación del agraviado en la audiencia de terminación anticipada es facultativa.

D. La audiencia de terminación anticipada no puede estar condicionada a la constitución en actor civil del agraviado.

E. No existe impedimento para que la terminación anticipada sea vista en una audiencia de prisión preventiva, tal como sucede también en el proceso inmediato.

F. Si bien el acuerdo provisional no se notificó a la Procuraduría Pública, si se le notifico la sentencia aprobatoria, al punto que pudo impugnarla.

G. El cargo de entrega de cédulas de notificación dejó constancia que la resolución número uno- que fijó la fecha y hora de la audiencia de presión preventiva- se notificó a la Procuraduría Pública Antidrogas en su casilla electrónica, aproximadamente seis horas antes de que se lleve a cabo dicha audiencia, cuyo plazo resulta razonable y prudencial, por lo que pudo haber asistido y manifestar lo que estimaba conveniente o justificar por escrito las razones de su inasistencia.

III. Argumentos de la Procuraduría Pública

Los argumentos de la Procuraduría Pública, en el recurso de casación planteado el uno de septiembre de dos mil diecisiete, son:

A. No se le concedió el plazo necesario para formular oportunamente su constitución como actor civil, pues se le notificó el mismo día de la audiencia de prisión preventiva y no se le notificó copia de la disposición de formalización de investigación preparatoria.

B. No tuvo conocimiento del contenido del acta de acuerdo provisional sobre la pena y reparación civil, por lo que se vulneró el artículo 468, numeral 3, del Código Procesal Penal y el derecho de defensa, así como la garantía de tutela jurisdiccional.

Ir al índice

C. Se desnaturalizó la audiencia de prisión preventiva al aprobar allí el acuerdo provisional de terminación anticipada, que incluso impuso una suma irrisoria por concepto de reparación civil.

D. Se vulneró el artículo 127, numeral 1, del Código Procesal Penal que señala que las disposiciones y resoluciones deben ser notificadas dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas y el artículo 155 del Código Procesal Civil que dispone que las resoluciones judiciales surten efectos en virtud de su notificación hecho con arreglo a lo dispuesto en tal código.

E. No se advirtió, específicamente, el mérito del artículo 11, numeral 1, del Código Procesal Penal – referido al ejercicio de la acción civil-; de los artículos 13 y 98 del citado código- que aluden al desistimiento y al derecho a la constitución en actor civil-; y, el acuerdo plenario número 05-2009/CJ-116, que señala que la participación de la fiscalía es por sustitución.

IV. Trámite

Cumplido con el trámite de traslado a las partes recurridas, la Corte expidió la ejecutoria suprema de fojas sesenta y dos – del cuadernillo respectivo-, de tres de agosto de dos mil dieciocho, que declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional (tutela jurisdiccional y defensa procesal) y quebrantamiento de precepto procesal (acuerdo plenario 05-2009/CJ-116 y el artículo 486 del Código Procesal Penal.)

V. Fundamentos de derecho de la casación y comentarios

A continuación, desarrollaremos comentarios sobre los aspectos más resaltantes de la casación que nos convoca:

- La Corte estableció que dictar sentencia condenatoria en una audiencia de prisión preventiva desnaturaliza el proceso de terminación anticipada y vulnera las garantías de tutela judicial y de defensa procesal.

- Asimismo, señala que más allá que la terminación anticipada obedece a una máxima de simplificación procesal, tiene su propia sustantividad que debe plantearse en forma. Y que al mediar desistimiento la misma concluye, no pudiendo aprovecharse para la continuación para realizar actos distintos del que fue objeto.

- Por otro lado, señaló que en los casos en el que resulte agraviado el Estado, son las procuradurías públicas las encargadas de su defensa, por lo que la fiscalía o el órgano jurisdiccional, deben notificar oportunamente las actuaciones procesales para los fines pertinentes.

Ir al índice

COMENTARIOS

Uno de los problemas detectados en el distrito judicial de Tumbes y con reiterada incidencia en la Corte es el de la posibilidad de poder aprovechar la audiencia de prisión preventiva y convertirla en una de terminación anticipada. Así, tenemos como antecedentes la Casación No 655-2015-Tumbes, del dieciséis de agosto de dos mil diecisiete, donde la Procuraduría Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos y Pérdida de Dominio del Ministerio del Interior, recurrió a la Corte atendiendo que no había sido notificada para la audiencia de terminación anticipada y solo tenía conocimiento de la audiencia de la prisión preventiva.

La Corte, frente a lo expuesto, estableció como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos vigesimocuarto al vigésimo sexto. Entre ellos podemos advertir que el fundamento vigésimo cuarto establece que:

Distinta hubiese sido la situación, si junto a la citación a la audiencia de medida coercitiva se le hubiese notificado a la Procuraduría el acuerdo de terminación anticipada. Con el fin de darle la posibilidad de cuestionar el acuerdo extremo de la reparación civil, previa constitución en actor civil, y de esta manera, dotar al proceso de un marco de legalidad y respeto a las garantías constitucionales de carácter procesal como el debido proceso y el derecho de defensa.

Nótese que la Corte – Primera Sala Penal -, con un criterio ajustado a los objetivos de la reforma procesal penal establece que es posible la conversión del objeto siempre y cuando se cumpla con notificar conjuntamente a la notificación de la audiencia de prisión preventiva, el acuerdo de terminación anticipada y señala que no sebe realizar una interpretación errónea del artículo 468.4[13], claro que se advierte que el fundamento vigesimoquinto establece que *se debió proceder estrictamente de conformidad con el artículo 468.3 del Código Procesal Penal, que señala: 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 pretensiones.* Desde luego que este extremo podría ser incongruente con lo expuesto anteriormente, atendiendo que la procuraduría cuenta con un plazo de cinco días y la audiencia de prisión preventiva podría programarse antes. Considero que lo resaltante es que se deja las puertas abiertas para que operadores comprometidos con el sistema de justicia penal puedan participar activamente

13 "Asimismo, debió citarse a la audiencia de terminación anticipada a la Procuraduría; por lo que no es correcto interpretar el artículo 468.4, de la norma procesal, como erróneamente lo han considerado las instancias ordinarias, que la ausencia del actor civil, cuya asistencia es facultativa, justifica la falta de notificación a la precitada audiencia, pues son actos procesales distintos. En esta línea, la notificación a la instalación de la audiencia de terminación anticipada es obligatoria para todas las partes procesales, aun cuando el agraviado no se haya constituido en actor civil, al margen de si su presencia es facultativa, es decir, si no condiciona la actuación e instalación de la audiencia, en virtud a que en la misma o previa a ella, dada en la etapa investigativa en la que se encuentra, esto es, en la oportunidad procesal pertinente, podría solicitar constituirse en actor civil y ejercer las facultades patrimoniales que le otorga la norma procesal y, de esta manera, no provocar que se quede en grave estado de indefensión, como ocurrió en el presente caso.(vigesimosexto)".

Ir al índice

en la resolución del conflicto y sobre todo en conseguir el mejor beneficio para los intereses que representan.

Otro antecedente que merece traer a cita, es el contenido del recurso de casación N° 780-2015-Tumbes[14] -dieciséis de agosto de dos mil diecisiete- donde la Corte -Sala Penal Transitoria - estableció que *la Sala Superior de Apelaciones, al rechazar la solicitud de nulidad de la Procuraduría Pública, validó que el Juez de Investigación Preparatoria desnaturalizó la finalidad de la Audiencia de Prisión Preventiva homologando un acuerdo de Terminación Anticipada aun cuando no se siguió con los lineamientos para dicho proceso especial, más aun de no haberse brindado al agraviado la oportunidad de solicitar válidamente su constitución en Actor Civil; de lo que se colige que en el decurso del proceso se han conculcado los incisos 3 y 4 del artículo 468 del Código Procesal Penal. Que, ante la grave afectación del debido proceso y el derecho de defensa, se debe retrotraer la causa al estadio procesal en el que la procuraduría tenga oportunidad de constituirse en actor civil y encontrarse facultado de impugnar el monto de la reparación civil, y los demás que la ley le otorga".*

A criterio de la Corte, en el presente caso se incurrió en una grave afectación al debido proceso y el derecho de defensa – formalmente correcto -, y añade -merece resaltar- que en dicha celebración se desnaturalizó la "finalidad" de la audiencia de prisión preventiva[15].

Por otro lado, tenemos el recurso de casación N° 1503-2017-Tumbes -cinco de febrero de dos mil diecinueve- que es materia del presente comentario, que nuevamente trae como problema la conversión de la audiencia de prisión preventiva en una de terminación anticipada.

En el presente caso, se convocó a la Procuraduría Publica a Cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior relativos al Tráfico ilícito de Drogas[16] a la audiencia de prisión preventiva programada para el veinticuatro de marzo de dos mil dieciséis, audiencia a la que no asistió, consecuentemente se pone en debate el desconocimiento del trámite de la audiencia de terminación anticipada, atendiendo que en el transcurso de la audiencia de prisión preventiva se produjo un cambio de objeto. La fiscalía se desistió del requerimiento de prisión preventiva y en forma conjunta con el imputado instaron la terminación anticipada del proceso y adjuntaron el acta del acuerdo provisional y el órgano jurisdiccional dio trámite y en ese acto se dictó sentencia condenatoria que posteriormente fue confirmada en la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, bajo los criterios antes citados.

De los antecedentes expuestos, se advierte que la Procuraduría Pública únicamente tuvo conocimiento de la audiencia de prisión preventiva, mas no de la terminación anticipada

14 En este caso, fue la Procuraduría Pública Adjunta a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior, relativos a Tráfico Ilícito de Drogas, con el auto de vista de fojas ciento noventa, del veintiuno de septiembre de dos mil quince.

15 Cosa distinta es, que se haya desnaturalizado la institución procesal de la prisión preventiva.

16 En el presente caso, la Procuraduría acude a la Corte Suprema de nuevo, atendiendo que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes confirmó mediante la sentencia de vista de fojas ciento cuatro, de quince de agosto de dos mil diecisiete, que confirmó la sentencia de primera instancia.

Ir al índice

del proceso, y es lo que la Corte cuestiona reiteradamente, ya que la procuraduría exige ser notificada para todo acto procesal – formalmente es correcto -.

Conforme a la introducción que hicimos, es necesario satisfacer en el proceso penal el interés de justicia del agraviado, por lo que se le debe permitir intervenir y participar activamente[17] sin limitación alguna. Distinto es que los funcionarios que representan a la entidad -Procuraduría Pública - asuman un compromiso con el sistema de justicia penal que se ve agobiado por una carga excesiva. No se trata del compromiso con el ritual establecido en la norma adjetiva o con las resoluciones ejecutorias que se obtengan, sino de un compromiso con el sistema de justicia penal.

Por ello que, desde el plano formal, la Corte correctamente estableció que en el caso materia de análisis se constató "la vulneración de las garantías de la tutela jurisdiccional y defensa procesal en perjuicio de la Procuraduría Pública del Estado, criterio que compartimos por que efectivamente se vulneraron las garantías expuestas líneas precedentes y el mismo criterio se expuso en los demás casos citados, por lo que se declaró la nulidad del proceso".

¿Se puede aprovechar la audiencia de prisión preventiva para realizar actos distintos al convocado?

La corte estableció que si media desistimiento del requerimiento de prisión preventiva, objeto de la diligencia, esta concluye definitivamente. No puede aprovecharse para realizar actos distintos del que fue su objeto. Sobre el particular, no compartimos criterio con lo expuesto por la Corte, atendiendo que se estaría exagerando el formalismo en desmedro del objetivo principal del proceso – que es la resolución del conflicto -, ya que le estaríamos cerrando las puertas a la simplificación procesal y limitando a los abogados y operadores jurídicos comprometidos con el sistema de justicia penal que actúan en consonancia con los objetivos de la reforma y son conscientes de una dura realidad que afronta nuestro sistema de justicia penal. Debemos tener presente que no en todos los distritos judiciales se presentan este tipo de inconvenientes. La práctica nos ha demostrado que existen distritos judiciales con funcionarios comprometidos con el sistema de justicia penal que asumen un rol activo en la defensa de los intereses que representan. Claro está que durante la negociación y la celebración de los acuerdos no se debe omitir a la parte agraviada y se le debe hacer partícipe del proceso penal desde el inicio con la finalidad de encontrar acuerdos satisfactorios.

La idea de una justicia pronta no debe limitar la participación de la parte agraviada en el proceso penal; por el contrario, se debe promover su participación, por lo que los operadores jurídicos deben realizar las coordinaciones necesarias para asegurar la presencia de la agraviada en el desarrollo de las primeras diligencias, las negociaciones y en la celebración de los acuerdos. Los plazos establecidos en la norma adjetiva son cuestiones formales que se pueden relajar en beneficio de la solución del conflicto y colateralmente en beneficio de la descongestión de la carga procesal y, aún más importante, en la satisfacción de la parte

17 Vid. Cafferata Nores, José. Proceso Penal y Derechos Humanos.

Ir al índice

agraviada, y con mayor relevancia cuando se trate del ciudadano agraviado que sufre la indiferencia de los que administran justicia. Todos los operadores del sistema de justicia penal debemos comprometernos en que el sistema no se recargue más y que la calidad de las sentencias de los casos que se someten a juicio alcancen altos estándares de calidad, lo que si bien es un objetivo muy exigente, por lo menos debe ser un ideal que nos inspire.

Finalmente, la Corte hace mención especial al caso de las procuradurías públicas que actúan en defensa del Estado y que estas tienen domicilio oficial de conocimiento notorio y la fiscalía y, en su caso, el órgano jurisdiccional, deben notificar oportunamente las actuaciones que tendrán lugar – diligencias preliminares, formalización de investigación preparatoria -. Por ello es que considera que, en el caso de la terminación anticipada, se le debe notificar con el acuerdo provisional de la terminación anticipada y otorgarse un plazo para que esta se constituya en actor civil y tener un rol activo en defensa de los intereses que representa. Lo expuesto son reglas que deben respetarse para todos los agraviados y no solo para las procuradurías y debe ajustarse a una dura realidad que soportan los distritos judiciales, no relajando los derechos y garantías que le asiste a la parte agraviada, sino relajando las cuestiones formales que benefician a las partes y el sistema.

Antes de concluir, debo expresar que se menciona la desnaturalización del proceso de terminación anticipada y la finalidad de la audiencia de prisión preventiva, que erróneamente puede llevarnos a pensar que se está afectando la naturaleza jurídica de las instituciones procesales mencionadas. Nada tiene que ver la posibilidad de conversión con la naturaleza jurídica de las instituciones procesales, sino con aspectos referidos a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal.

Finalmente, considero que este tipo de dificultades que enfrenta nuestro sistema de justicia penal deben ser abordados en las reuniones de las Comisiones Distritales de Implementación del CPP, atendiendo que en reiteradas oportunidades para un problema similar se acudió a la Corte y se retrotrajo el proceso. La interrogante que nos podemos plantear frente a lo expuesto es ¿si el beneficio económico obtenido por la procuraduría publica con la obtención de la ejecutoria es considerablemente mayor al monto obtenido en el acuerdo provisional? La respuesta de seguro la podemos revisar en los resultados actuales de los tres casos citados en el distrito judicial de Tumbes.

CONCLUSIONES

- No existe un criterio claro entre la Sala Penal Permanente, que considera que se desnaturaliza el proceso de terminación anticipada – fundamento quinto - frente a lo expuesto por la Sala Penal Transitoria, que considera que se desnaturaliza la finalidad de la prisión preventiva – fundamento décimo - con la conversión.

- El párrafo anterior de la presente conclusión debe comprometernos a la revisión profunda de la naturaleza jurídica de las instituciones procesales vinculadas con la casación para diferenciarlos de las reglas establecidas en el Código Procesal Penal para el desarrollo de estas.

Ir al índice

- Formalmente, las reglas establecidas en el Código Procesal Penal se deben respetar, por lo que es correcto lo expuesto por la Corte sobre ese extremo en las tres casaciones antes citadas. Cuestión diferente es que garantizado la comunicación a todas las partes – como también así lo dejo sentado la Primera Sala Penal Transitoria en el fundamento vigesimotercero -, estos puedan flexibilizar estas reglas en beneficio de la parte agraviada y de nuestro sistema de justicia penal. Esta flexibilización se debe realizar con la participación de la parte agraviada y en el caso del Estado requiere de un compromiso de los funcionarios con los objetivos de la reforma.

- Consideramos que lo expuesto por la Corte nos debe invitar a la reflexión sobre el rol que desempeñan las Comisiones Distritales de Implementación del CPP de los diferentes distritos judiciales del país, atendiendo que son quienes realmente conocen los problemas que afrontan y son quienes tienen que establecer criterios para enfrentar transversalmente este y otros problemas que afronten.

Ir al índice

12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 1690-2017
AMAZONAS

Reparación civil en casos de sentencias absolutorias y extensión del recurso

i) La declaración de responsabilidad civil debe cumplir con el mandato de motivación previsto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo. En el primer caso, luego de establecer que la responsabilidad civil que se declara es una de tipo extracontractual, se deberá expresar el ámbito de la reparación y las razones por las que concluye que se produjo: a) la conducta antijurídica, b) el daño causado, c) la relación de causalidad y d) el factor de atribución. En tanto que, al nivel cuantitativo, se deberán expresar las razones por las que se fija el *quantum* en una suma determinada.
ii) Cuando en 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.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, seis de junio de dos mi diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación por las causales de quebrantamiento de precepto procesal y vulneración a la garantía de motivación interpuesto por **Rodolfo Carlos Mendoza García**[1] contra la sentencia emitida el veintidós de noviembre de dos mil diecisiete por los señores jueces que integraron la Sala Penal de Apelaciones de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, únicamente en el extremo en el cual fijó contra Boris Alexis Gómez Gonzales y Rodolfo Carlos Mendoza García el pago solidario de S/ 60 000 (sesenta mil soles) por concepto de reparación civil a

1 El auto de calificación admitió los recursos interpuestos tanto por Rodolfo Carlos Mendoza García como por Boris Alexis Gómez Gonzales. Empero, ni este último ni su representación procesal asistieron a la audiencia de vista de casación, conducta que determina la inadmisibilidad de su recurso, de conformidad con el inciso 2 del artículo 431 del NCPP.

Ir al índice

favor de los herederos legales del agraviado, como consecuencia del proceso seguido en su contra por la presunta comisión del delito contra la vida-homicidio culposo, en perjuicio de quien en vida fue Luis Enrique Ocampo Zuta; con lo demás que al respecto contiene.

Interviino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

Sobre el quebrantamiento de precepto procesal –inciso 2 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) –, afirma que a efectos de fijar el monto de reparación civil se inobservó el artículo 1969 del Código Civil. Se aplicó mecánicamente el inciso 3 del artículo 12 del NCPP. No se actuaron medios probatorios suficientes para sustentar los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

En cuanto a la vulneración de la garantía de motivación –inciso 4 del artículo 429 del NCPP-, sostuvo que los jueces superiores no expresaron debidamente las razones por las que fijaron la reparación civil, pese a la declaración de insuficiencia probatoria de los hechos imputados. La Sala Superior expresó fundamentos de caridad a favor de los herederos del occiso, los cuales resultan ser argumentos subjetivos o parcializados. No fundamentaron las razones para declarar su responsabilidad civil.

Segundo. Imputación fáctica

Se imputa a los médicos Rodolfo Carlos Mendoza García y Boris Alexis Gómez Gonzales –anestesiólogo– haber procedido de forma negligente en la operación laparoscópica practicada a Luis Enrique Ocampo Zuta, lo cual ocasionó su deceso luego de una agonía por hipoxia[2].

Tercero. Itinerario del procedimiento

3.1. El veintiséis de febrero de dos mil catorce el señor fiscal provincial representante del Primer Despacho de Decisión Temprana de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chachapoyas formuló requerimiento de acusación contra Boris Alexis Gómez Gonzales y Rodolfo Carlos Mendoza García por la presunta comisión del delito contra la vida en la modalidad de homicidio culposo por negligencia médica –folios 2 a 46–. En consecuencia, solicitó que se les imponga la pena de dos años de privación de la libertad, así como la inhabilitación por el mismo periodo para que desempeñen el cargo de médico cirujano y anestesiólogo, respectivamente. Igualmente, que se fije en S/ 220 000 (doscientos veinte mil soles) el monto por concepto de reparación civil a favor de los herederos legales del agraviado.

2 Ausencia de oxígeno suficiente en los tejidos para mantener las funciones corporales.

Ir al índice

3.2. Superada la etapa intermedia y el juicio oral de primera instancia, el juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, el veintisiete de junio de dos mil diecisiete, emitió la sentencia en la que absolvió a Gómez Gonzales y Mendoza García de la acusación antes descrita. Contra tal decisión, el señor fiscal interpuso recurso de apelación –folios 227 a 230–, que determinó que el veintidós de noviembre de dos mil diecisiete se expidiera la sentencia de vista que confirmó la decisión absolutoria e, integrando la referida decisión, fijó, por mayoría, en S/ 60 000 (sesenta mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil.

3.3. Contra la sentencia de vista, los abogados de Boris Alexander Gómez Gonzales y Rodolfo Carlos Mendoza García interpusieron recursos de casación, que fueron admitidos en Sede Superior – folios 341 y siguiente– y, elevados a la Corte Suprema, nos avocamos al conocimiento de esta causa los señores jueces que emitimos el auto de calificación el cuatro de julio de dos mil dieciocho, en el que declaramos bien concedidos los recursos antes formulados, por las causales previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 429 del NCPP.

3.4. Cumpliendo con lo estipulado en el inciso 1 del artículo 431 del Código Procesal Penal, mediante decreto del pasado veintitrés de abril, esta Sala Suprema fijó fecha para la vista de la causa para el veintidós de mayo, en la cual intervino únicamente el abogado de Rodolfo Carlos Mendoza García. Culminada esta, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en la que se produjo el debate, en virtud del cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Respecto al quebrantamiento del precepto procesal (Inc. 2 del artículo 429 del NCPP)

1.1. La Sala Superior, luego de ratificar la absolución emitida en primera instancia, estuvo habilitada, legalmente, para fijar un monto por concepto de reparación civil, ello conforme al inc. 3 del artículo 12 del NCPP, tanto más si la impugnación la propuso el representante del Ministerio Público, quien en su momento postuló la pretensión civil en su requerimiento acusatorio.

1.2. El empleo de esta facultad no se halla en cuestión, dado que el hecho materia de juzgamiento se enfocó en un caso de presunta negligencia médica, y la absolución –penal– obedeció a la insuficiencia probatoria respecto a la causa de la muerte del agraviado, de modo tal que, a criterio del juzgado de primera instancia, ratificado en sede de apelación, no se pudo establecer si la infracción de un deber objetivo de cuidado generó el resultado lesivo materia de juzgamiento, por ende, la absolución se enmarcó

Ir al índice

en la tipicidad. No obra una declaración expresa de inexistencia del hecho, pues la muerte de Ocampo Zuta se produjo en el marco de la intervención quirúrgica en la que actuaron los ahora juzgados.

1.3. La conclusión penal –independientemente del criterio y conformidad de este Tribunal– adquirió autoridad de cosa juzgada, por cuanto no fue materia de impugnación. Sin embargo, tal aseveración no vincula el establecimiento de la responsabilidad y la fijación de un monto de reparación civil. Son pretensiones autónomas y principales, conforme a los artículos 11 y 12 del NCPP.

1.4. En tal sentido, no es amparable el agravio fundado en su absolución penal para excluirse automáticamente de la declaración de responsabilidad y obligaciones civiles. Tal planteamiento contradice la *ratio legis* del inciso 3 del artículo 12 del NCPP.

1.5. La alegada falta de aplicación del artículo 1969 del Código Civil –aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor– no incide en la aplicación indebida de la norma procesal penal que denuncia el casacionista, dado que esta regla de indemnización constituye un imperativo independiente a la emisión de una sentencia en sede penal. Por ende, su cuestionamiento no es amparable, y resulta atípico el motivo casacional denunciado.

Segundo. Respecto a la vulneración a la garantía de motivación (Inc. 4 del artículo 429 del NCPP)

2.1. La estimación de un monto de pago por concepto de reparación civil exige necesariamente el establecimiento de los responsables del daño ocasionado, quienes deberán cumplir de manera solidaria con el pago del monto que fije el Tribunal[3].

2.2. La declaración de responsabilidad civil debe cumplir con el mandato de motivación previsto en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú tanto a nivel cualitativo como cuantitativo. En el primer caso, luego de establecer que la responsabilidad civil que se declara es una de tipo extracontractual, se deberá expresar el ámbito de la reparación[4] y las razones por las que se concluye que se produjo: **i)** la conducta antijurídica, **ii)** el daño causado, **iii)** la relación de causalidad y **iv)** el factor de atribución. En tanto que, al nivel cuantitativo, la Sala Superior deberá expresar las razones por las que fija el *quantum* en una suma determinada.

2.3. Los elementos antes mencionados no han sido expresados en la sentencia de vista.

3 Artículo 95 del Código Penal. La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados.

4 Artículo 93 del Código Penal. La reparación comprende: **1)** La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y **2)** La indemnización de los daños y perjuicios.

Ir al índice

Si bien, como consta en el considerando precedente, el ejercicio de esta facultad fue legalmente válido, también es cierto que la sentencia recurrida no está motivada, debido a que en la fundamentación de este extremo, específicamente en el considerando séptimo, se inició con la transcripción de la norma procesal y sustantiva, así como los Acuerdos Plenarios signados con los números 5-2011/CJ-116 y 6- 2006/CJ-116, y los medios probatorios que determinaron la acción penal. Sin embargo, no se realizó la fundamentación del juicio de responsabilidad civil. La fundamentación posee razones genéricas que no satisfacen esta exigencia. Por tanto, surge la falta de motivación como vicio que resulta de su propio tenor, con lo cual se configura la causa prevista en el inciso 4 del artículo 429 del NCPP. Y así se declara.

2.4. Como consecuencia de ello, con reenvío, corresponde ordenar a la Sala Superior la emisión de una nueva sentencia de segunda instancia cuyo ámbito de pronunciamiento se restringirá al extremo civil, la cual cumplirá con los considerandos antes expresados.

2.5. Este extremo deberá ser extensible a favor de Boris Alexis Gómez Gonzales, de conformidad con el inciso 1 del artículo 408 del NCPP[5].

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación, por vulneración a la garantía de motivación, promovido por **Rodolfo Carlos Mendoza García** contra la sentencia emitida el veintidós de noviembre de dos mil diecisiete por los señores jueces que integraron la Sala Penal de Apelaciones de Chachapoyas de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, únicamente en el extremo que fijó contra Boris Alexis Gómez Gonzales y Rodolfo Carlos Mendoza García el pago solidario de S/ 60 000 (sesenta mil soles) por concepto de reparación civil a favor de los herederos legales del agraviado Luis Enrique Ocampo Zuta. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en el extremo antes indicado, y **CON REENVÍO** ordenaron la emisión de una nueva sentencia de segunda instancia, a cargo de un Tribunal integrado por magistrados distintos a los que emitieron la sentencia casada.

II. **EXTENDIERON** el presente recurso a favor de Boris Alexis Gómez Gonzales.

III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema.

---

5 Cuando en 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.

Ir al índice

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

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

LA REPARACIÓN CIVIL EN CASOS DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS, EL SOBRESEIMIENTO Y EXTENSIÓN DEL RECURSO CASACIÓN N° 1690-2017-AMAZONAS

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
JULIO CÉSAR TAPIA CÁRDENAS[1]

1.- Sumilla

El derecho a la debida motivación de las resoluciones *constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional*[2]. Por tal, se erige como uno de los contenidos más importantes del derecho al debido proceso, pues comprende el derecho a obtener de los organismos jurisdiccionales una respuesta razonada y lógica, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos; es decir, la fundamentación y exteriorización de lo decidido por el Juzgador lo cual importaría la materialización del mandato del artículo 139° con el inciso 5) de la Constitución.

Así, el proceso de determinación de las consecuencias jurídico-económicas del ilícito en el proceso penal[3], para lograr con ello, la restitución del bien o pago en su valor y la indemnización de daños y perjuicios que se originaron a consecuencia de un daño civil causado por un hecho que fue reputado como ilícito penal, debiera importar siempre un ejercicio de motivación por parte del Ministerio Público, actor civil y juez, más allá de actos meramente declarativos.

Por ello, corresponde reflexionar respecto del camino que se debe transitar dentro de un proceso penal, donde se emita pronunciamiento de la pretensión civil, siendo respetuoso del ya mencionado debido proceso y de todos los derechos y garantías que se ven comprometidos dentro del mismo, incluso desde los actos de investigación que realiza el Ministerio Público, para finalmente llegar a determinar judicialmente la responsabilidad civil o la inexistencia de la misma.

---

1 Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín, de la Escuela del Ministerio Público, la Academia de la Magistratura y Fiscal Adjunto Superior Penal de Arequipa.

2 STC Exp. N° 05601-2006-PA/TC, fundamento jurídico 3.

3 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Parte General.* Lima: Editorial Ideas, 2019, p.1125. Allí, el autor también afirma: *"El camino regular para hacer efectiva la pretensión civil derivada del ilícito penal sería iniciar el proceso civil, en donde el juez civil determina el daño producido y establece una reparación acorde con dicho daño. Sin embargo, evidentes razones de economía procesal aconsejan ofrecer un modelo procesal en el que ambas pretensiones (penal y civil) se solventen en un mismo proceso (el proceso penal), evitando de esta forma el denominado "peregrinaje de jurisdicciones".*

Ir al índice

2.- Análisis y comentarios a la sentencia de casación

En la sentencia de **Casación N° 1690-2017-Amazonas**, se tiene como antecedentes fácticos que, se habría imputado a los médicos Rodolfo Carlos Mendoza García y Boris Alexis Gómez Gonzales, ambos *anestesiólogos*, un proceder negligente en la operación laparoscópica practicada a don Luis Enrique Ocampo Zuta, quien falleció en dicha intervención luego de una agonía por hipoxia. Así, luego de impugnada la sentencia absolutoria de primera instancia por parte del Ministerio Público, mediante la sentencia de vista objeto de casación, se confirmó la absolución de los acusados; sin embargo, se integró aquella primera sentencia, fijándose determinado monto de reparación civil, siendo este extremo el impugnado por los sentenciados, alegando diferentes agravios, entre ellos, deficiencias en la motivación de dicha sentencia de vista.

3.- El sobreseimiento y la reparación civil

Bajo ese contexto, en el caso en concreto fue traído a debate el numeral 3. del artículo 12° del Nuevo Código Procesal Penal[4], el cual establece 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";* argumentándose, en la casación bajo comentario, que pese a la declaración del sobreseimiento de la causa, no existe impedimento para emitir pronunciamiento por parte del juez de mérito, respecto de la reparación civil, recordándonos así la innegable autonomía entre ambas pretensiones[5].

Más aún, si la absolución por delito culposo tuvo como fundamento el que no se corroboró que la infracción al deber de cuidado haya generado el resultado muerte, por lo que era factible una imputación respecto de la reparación civil por cuanto sí se sabía que la muerte de la víctima se produjo en una operación en la que intervenían los acusados[6]. Se recalcó así que, la absolución no fue consecuencia de declarar la inexistencia del delito, y así por

4 **Decreto Legislativo Nº 957**, del 29 de julio del 2004. Cabe precisar que dentro de la comunidad jurídica existe una muy difundida renuencia a continuar señalando a esta norma con la denominación de "nuevo", alegando aquellos que habiendo ya transcurrido más de diez años desde su entrada en vigencia, mal se haría en continuar llamándolo, nuevo. Al respecto, vale la oportunidad para aclarar que la denominación de nuevo se utiliza, inclusive por el sistema de legislación del Ministerio de Justicia, para diferenciarlo del otro Código Procesal Penal también vigente, aunque en limitada porción normativa y espacial, nos referimos al **Decreto Legislativo Nº 638**, del 27 de abril de 1991, del cual solo se encuentran vigentes poco más de una veintena de artículos.

5 GARCÍA CAVERO, Percy, Ibídem. Donde además señala: "Sin embargo, debe precisarse que esta unificación de pretensiones en un mismo proceso no implica que la acción penal se identifique con la acción civil, pues ambas pretensiones mantienen plenamente su independencia normativa".

6 Acuerdo Plenario N° 04-2019/CJ-116, Fundamento 26° quinto párrafo "(...) v. *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".*

Ir al índice

defecto se estableció que dicha declaración sería el único supuesto que impide la aplicación del artículo señalado[7].

Como podemos apreciar, no son pocas las circunstancias que se pueden presentar en el marco de todas las etapas de un proceso penal, respecto del extremo civil del mismo; pero es el caso que, todas y cada una de ellas, deberán merecer un pronunciamiento motivado, así lo ha reiterado la Corte Suprema en una casación posterior a la que es materia de comentario, donde respecto de la motivación del pronunciamiento de vista en cuanto al extremo de la reparación civil, fijó como regla que era necesario que la sentencia de apelación deberá expresar las razones por las que *confirma, revoca o reforma la decisión de primera instancia para afirmar la responsabilidad extracontractual así como cantidad, o forma de ejecución del monto fijado en el juzgado especializado*[8], pero también y finalmente abordó el tema en el Acuerdo Plenario 04-2019/CIJ-116, donde directamente abordó la temática de la "Absolución, sobreseimiento y reparación civil. Prescripción y caducidad en ejecución de sentencia". No obstante ello y como trataremos de mostrar en el presente comentario, existen aún ámbitos pendientes de trabajar y de reflexionar, como por ejemplo el de la exigencia de motivación no solo en los actos decisorios del proceso[9], sino y también en los ámbitos postulatorios del Ministerio Público o actor civil, según sea el caso y algunos otros más, que sometemos a consideración de la comunidad jurídica nacional.

4. La imputación de la reparación civil.

Ya ingresando en materia, cabe preguntarse, qué condiciones son necesarias para posibilitar no solo un pronunciamiento cabal respecto del extremo civil del proceso, sino que, y sobre todo, que el mismo pueda ser suficiente y correctamente motivado. En ese contexto es menester, primero, reconocer la importancia que tiene el acto de imputación[10], en cuanto garantiza la tutela procesal efectiva[11] de quien vio mermado sus derechos con un evento dañoso de

7 Dicha posición, fue asumida también en el Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116, en tanto, en el Fundamento 26° cuarto párrafo, se reconoce que la no aplicación del mandato legal respecto al sobreseimiento y la reparación civil, viene a causa de la declaración de la no existencia del hecho; de la siguiente manera: *"(...) 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 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".*

8 Casación Nº 208-2018 AMAZONAS, del 13 de junio del 2019.

9 Pronunciamientos judiciales.

10 Entendida aquella como el acto de atribución de un hecho y además de responsabilidad jurídica por aquel, la cual puede ser de naturaleza penal y/o civil.

11 El Tribunal Constitucional en la sentencia 01797-2010-PA/TC, de fecha 15 de noviembre del 2010, refirió lo siguiente: "1. La satisfacción de este derecho tiene por finalidad que las sentencias y resoluciones judiciales no se conviertan en simples declaraciones de intención sin efectividad alguna. Ello obedece al ideal de justicia material, consustancial al Estado Democrático y Social de Derecho, que emerge de los principios, valores y derechos constitucionales, requiere una concreción, no sólo con el pronunciamiento judicial que declara o constituye el derecho o impone la condena, sino mediante su efectivización o realización material, que se logra mediante el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos (...)".

Ir al índice

trascendencia penal; por cuanto, con la pena no se tutela efectivamente al perjudicado por las consecuencias que derivan de dicho daño, para ello se prevé la responsabilidad civil [12]. Así es que cabe tener presente que, como bien hace la casación materia de análisis, resulta constitucionalmente habilitado exigirse una fundamentación del juicio de responsabilidad civil, bajo los mismos parámetros que la responsabilidad penal. Para que ello acontezca, desde nuestra perspectiva, es necesario que, en razón de la etapa del proceso, en general la imputación contenga no solo el nivel de detalle y claridad que permita conocer el hecho que se imputa, sino que además se cubran con ellos, todos los elementos constitutivos del delito atribuido, pero también de la responsabilidad civil, los cuales resultan necesarios e indispensables para la determinación de una responsabilidad de dicha naturaleza.

En esa línea de ideas, la casación bajo comentario detalló en su fundamento 2.2 que:

> *"La declaración de responsabilidad civil debe cumplir con el mandato de motivación previsto en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú tanto a nivel cualitativo como cuantitativo. En el primer caso, luego de establecer que la responsabilidad civil que se declara es una de tipo extracontractual, se deberá expresar el ámbito de la reparación y las razones por las que se concluye que se produjo:* ***i)*** *la conducta antijurídica,* ***ii)*** *el daño causado,* ***iii)*** *la relación de causalidad y* ***iv)*** *el factor de atribución. En tanto que, al nivel cuantitativo, la Sala Superior deberá expresar las razones por las que fija el quantum en una suma determinada".*

En rigor, lo alcanzado por la casación son criterios que servirán de base para una adecuada motivación de la determinación de la responsabilidad civil, lo cual implicaría justificar el traspaso del peso económico que sufrió la víctima, hacia el responsable del hecho que produjo el daño; no obstante, el empleo de tales criterios de imputación no podrían ser arbitrarios, deben apoyarse en los parámetros del debido proceso, que como se ha dicho, resulta transversal a todo tipo de proceso y pretensión que se ventile en su interior.

Si bien la casación ha dado por sentado el deber de la judicatura de motivar adecuadamente todas sus resoluciones, estableciendo que también para la declaración de responsabilidad civil debe existir un pronunciamiento debidamente motivado en cuanto a los parámetros cuantitativos como cualitativos, no es menos cierto que antes de ello, dicho deber también se encuentra presente en los actos postulatorios del Ministerio Público, en tanto exista una petición de reparación civil[13].

---

12 ROQUE VENTURA, Wilfredo, *La reparación civil en el delito de organización criminal*, Lima, Editores del Centro, 2019, p. 115.
También se reconoce la importancia de la reparación civil, en el Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116, Fundamento 26° segundo párrafo, de la siguiente forma: *"El fundamento de la denominada "responsabilidad civil ex delicto" lo constituye el menoscabo material o moral producido por la actuación ilícita (...) 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 responde 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".*

13 Para ello, basta realizar una interpretación sistemática de los postulados contenidos en el artículo 122° y el literal g) del artículo 349° del Nuevo Código Procesal Penal.

Ir al índice

El papel que asumirán, de ser el caso, el actor civil o el Ministerio Público, tiene de forma implícita la misma obligación de motivar sus pretensiones o requerimientos. En esa línea de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la República[14], ha afirmado que al tener la legitimación activa el Ministerio Público, respecto de la reparación civil en caso de no existir actor civil: "(…) *en su requerimiento-**acusatorio o no acusatorio**- debe incorporar una sección dedicada al objeto civil".*

Resulta importante resaltar que aquí, la Corte no ha hecho más que recordar que no solo el requerimiento de acusación tiene que cumplir con los estándares adecuados de motivación para requerir una pretensión civil en el proceso penal; sino además, que si se opta por no hacerlo, debe también en *una sección dedicada al objeto civil* señalarse motivadamente los fundamentos que justifican tal proceder, ello a fin de no vulnerar el derecho indemnizatorio de la víctima que eventualmente puede impugnar dicho extremo y la segunda instancia se encontraría limitada de emitir fallo de vista, si es que no existiese motivación de aquel extremo impugnado; sino también, a efecto de garantizar el derecho de contradicción de quien en la eventualidad se viere afectado por el pronunciamiento de dicho ámbito, el cual no solo pudiere ser la parte imputada, sino también el tercero civil responsable, en caso se habría incorporado válidamente al mismo.

5.- Responsabilidad Civil y Prueba

Además de ello, cabe considerar que el planteamiento de la pretensión civil, deberá estar acompañada de la prueba pertinente para su actuación, en procura de la acreditación de dicho tipo de responsabilidad y de su magnitud, la cual, como no podía ser de otra manera, deberá actuarse bajo el principio de contradicción en el eventual juicio oral. Aquí, debemos resaltar que, en sede de investigación, en caso de no existir constitución de actor civil al proceso, el Ministerio Público como director de la investigación[15] deberá procurar hacerse de los elementos de convicción que permitan formular oportunamente, en forma y suficiencia la pretensión civil y a su vez individualizar las pruebas pertinentes para dicho fin, lo que implica que estas pueden o no ser las mismas que para la pretensión penal, dada por lo menos la vinculación con el fáctico generador del daño. De la misma forma, si existiese actor civil, éste deberá materialmente contar con el acceso a los actuados y por ello y con base en ello, la posibilidad material de solicitar la realización de actos de investigación conforme a sus intereses en el proceso, en consonancia con el mandato del numeral 4. del artículo 337º del Nuevo Código Procesal Penal[16]; no obstante, dicho sujeto procesal tiene también el deber de

14 Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116, Fundamento 29° segundo párrafo, donde se estableció dicha regla de la siguiente forma: "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".

15 **Artículo IV. Titular de la acción penal 1.** El Ministerio Público es 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, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad. (Título Preliminar del Código Procesal Penal).

16 Debiendo tenerse en cuenta además las facultades que la ley le confiere y que se encuentran contenidas en el artículo 95º y 105º del Nuevo Código Procesal Penal.

Ir al índice

acompañar a la causa los elementos de convicción que considere permitan sostener y exigir se ampare su pretensión.

Así en ambas circunstancias, la prueba que ampara la pretensión civil, debe enfocarse en corroborar los elementos de ésta en el ámbito cualitativo (la conducta antijurídica, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución) así como cuantitativo (monto indemnizatorio). Ello solo será posible, en tanto y en cuanto se haya investigado a ese respecto, de modo tal que se hayan logrado los elemento que permitan sostener la existencia de dicha responsabilidad, dimensionarla tanto cualitativa como cuantitativamente de manera racional y hasta poder establecer la forma, tiempo y modo de pago de la misma, pudiendo llegar inclusive a las consecuencias de la inobservancia de dichos parámetros. En suma, no podría realizarse un ejercicio acreditativo de la responsabilidad civil, si es que previamente no se ha indagado y hallado los elementos que permitan aquello; todo lo cual, abonaría a posibilitar la debida motivación del pronunciamiento judicial que se pronuncie al respecto, lo que finalmente constituye el aporte de la casación bajo comentario, que en rigor recuerda que el deber de debida motivación cubre también el pronunciamiento del extremo civil del proceso.

6.- Aspectos pendientes de tratamiento

Ahora bien, la casación bajo comentario presenta el escenario de un proceso penal que fue llevado hasta la instancia de mérito, declarándose la absolución de la parte acusada, en donde, conforme se ha señalado, es factible el pronunciamiento del juzgador respecto de la reparación civil. En ese sentido, correspondería también analizar supuestos que se pueden presentar en escenarios diferentes del propuesto del pronunciamiento objeto de análisis; así, por ejemplo, bajo la **premisa de la existencia de una pretensión acusatoria**, en la etapa intermedia del proceso, por pedido de la parte imputada o de oficio, es totalmente viable se dicte el sobreseimiento de la causa en su extremo penal, por cualquiera de las causales previstas en el numeral 2. del artículo 344° del Nuevo Código Procesal Penal[17], pero que a la vez se fije e imponga reparación civil en contra del imputado a favor del agraviado, pudiendo

17 Quien suscribe estas líneas, postula la **inconstitucionalidad** del literal d) de dicho dispositivo legal –No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado-, en tanto su aplicación y por tal generación de un pronunciamiento con la autoridad de cosa juzgada, resulta incompatible con el mandato del numeral 13 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que únicamente le atribuye dicho efecto al sobreseimiento definitivo, verificándose que el legislador omitió regular el histórico y omnipresente en nuestra legislación anterior y en la de la mayoría de países de la región y Europa, nos referimos al **sobreseimiento provisional**. Tal situación de normativa, no hace sino verificar que no solo se trastoca la constitucionalidad del tratamiento legislativo del sobreseimiento, sino que además, con ello, se contraría otros mandatos constitucionales como el contenido en el artículo 44º de la Carta Magna, que impone en concreto la obligación del Estado de velar y hacer efectiva la vigencia de los Derechos Humanos, dentro de los cuales se encuentra el Derecho a la Verdad de las víctimas que se deriva directamente del derecho a la dignidad humana y además la propia imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. En suma, el literal d) del referido artículo 344º de la norma procesal, constituye una causal de sobreseimiento provisional, pero al haber sido tratada como una de sobreseimiento definitivo, se produce la afectación al mandato de la Constitución y los derechos fundamentales antes referidos.

Ir al índice

el acusado, tomar diferentes posturas respecto de la reparación civil que le es solicitada y eventualmente impuesta; esto es, que en principio pudiere negar ser responsable civilmente y así no haber otra alternativa que no sea el que el proceso continúe su cauce y transite por las siguientes etapas.

No obstante, desde otra perspectiva, el imputado **pudiere allanarse por completo a la pretensión civil formulada en su contra**, lo que en consecuencia implicaría que no exista un conflicto sobre la reparación civil, siendo que bajo el principio de consenso, no habría necesidad de trasladar la causa al Juez Unipersonal, así el Juez de Investigación Preparatoria, podrá emitir pronunciamiento respecto de la reparación civil de la cual se allanó el acusado. Alegamos ello, en la medida que el ya referido Acuerdo Plenario Nº 04-2019/CIJ-116, que ha pretendido brindar parámetros jurídicos para la imposición de la reparación civil en caso de absolución o sobreseimiento, habiendo fijado reglas para dicho fin, ha detallado que es necesario 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[18]; en cuanto a la competencia funcional, ha señalado que la admisibilidad y procedencia de pretensión, así como la admisión de los medios probatorios, le corresponden al Juez de Investigación Preparatoria; y que, la decisión acerca de la fundabilidad o no de la reparación civil le corresponde al Juez Penal Unipersonal inclusive cuando la causa penal que hubiere correspondido conocer a un Juzgado Colegiado, se hubiere sobreseído[19].

Dicho Acuerdo Plenario, en rigor, solo se colocó en el escenario en que hubiere contradicción respecto del objeto civil del proceso, no habiéndose puesto en el supuesto en que la parte emplazada con tal pretensión, no obstante negar responsabilidad penal o encontrarse en **un escenario en que se solicitó el sobreseimiento del extremo penal**, se pretende contra él la determinación de responsabilidad civil y por tal la imposición de una reparación civil y éste **conviene con la misma**. En tal circunstancia, no encontramos óbice u obstáculo, para que sea el Juez de la Investigación Preparatoria quien emita pronunciamiento de fundabilidad del objeto civil del proceso, toda vez que con ello se garantizaría el respeto del derecho a la pronta tutela que asiste a la víctima, lo mismo que se materializaría el principio de economía procesal; ello sería así, en la medida que ya no habría razón que justifique el traslado de la causa al Juzgado Penal, por cuanto no habría contradicción que el mismo deba conocer, como tampoco actividad probatoria que justifique realizar una vista oral. Por todo ello, es el Juez de la Investigación Preparatoria, quien deba emitir fallo de fondo, realizando claro está el debido control de legalidad de los acuerdos que puedan presentar las partes, dado que existiría consenso entre las mismas respecto de la concurrencia de responsabilidad civil del imputado a favor del agraviado; en suma, consideramos que debiera realizar un control como el que se realiza para la terminación anticipada del proceso.

Escenario diferente se presentará si es que existe contradicción, ya sea en parte o total con

18 Fundamento jurídico Nº 30.

19 Fundamento jurídico Nº 31.

Ir al índice

respecto a la pretensión civil; siendo conforme lo ha señalado la jurisprudencia[20], necesario garantizar el ulterior debate contradictorio entre los implicados, ya sea la parte civil o el Ministerio Público y el imputado y/o el tercero civil responsable. En tal escenario, se ha obviado considerar que el Juez de la Investigación Preparatoria, no obstante evidenciar la contradicción respecto de la pretensión civil, deberá procurar se arriben a **convenciones probatorias** tanto respecto del marco de la imputación fáctica, que de hecho es común para el objeto penal como civil del proceso, como de aquellos ámbitos que son exclusivos del extremo civil, dentro de ellas tenemos la actividad pericial para determinar el tipo de daño, la magnitud del mismo, el modo de repararlo y demás; todos ellos, pueden muy bien ser objeto de las referidas convenciones probatorias, tanto respecto de hechos, como de medios probatorios[21].

7.- Posibilidad de fijar reparación civil en segunda instancia

La casación objeto de comentario, en sus fundamentos de derecho 1.1 y 2.3, establece una regla que nos parece debe por lo menos ser objeto de análisis para a partir de dicha evaluación se pueda continuar construyendo una línea jurisprudencial coherente con los mandatos de la constitución y la jurisprudencia que también ha dictado la Corte Suprema. Nos referimos al hecho de homologar que sea la judicatura de instancia la que por primera vez establezca la concurrencia de la responsabilidad civil y además fije el monto de una reparación civil que deba asumir la parte investigada. En ambos considerandos, la casación bajo comentario precisa que la sala revisora cuenta con dicha facultad y que su ejercicio resulta legal, tanto más si fue el Ministerio Público quien formuló impugnación.

Decimos ello por cuanto si se asume tal regla como una aplicable para todos los casos, habría dificultades y contradicciones, pues sería en segunda instancia la primera vez que se fijase la concurrencia de una responsabilidad de dicha naturaleza –*civil*-, lo cual debe ser observado con cuidado, en la medida que de principio el pronunciamiento que ampara una pretensión que se ventila en el marco de un proceso penal, requiere que el mismo es producto de un debate contradictorio en el que se materializó la inmediación y no obstante que se encuentra habilitada la actuación probatoria en segunda instancia, la misma es limitada conforme lo detalla el artículo 422 del Código Procesal Penal, básicamente el numeral 3. de dicho dispositivo legal; es por ello que vemos difícil que en todos los casos en segunda

20 Acuerdo Plenario N° 04-2019/CIJ-116, Fundamento Jurídico Nº 30°, párrafo segundo: "(…) *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".*

21 Este tipo de convención no es muy utilizado en la práctica judicial, lo cual impone su difusión o en todo caso la divulgación de sus alcances y beneficios. Tenemos que dicho tipo de convención lo que abarca no es el consenso sobre un hecho, sino sobre los medios probatorios que se deban actuar para pretender acreditar determinado hecho, lo cual significaría que si bien las partes no se ponen de acuerdo sobre la concurrencia de un hecho, si lo hacen respecto de con qué medios probatorios van a debatir y pretender dar por acreditado o no tal hecho.

Ir al índice

instancia se haya realizado actuación probatoria que permita establecer la concurrencia de dicha responsabilidad penal, naturaleza y magnitud de la misma.

Así, de principio pudiere haber inconvenientes respecto de la posibilidad que el investigado a quien se le impuso la obligación de reparar un daño, pueda impugnar aquel primer fallo que le resulta gravoso, también el hecho que dicho fallo se haya dictado sin que haya mediado plenamente inmediación sobre los elementos que se utilizaron como soporte para el fallo que dicta la concurrencia de dicho tipo de responsabilidad, para finalmente poder generar dificultades sobre el juicio de hecho que justifique la absolución o sobreseimiento y en segunda instancia se realice para dar por concurrente la responsabilidad civil.

Ante tales circunstancias y para evitar aquellas dificultades que podrían acaecer en la eventualidad que se emita fallo estimatorio del objeto civil recién en segunda instancia, consideramos menester que en el caso concreto se tenga que discernir si el objeto de alzada se restringe al juicio jurídico del hecho y da por sentada la concurrencia del mismo y la producción del daño y así por lo menos la existencia del nexo de causalidad; o, por el contrario, pudiere ser que la discusión se encuentre en la existencia o corroboración de aquellos ámbitos fácticos, en cuyo caso sí debieran tomarse las previsiones que obligan a evaluar si es factible emitir fallo de fundabilidad.

8.- Conclusiones

Con todo lo anotado en las líneas precedentes, en razón de la Casación Nº 1690-2017 AMAZONAS, la cual en buena cuenta sirvió también para comentar otros pronunciamientos de la Corte Suprema respecto de la pretensión civil en el proceso penal y a la vez someter a consideración de la comunidad jurídica del país algunas apreciaciones personales sobre dicha temática, es que me permito alcanzar aquellas conclusiones que considero relevantes al respecto:

- En principio cabe señalar que el deber de motivación de los pronunciamientos judiciales en materia penal, no se constriñe al ámbito penal, sino que también cubre, con todo rigor el pronunciamiento que sobre el objeto civil del proceso se vaya a emitir.

- Dicho deber de motivar suficiente y adecuadamente, no solo cubre la exigencia que se expresen las razones por las que se consideran concurrentes los elementos constitutivos de la responsabilidad civil; sino, además, debe detallarse aquellas razones que determinen el tipo de responsabilidad, la magnitud de la misma, la forma y tiempo de pago, a lo que se deberá agregar la eventual consecuencia de su incumplimiento. Dicho deber de motivación, resulta exigible en todo momento o circunstancia del proceso en que se emita fallo respecto del ámbito civil del proceso; es decir, si aconteciere en etapa intermedia o luego el juicio oral de primera instancia e inclusive en la eventualidad que se emita dicho pronunciamiento en segunda instancia.

Ir al índice

- Es necesario considerar también, que dicho deber de motivación no es exclusivo de la labor judicial, sino que también abarca a la labor fiscal, básicamente en la formulación de sus requerimientos que eventualmente comprenden pronunciamiento sobre el extremo civil del proceso; es decir, también se debe motivar en el acto de imputación de responsabilidad civil. Dicho deber, también se extiende al actor civil que en caso haberse constituido como tal y pretenda plantear su pretensión legitimante, en procura de un pronunciamiento favorable a sus intereses.

- Luego, a efecto de poder cumplir con dicho deber de motivar adecuadamente la imputación de responsabilidad civil, se hace indispensable que en sede de investigación, la indagación también se encamine en clave de la obtención de los elementos de convicción que permitan establecer la concurrencia de los elementos suficientes para imputar y exigir se imponga responsabilidad civil; de ese modo, se allanaran los obstáculos y posibilitará una adecuada motivación del pronunciamiento judicial al respecto.

- De otro lado, en caso que en etapa intermedia, con acusación de por medio o en base a un eventual requerimiento de sobreseimiento, el pronunciamiento del extremo civil del proceso, no siempre se realizará por el Juez Penal, pues en la eventualidad que exista consenso respecto de este extremo del proceso, bien puede ser el Juzgado de Investigación Preparatoria, quien emita el fallo que corresponda.

- Además, dicho Juez, de ser el caso que no haya consenso y por ello la necesidad de que la causa pase a juicio oral, y luego de saneada la pretensión en forma y fondo, deberá procurar se arriben a convenciones probatorias a efecto se garantice un pronto y efectivo pronunciamiento respecto de dicho extremo del proceso penal.

- Finalmente, cabe considerar que, de principio, no es posible afirmar que en todos los casos sea posible que recién en segunda instancia se emita fallo estimando el extremo civil del proceso y a la vez sea en dicha sede en que por primera vez se fije responsabilidad civil e imponga la obligación del pago de una reparación.

Ir al índice

13

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2018/CIJ-433

BASE LEGAL: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal
ASUNTO: *Alcances* de la determinación de la pena en los delitos sexuales

Lima, dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES

1.° Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 367-2018-P-PJ, de uno de octubre de dos mil dieciocho, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal - dos mil dieciocho, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial abierto al efecto-, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, a fin de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobré la determinación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a propósito de la sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis. Etarias

2.° El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de dos mil dieciocho se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la Resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento de la Sala Penal Transitoria de este Tribunal Supremo a raíz de la expedición de las Ejecutorias Supremas número 2728-2016/Huancavelica, de veintidós de enero de dos mil dieciocho, y número 2688-2017/Cajamarca, de veintiuno de junio de dos mil dieciocho, así como la Sentencia Casatoria número 344-20178/Cajamarca, de cuatro de diciembre de dos mil ocho, expedida por la Sala Penal Permanente, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis. Segunda: el pronunciamiento de la convocatoria respectiva, mediante la

Ir al índice

resolución de convocatoria de tres de octubre último para la reunión preparatoria del día miércoles diecisiete de dicho mes, y la resolución general del mismo día diecisiete de octubre que ratificó la convocatoria al Pleno Jurisdiccional Casatorio.

En esta última resolución se fijó como puntos objeto de la presente sentencia plenaria casatoria, entre otro, los criterios que han de seguirse para la aplicación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad cuando existen diferencias etarias próximas entre los sujetos activo y pasivo, a cuyo efecto deberá abordarse, desde el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal. (*i*) el examen de la pena básica fijada en el tipo penal respectivo, (*ii*) los presupuestos para fundamentar y determinar la pena del artículo 45 del Código Penal, (*iii*) los motivos relevantes para la individualización de la pena concreta establecidos en el artículo 45-A del Código Penal, (*iv*) las circunstancias respectivas conforme al artículo 46-A del citado Código, así como, en lo pertinente, (*v*) las causales de disminución de la punibilidad legalmente previstas y (*vi*) las reglas de reducción por bonificación procesal.

3.° La segunda etapa consistió: **a)** en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día siete de noviembre de dos mil dieciocho -se presentaron un total de cuatro *amicus curiae*-; **b)** en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día antes indicado, en la que lamentablemente no asistieron el señor Fiscal Supremo, según comunicación del señor Fiscal de la Nación mediante oficio número 764-2018-MP-FN, de siete de noviembre del año en curso, ni los señores abogados acreditados por la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú mediante oficio número 63-2018-JUDECAP, de veintiséis de octubre de dos mil ocho; y, **c)** en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes, de fecha lunes diecinueve de noviembre.

Han presentado informes escritos como *amicus curiae*, los siguientes:

1. Juan Humberto Sánchez Córdova, abogado y docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

2. Brenda Ibette Álvarez Álvarez y Gabriela Jesús Oporto Patroni, por el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos - PROMOSEX.

3. Ronald Alex Gamarra Herrera, por el Instituto Promoviendo Desarrollo Social -IPRODES.

4. Jesús Heradio Viza Ccalla, Fiscal Provincial Penal de Madre de Dios.

4.° La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.

El resultado de la votación fue unánime. El señor Salas Arenas formuló consideraciones propias, según consta del voto adjunto.

Ir al índice

5.° Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una discrepancia de criterios y declarar, en su consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

6.° Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, LECAROS CORNEJO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL. PENALIDAD Y EVOLUCIÓN

7.° El delito de violación sexual en agravio de menores de edad siempre ha sido y considerado como un tipo delictivo autónomo en la tipología de los delitos sexuales, y jurisprudencialmente se admitió -en concordancia con la doctrina científica- que el bien jurídico vulnerado era la indemnidad sexual y su adecuado proceso de formación.

En este último punto, es de considerar que el Código Penal establece una presunción *"iure et de iure"* sobre la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la consciencia y la libre voluntad de acción exigibles, y lo que implica que el menor es incapaz de autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo de España -en adelante, STSE 266/2012, de tres de abril).

El texto originario del artículo 173 del Código Penal (abril de mil novecientos noventa y uno), en su inciso tercero, castigaba este delito, si la víctima tenía al momento de los hechos de diez años a menos de catorce años con pena privativa de libertad no menor de cinco años. Asimismo, si la edad del sujeto pasivo es de siete años y menor de diez, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de ocho años; y, si la edad de la víctima era menor de siete años, la sanción era de pena privativa de libertad no menor de quince años (incisos 2 y 3 del indicado artículo del Código Penal).

8.° Este tipo penal ha sufrido numerosos cambios legislativos, tanto en su configuración típica cuanto en la previsión de las penas. En efecto, primero, se definió la conducta delictiva como la práctica de un "acto sexual u otro análogo", para luego, a partir de la Ley número 28251, de ocho de junio de 2004, se determinó como 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". Y Segundo, en tanto se entendió que estos delitos, al afectar a menores de edad, merecen un especial reproche moral y social que impone una contundente reacción penal, proporcionada (***i***) a su acentuada gravedad, (***ii***) a la especial relevancia del bien jurídico contra el que atentan y (***iii***) a la reforzada tutela que dichas personas requieren como víctimas de los mismos (STSE 95/2014, de veinte de febrero), y siguiendo la tendencia mundial de ampliar el ámbito de tutela penal en el marco de los delitos sexuales, se aumentó considerablemente la pena privativa de libertad.

Ir al índice

Por tanto, criminológicamente, se entiende que los delitos de carácter sexual constituyen una de las manifestaciones criminales más censuradas por la sociedad; y, cuando se involucran a niños, el reproche social es aún mayor, pues existe la conciencia común de que las personas menores de edad requieren una protección mayor por su especial vulnerabilidad y que los autores de tales delitos actúan movidos por propósitos aún más abyectos [DÍAZ GÓMEZ/ PARDO LLUCH: *Delitos sexuales y menores de edad. Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria.* En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017, número 19-11, p. 2].

Es así que, en un primer momento, se elevó la pena privativa de libertad de no menos de veinte ni más de treinta y cinco años (Ley número 28704, de cinco de abril de dos mil seis) -el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso 3 de dicho artículo al comprender en este delito como sujetos pasivos a las personas de catorce años a no menos de dieciocho años: Sentencia del Tribunal Constitucional -en adelante, STC 8-2012-PI/TC, publicada el veinticuatro de enero de dos mil trece-; luego, se fijó como pena privativa de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años (Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece); y, finalmente, se estatuyó que si la víctima es un menor de catorce años -se eliminó toda regulación y diferenciación etaria- la pena será de cadena perpetua (Ley número 30838, de cuatro de agosto de dos mil dieciocho).

El endurecimiento delictivo en el curso de los años es patente. El legislador se volcó a una reacción aseguritiva que entendió más eficaz agravando las penas. Se ha producido, por lo menos, en esta área del Derecho penal, un viraje punitivo, un aumento de la punitividad [LAMAS LAITE, ANDRÉ: *"Nueva Penología"*. En Revista InDret 2/2013, Barcelona, p. 3].

9.° Tan radical evolución en la conminación penal de los delitos contra la indemnidad sexual se explica en función a la grave alarma social de los mismos y al hecho de su cada vez más constante frecuencia, que los ha convertido en un verdadero problema de seguridad pública, en una pandemia social. La mayor sensibilidad social respecto de la vulnerabilidad de las niñas y niños afectados por estas conductas delictivas, la insuficiente atención por el Estado y la Sociedad a los efectos perniciosos en las víctimas, y la cada vez más intensa presencia de dichos delitos en los medios de comunicación social, determinó en los poderes públicos, desde su obligación constitucional enmarcada en el artículo 4 de la Ley Fundamental, una reacción punitiva muy intensiva. Éste, paralelamente, ha traído consigo una reacción de la academia y, en menor medida, del sistema de justicia en la búsqueda de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico penal -sin que, en el caso de los jueces, se incumpla con el principio de legalidad penal- a fin, de un lado, de configurar respuestas penales acordes con la realidad social e institucional del país; y, de otro, de privilegiar las medidas sociales y preventivas pertinentes -compensar en lo posible los déficits sociales-.

Empero, debe tomarse en consideración la especial vulnerabilidad de las niñas, niños y adolescentes. Ello *"...está determinado por distintos factores, como la edad, las condiciones particulares de cada uno, su grado de desarrollo y madurez, entre otros"* (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso VRP, VPC y Otros v. Nicaragua, de ocho de marzo de dos mil dieciocho). Las niñas y los niños no han concluido aún su crecimiento

Ir al índice

y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico, y aun cuando el riesgo corresponde a los niños de ambos sexos, la violencia suelo tener un componente de género, como anotó el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General número 13, párrafo 72. El Estado, por consiguiente, ante la menor capacidad de juicio y de resistencia física de las niñas y los niños, tiene la carga de guardar especial celo en que las medidas que decidan y ejecuten deben tener en consideración el interés superior del niño, el cual siempre ha de tener precedencia en la actuación estatal (STC 1665-2014/PHC-TC, de veinticinco de agosto de dos mil quince). Los poderes públicos están comprometidos no solo a garantizar la debida protección de las niñas y los niños, sino también a asegurar su derecho de acceso a la justicia y de promover decisiones razonables por el órgano jurisdiccional en armonía con una legislación que tome en cuenta las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

§ 2. PENAS Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL CONMINACIÓN PENAL ABSTRACTA

10.° La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis, asumió como un principio indispensable del ordenamiento jurídico penal el de proporcionalidad. En aplicación de este principio y desde los sub¬principios que lo informan -en especial, el de estricta proporcionalidad-, que vienen del Derecho Administrativo de Policía y que, luego, desde los Derechos Fundamentales, se incorporaron al Derecho Constitucional y, con él, a todo el ordenamiento -la sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o la privación de derechos fundamentales (conforme: HURTADO POZO, JOSÉ / PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Manual de Derecho Penal, Parte General — Tomo I,* 4ta. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 28)-, pero empleándolos genéricamente, sin las particularidades propias del Derecho penal, estimó que la pena prevista cuando la víctima, al momento de los hechos, contaba entre diez años y catorce años de edad, de privación de libertad no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años, era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Asimismo, consideró que era del caso acudir, para la imposición de la pena concreta, a la regulación genérica de la pena privativa de libertad: de dos días a treinta y cinco años (artículo 29 del Código Penal).

11.° Sin duda alguna, y más allá (***i***) del principio de legalidad penal (artículo 2, numeral 24, literal "d" de la Constitución) -en concordancia con los principios y derechos de la función jurisdiccional previstos en el artículo 139, numerales 9 y 11, de la Ley Fundamental: prohibición de analogía contra reo o *in malam partem* y aplicación de la ley penal más favorable en caso de duda o de conflicto entre leyes penales-, y (***ii***) del principio de culpabilidad, en cuya virtud se incorporan varios sub¬principios que le otorgan consistencia: personalidad de las penas, que prohíbe castigar a alguien por un hecho ajeno; responsabilidad por el hecho, que exige un "Derecho penal de hecho" que proscribe castigar a una persona por el carácter o el modo de ser; responsabilidad subjetiva, que requiere que la responsabilidad se funda en que el autor actúe con dolo o imprudencia; y, culpabilidad en sentido estricto, que impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida: normal motivabilidad (conforme: MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal Parte General*, 8va. Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2008, pp. 123-124)-, de tal modo que el fundamento de la pena

Ir al índice

radica en la retribución de un injusto pero solo dentro de los límites de la responsabilidad personal del autor (conforme: OTTO, HARRO: *Manual de Derecho Penal*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2017, p. 34); (***iii***) el principio de proporcionalidad, si bien no está expresamente proclamado en la Constitución, constituye una exigencia implícita del principio del Estado de Derecho (artículos 43 y 44 de la Constitución), de suerte que la intensidad de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción (así: STSE 716/2014, de veintinueve de octubre).

Es de aclarar, por lo demás, que lo dispuesto en el artículo 139, numeral 22, de la Constitución, en cuanto establece como un principio que: "[…] *el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"*, no contiene un derecho fundamental -de tal principio no se derivan derechos subjetivos- , sino un mandato dirigido a los poderes públicos, cada uno en el ámbito de sus competencias, para orientar el régimen penitenciario -en función a la pena privativa de libertad y, como tal, no puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes. No condiciona la posibilidad y la existencia misma de la pena a ese objetivo. Los fines reeducadores, rehabilitadores y de reincorporación no son los únicos objetivos admisibles de la privación de libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista (coincidente: Sentencias del Tribunal Constitucional de España -en adelante, STCE- 2/1987, de veintiuno de enero; 19/1988, de dieciséis de febrero; y, 160/2012, de veinte de septiembre).

Empero, tan puntual afirmación debe, en todo caso, relativizarse, en el entendido que la anatomía del sistema penal es dada por la ejecución penal -muy limitativo será este sistema cuando se apoya fundamentalmente en la utilización del condenado como instrumento de miedo y no como un ciudadano, la ejecución tiene como límite inmanente el respeto a la dignidad de la persona humana [LAMAS LEITE, ANDRÉ: *Obra citada*, p.50].

12.° No corresponde, en el actual estado de la ciencia penal y de las investigaciones empíricas, resolver judicialmente el sentido y el fin de la pena -que siempre es vista como una necesidad social para evitar males mayores-. Es claro también que el conjunto de reflexiones acerca de las concepciones absolutas y relativas de la pena no ha llegado a un punto final de consenso. Lo que sí puede concluirse, en un nivel muy alto de abstracción, es que (***i***) el Derecho Penal tiene un cometido, cual es el de procurar un procesamiento ordenado del conflicto que representa el quebramiento de la norma penal; y, desde su configuración práctica -de los fines individuales de la pena-, (***ii***) se ha de reconocer que el quebrantamiento del Derecho Penal -que genera un daño social puede afectar a toda una serie de intereses legítimos, y que el intento de elaborarlo puede requerir la satisfacción de necesidades igualmente variadas -que pueden reflejarse en una cantidad de posibles fines de la pena- (Conforme: STRATENWERTH, GÜNTER: *Derecho Penal Parte General I El Hecho Punible,* 4ta. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 2005, p. 49). Cuáles sean estas necesidades, depende en buena parte, en abstracto, (***i***) de la tipología de delitos -no es lo mismo, obviamente, según su dañosidad social y alarma social, un delito sexual que un delito de homicidio, corrupción o de terrorismo-, en los que priman diversos factores sociales, culturales, ideológicos, históricos, etcétera; y (***ii***), en concreto, de las circunstancias del caso particular -del nivel o entidad de la necesidad de pena-.

Ir al índice

13.° En esta perspectiva, de la concordancia de los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal -con sus limitaciones-, siguiendo parcialmente la fuente colombiana (artículo 12 del Código Penal de Colombia), se entiende que el legislador penal reconoce las múltiples funciones que pueden tener las penas: (***i***) pena como retribución justa de la responsabilidad penal (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal); (***ii***) pena como prevención general; y, (***iii***) pena como prevención especial (artículo IX del Título Preliminar del Código Penal). Tan amplia perspectiva permitiría afirmar que, por lo menos legalmente, se ha impuesto las llamadas "teorías mixtas o de la unión", aunque no es del todo factible que se esté ante una aseveración concluyente.

Ahora bien, desde una dimensión temporal, pareciera adecuado partir de la denominada "teoría de los escalones", como la llama MÜLLER-DIETZ, en el sentido de reconocer el diferente peso específico que tienen los fines de la pena en sus diferentes momentos. Así, (***i***) en el momento de la amenaza penal, de las conminaciones penales -en clave de proporcionalidad abstracta-, tiene, en tanto no se hubiera producido un delito, una función exclusivamente preventivo general; en este estadio temprano, entre todas las formas de aparición de la prevención general solamente actúan el –escaso- efecto intimidador y el efecto de aprendizaje (de reglas elementales de ética social, de la enseñanza de comportamientos socialmente competentes); (***ii***) en el momento de la imposición de las sanciones pasan a primer plano los puntos de vista de la prevención general y de la prevención especial por igual -mientras más grave sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad ; y, (***iii***) en el momento de la ejecución de la pena debería buscarse solo la resocialización (véase: ROXIN, CLAUS: *La teoría del delito en la discusión actual*. En: *Cambios en la teoría de los fines de la pena,* Tomo I, Editorial Grijley, Lima, 2016, pp. 91-93).

En esta perspectiva puede invocarse la STC 12-2010/PI-TC, de once de noviembre de dos mil once, que señaló, en el caso de los delitos sexuales, como bienes constitucionales destinados a ser optimizados: (***i***) la desmotivación de la comisión del delito de violación sexual de menores, y (***ii***) la generación de confianza en la población, en el sistema penal respecto del cumplimiento de las penas [que son, por cierto, aunque no se diga, criterios preventivo generales]. Es claro, por lo demás, que tal invocación sirve, preponderantemente, en el momento de la conminación penal, no de la ejecución penal -como se plantea en ese fallo- en la que ha de primar -sin demanda de exclusividad, por cierto- el principio de prevención especial.

14.° Respecto del principio de proporcionalidad, empero, es de apuntar que no resuelve ninguno de los dilemas que hoy divide a la ciencia penal, aunque sí explica todo aquello en los que existe acuerdo -entre otros, no permite inclinar la balanza en favor de quienes optan por una u otra teoría de la pena ni proporciona, en fin, criterio decisivo alguno acerca de por qué una conducta se castiga con pena más severa que otra-. Ello (*i*) se debe a que tratándose, sin duda, de un principio constitucional, se trata de eso, de un principio abstracto y no de una norma en el sentido que les asigna respectivamente el constitucionalista ROBERT ALEXY -es, por cierto, un criterio muy vago decir que el legislador ordinario solo lo viola cuando existe una clara desproporción entre acción y respuesta-; y, (***ii***) explica por qué la jurisdicción constitucional se abstiene en muchos casos de declarar la inconstitucionalidad de tipos

Ir al índice

penales, y es respetuoso con el legislador ordinario y la soberanía popular, así como también busca "ponerse de acuerdo con el legislador" cuando los márgenes de discrecionalidad concedido al legislador son muy amplios (conforme: CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: *El Derecho Penal Español — Parte General,* 3ra. Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pp. 119-120).

El legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y dirección de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos (STCE 55/1996, de veintiocho de marzo, fundamento jurídico 6to.).

15.° El Principio de proporcionalidad, en el Derecho Penal, en sentido amplio, despliega sus efectos fundamentales en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como delitos; y, en sentido estricto, opera primordialmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad, y que a su vez se proyecta en la fijación legislativa de éstas, y dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley -dos momentos que, por lo demás, plantean problemas distintos- [BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO y OTROS: *Curso de Derecho Penal - Parte General,* Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p.74].

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, visto genéricamente, rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste desde su significación global -es decir, relación entre la gravedad del injusto y la de la pena-. Este principio tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo -que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito- y el poder judicial -las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste- (así: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Derecho Penal Parte General - Fundamentos,* Editorial INPECCP - CEURA - Jurista Editores, Lima, 2009, pp. 528-529).

El juicio de ponderación que ha de realizarse sin duda no ha de atenerse exclusivamente (***i***) a la gravedad intrínseca del hecho por el grado de desvalor del resultado y de la acción (número y entidad de los bienes jurídicos afectados, relevancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención del autor, etcétera); sino también, (***ii***) a la gravedad extrínseca de aquél, esto es, al peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, extremo que puede incluirse en el desvalor objetivo de la acción, si bien debe evaluarse con prudencia (ver: LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Derecho Penal Parte General,* 3ra. Edición, Editorial B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2016, p. 93). En el juicio de proporcionalidad, asimismo, debe tomarse en cuenta (***iii***) el criterio de finalidad de tutela de la norma -fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión (en palabras, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España 136/1999, de

Ir al índice

veinte de julio)-, al punto que incluso este último criterio, como dicen COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, puede prevalecer sobre el de la gravedad del injusto, si, en el caso concreto, las respectivas exigencias de uno u otro criterio fuesen antagónicas (*Derecho Penal-Parte General,* 4ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 80).

La pena, pues, debe responder conjuntamente a la gravedad del injusto cometido (responsabilidad por el propio hecho) y a las necesidades sociales de pena que pueda existir al momento de su imposición y durante su ejecución; y, al confirmar los valores de convivencia que dan lugar a la norma de conducta infringida, expresa un reproche de contenido ético-social (conforme: MEINI, IVÁN: La pena: *función y presupuesta.* En: Revista Derecho PUCP, n° 71, Lima, 2013, p.157)

16.° Entonces, metodológicamente, como se precisó, por ejemplo, en la STCE 136/1999, de veinte de julio, cabría examinar la proporcionalidad de una reacción penal desde tres perspectivas:

1. Desde su idoneidad, el tipo penal ha de procurar la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución.

2. Desde su necesidad, la pena ha de permitir alcanzar fines de protección una pena será innecesaria, entones, cuando a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador.

3. Desde su estricta proporcionalidad, la norma debe guardar equilibrio entre la entidad del delito y la entidad de la pena; no lo será, desde luego, cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa.

17.° No obstante ello, siempre es de tener en cuenta, como pauta general, que el legislador goza de la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de esta potestad, el legislador goza, dentro de los límites constitucionales (respeto del valor justicia propio de un Estado Constitucional y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona: STCE 55/1996, de veintiocho de marzo), de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al

Ir al índice

que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de sus destinatarios -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etcétera-. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (véase STCE 161/1997 de dos de octubre).

En esta perspectiva el principio de proporcionalidad, incluso, debe tener en cuenta, amén de la idea de prevención, la gravedad del comportamiento y la importancia de los bienes protegidos, así como las percepciones sociales a la adecuación entre delito y pena (conforme: STSE de 25 de abril de 2001).

18.° En el presente caso, las penas previstas para el delito de violación sexual de menor de edad, sin duda, son gravísimas, al punto que hoy en día está vigente para toda modalidad de violación sexual a menor de edad la pena de cadena perpetua. Extraña, por cierto, una reacción penal tan drástica, que excluya, como eje punitivo, la presencia legal de "circunstancias extraordinarias" para imponer la cadena perpetua -la pena más grave del sistema penal y, por tanto, de aplicación limitada las conductas más atroces-.

Para matizar tan radical posición, sin duda, está, de un lado, (***i***) el recurso, en el caso concreto, a la interpretación de la ley penal ordinaria conforme a la Constitución -el deber judicial de interpretación conforme a la Constitución se fundamenta sobre todo con dos argumentos: unidad del ordenamiento jurídico y la primacía de la Constitución sobre la ley ordinaria, y opción por una interpretación conforme a la Constitución (que no se inaplique la ley) deriva del debido respeto a la decisión del legislador, la cual, a ser posible, se debe mantener (KUHLEN, LOTHAR: *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 33-34)-; y, de otro lado, (***ii***) toda la lógica de fijación específica de la pena a partir del conjunto de las reglas de aplicación judicial de la misma, que el Código Penal contempla. Al respecto, la STSE 596/2017, de diecisiete de julio, acotó que dentro del marco punitivo que establece el legislador, los tribunales, atendiendo a la redacción de la norma y a los principios constitucionales que han de guiar de forma primordial el significado de los preceptos penales, han de acudir cuando concurren interpretaciones en conflicto a seleccionar la que concibe en mayor medida los principios y valores constitucionales con las descripciones y connotaciones que se desprendan del texto legal, tanto desde una dimensión de cada precepto como del conjunto sistemático del Código Penal.

19.° En tal virtud, no es posible negar que en la sociedad actual la violación sexual de menores de edad es considerada una lacra tan lacerante, unida a su rechazo masivo por la población, que ha determinado al legislador, consecutivamente, a una constante progresividad en la gravedad de las penas legalmente conminadas - el legislador, en estos casos, trata de prevenir los daños que estos delitos generan a la niñez-. Como ya se expuso, la Corte Suprema no puede, para establecer la ilegitimidad de una pena, tomar como referencia una

Ir al índice

pena exacta -la fijada para el delito de homicidio y sus formas agravadas, por ejemplo- que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Constitución no contiene criterios de los que puede inferirse esa medida.

Asimismo, el conjunto de baremos para fijar la pena básica o abstracta, señalados en el fundamento jurídico quince, segundo párrafo, son de tal dimensión o expresión en el delito de violación sexual de menores de edad –su reiteración y el estado de especial vulnerabilidad de las víctimas, unido a su afectación en todos los niveles, psíquicos, sociales y culturales a las niñas y niños (lesión a su normal desarrollo sexual: nocividad social del hecho)-, que, por lo menos, no es posible negar que existan razones que justifiquen la opción del legislador vulnere el principio de proporcionalidad.

El problema no está, pues, en la proporcionalidad abstracta, que la sentencia vinculante examinada ha destacado de modo absoluto y que, por tanto, no puede aceptarse.

§ 3. APLICACIÓN DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

∞ A. ASPECTOS GENERALES

20.° El Código Penal, en el Capítulo II "Aplicación de la pena", con los cambios operados a partir de las Leyes 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince, y 30076, de dieciocho de agosto de dos mil trece, y de los Decretos-Legislativos número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, y número 1323, de seis de enero de dos mil diecisiete, instituyó un sistema de aplicación de la pena -que se traduce en criterios objetivos de valoración para su aplicación y determinación- en función (***i***) a unos presupuestos para la fundamentación y determinación de la pena (artículo 45), y (***ii***) a unos criterios o factores para la determinación de la pena (artículo 45-A). En este último caso, reunió un conjunto de circunstancias de atenuación y de agravación genéricas (artículo 46) e incorporó una relación de circunstancias de agravación cualificadas (artículos 46-A al 46-E). Además, el legislador en otros capítulos del Título II del Libro Primero, Parte General del citado Código, tomó en cuenta ***a)*** las causales de disminución o incremento de punibilidad (por ejemplo, eximentes imperfectas -artículo 21-, tentativa -artículo 16-, complicidad secundaria -artículo 25, segundo párrafo-, errores vencibles -artículos 14 y 15-, omisión impropia -artículo 13- y concurso de delitos -artículos 48 a 51—; y, de otro lado, en el Código Procesal Penal incorporó ***b)*** las reglas de reducción por bonificación procesal (confesión sincera -artículo 161 del Código Procesal Penal-, de terminación anticipada del proceso -artículo 471 del Código Procesal Penal-, colaboración eficaz -artículo 474.2 del Código Procesal Penal y de conformidad procesal -Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho-).

Todos estos preceptos, al igual que los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, guían el proceso integral de aplicación de la pena. Éste no se abandona al libre arbitrio judicial, pues el juez debe respetar las pautas legales establecidas en nuestro Ordenamiento -que a final de cuentas apunta a concordar la decisión sancionadora con los principios de culpabilidad y proporcionalidad y los fines retributivos y preventivos de la pena-. Es indudable que el actual sistema, en comparación con el originario del Código

Ir al índice

Penal, otorga menos margen de discrecionalidad, pero también impone menos ámbito para la arbitrariedad (conforme: ORÉ SOSA, EDUARDO: *Determinación judicial de la pena. Reincidencia y Habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la Ley 30076.* [En: htpp://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131108_03.pdf.

Consultado el 20-11-2018]. Se trata, en buena cuenta, de una discrecionalidad judicial vinculada, no libre, que a su vez es materia de control a través del deber de motivación -que consiste en la explicación argumentada de la correcta aplicación, en el caso concreto de los criterios de la ley (MANTOVANI, FERRANDO: *Los principios del Derecho Penal*, Ediciones Legales, 1ra. Edición en Español, Lima, 2015, p. 597)-.

21.° El artículo 45 del Código Penal, bajo el epígrafe "Presupuestos para fundamentar y determinar la pena", reúne tres criterios o cánones que han de permitir al juez justificar y delimitar la pena que debe imponerse a la persona en concreto, y que van guiar tanto el proceso de determinación o estipulación legal de la pena como el proceso de individualización judicial de la pena. Dentro del respeto del principio de la responsabilidad o culpabilidad por el hecho propiamente, del grado de responsabilidad o culpabilidad- como marco de la pena, de la que no es posible sobrepasar (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal), se ha de tomar en consideración, de un lado, las carencias sociales del agente delictivo, y su cultura y sus costumbres; y, de otro, los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y, en especial, su situación de vulnerabilidad -son criterios o cánones que permiten una intensidad de respuesta punitiva variable y, según los casos, pueden ir en direcciones diversas: agravar o atenuar la calidad y cantidad de pena-.

Esta disposición legal permite, entonces, no solo individualizar la pena dentro de las reglas de los artículos 45-A y 46 del Código Penal -según el sistema de tercios instaurado-, sino también, en una perspectiva amplia, la aplicación de un sustitutivo (conversiones) o de una medida alternativa (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, etcétera), así como la fijación de los plazos para el pago de la multa y otras (Conforme: ORÉ SOSA, EDUARDO, *Artículo citado.* Parcialmente: HURTADO POZO, JOSÉ: *El principio de legalidad, la relación de causalidad y a la culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal.* [En: www.cervantesvirtual.com/obra/el-principio-de-la-legalidad-la-relación-de-causalidad-y-la-culpabilidad-reflexiones-sobre-la-dogmátíca-penal-p44/. Consultado el 20-11-2018]. CARO CORIA, DIÑO CARLOS: *Notas sobre la individualización judicial de la pena en el Código Penal Peruano,* Lima, 2005 [En: http://ccfirma.com/wp-contem/up/uploads/2017/11/IJP-Carlos-Caro.pdf. Consultado el 20-11-2018].

Es de aclarar que el Decreto Legislativo número 1237, de veintiséis de septiembre de dos mil quince, instituyó como una circunstancia agravante genérica: *"Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función",* pero con posterioridad, la Ley número 30364, de veintitrés de noviembre de dos mil quince –menos de dos meses después del primer dispositivo legal-, incorporó esta cláusula –que traduce formas de prevalimiento- como un criterio o canon para fundamentar y determinar la pena, y no como una circunstancia agravante genérica.

Ir al índice

22.° El artículo 45-A del Código Penal fija los diversos niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos con los otros para individualizar la pena. El segundo parágrafo de dicho precepto introduce tres directivas precisas, de obligatorio cumplimiento:

1. La determinación de la pena se establece dentro de los límites fijados por la ley. La ley -entendida como la legislación en su conjunto-, entonces, es el marco de referencia y criterio obligatorio para individualizar la pena. La respuesta punitiva, en lo concerniente a la calidad y cantidad de pena, no puede infringir las reglas jurídico- penales pertinentes; debe respetar sus límites y el juez ha de seguir las orientaciones jurídicas correspondientes, legalmente definidas.

2. El juez atiende, a estos efectos, a la responsabilidad y a la gravedad del hecho punible cometido. Esto significa que ha de valorar razonablemente los criterios vinculados a los elementos del injusto graduable y al grado de culpabilidad del autor en función al hecho punible cometido. Es, pues, un caso de discrecionalidad judicial reglada.

3. Se excluyen todos aquellos elementos o circunstancias que no sean específicamente constitutivos del delito o modificatorios de la responsabilidad. Con ello se evita la doble valoración, conocida como "principio de la inherencia", en cuya virtud no se pueden tomar en consideración aquellos elementos o circunstancias de mayor o menor punibilidad que ya han sido previstos como tales al redactar el respectivo precepto penal (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho Penal - Parte General,* Ed. Comlibros, Medellín, 2009, pp. 1134-1135).

23.° El tercer parágrafo del artículo 45-A del Código Penal identifica dos grandes etapas para individualizar la pena.

1. La primera etapa, conforme al numeral 1) del citado parágrafo y artículo, está referida a la identificación de la pena básica -pena legal abstracta-; esto es, la pena legalmente conminada por el tipo penal respectivo -que a menudo tiene un límite inicial y un límite final-. El cariz de esta etapa es básicamente legalista. El legislador señala en la Parte Especial con carácter general para cada delito tanto la clase de pena como el *quantum* asignado a la misma, fijando de este modo el marco penal abstracto dirigido al autor de la infracción penal consumada, que constituye el modelo de partida (GRACIA MARTÍN, LUIS y OTROS: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito,* 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 109).

Una variación dentro de esta primera etapa, más compleja sin duda, que avanza hacia una concreción legal relativa, se presenta (***i***) en los casos de penas alternativas, de suerte que corresponde al juez establecer cuál de ellas es la que debe asumirse; y, (***ii***) en los supuestos en que concurran al hecho punible causales de disminución o incremento de punibilidad -éstas son intrínsecas al delito desde su presencia plural, desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas, o desde el grado de realización y niveles de intervención delictiva-, cuyo efecto es disminuir o incrementar la pena legalmente prevista para el tipo delictivo (crea un nueva conminación penal), no atenuarla o agravarla como lo son las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Ir al índice

Ahora bien, esta pena básica, a su vez, se divide en tres partes (sistema de tercios): tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior.

2. La segunda etapa, conforme al numeral 2) del referido tercer parágrafo y artículo 45-A del Código Penal, está circunscripta a la individualización de la pena concreta, que finaliza en una pena absolutamente concreta o definitiva, una pena sin márgenes ni marcos penales, una pena, por lo tanto, exacta (GRACIA MARTÍN, LUIS: *Obra citada*, p. 110). La individualización tiene como eje la evaluación de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y la incorporación de reglas, en orden al sistema de tercios, que determinarán, primero, la concreción de la pena dentro uno de los tres tercios reconocidos legalmente: inferior, intermedio o superior; y, segundo, en la pena exacta o final. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad están descriptas, entre otros, en el artículo 46 del Código Penal.

Las circunstancias se definen como aquellos hechos o elementos accidentales, accesorios, que están alrededor del delito, en torno al mismo o fuera de él, e implican la idea de accesoriedad, a la par que adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Tales elementos no son necesarios para la existencia del delito, pero inciden sobre su gravedad e interesan como índices de la capacidad de delinquir del sujeto, comportando una modificación, cuantitativa o cualitativa, de la pena (MANTOVANI, FERRANDO: *Obra citada*, p. 345).

El artículo 46 del Código Penal incorporó un listado preciso, taxativo, de (***i***) circunstancias genéricas, atenuantes o agravantes -que, como tales, operan en la determinación de la pena concreta de cualquier tipo de delito, y respetan su marco penológico-, así como otro de (***ii***) circunstancias agravantes cualificadas (artículos 46-A al 46-D) -que configuran un nuevo marco punitivo, más grave- (véase: Acuerdo Plenario número 1-2008/0-116, de dieciocho de julio de dos mil ocho). De otro lado, es de acotar que las (***iii***) circunstancias específicas están ubicadas en la Parte Especial del Código Penal, se encuentran adscritas a un delito específico y fijan una pena específicamente conminada. El Código Penal, por lo demás, no recoge pese a que debiera- (***iv***) circunstancias atenuantes privilegiadas- los Anteproyectos y Proyectos de Código Penal de 2008/2010 y de 2014/2015, respectivamente, acogían como tal circunstancia cuando: "la *afectación del bien jurídico producida por el delito sea leve*"- (Así: PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Consecuencias jurídicas del delito,* Editorial IDEMSA, Lima, 2016, pp. 203, 205, 239 y 245-248).

Culmina esta última etapa, siempre que concurran, con la aplicación de las reglas de reducción de la pena por bonificación procesal. Tratándose, por ejemplo, de confesión sincera, el juez tiene el arbitrio de disminuir la pena hasta en una tercer parte por debajo del mínimo legal (artículo 161 del Código Procesal Penal); y, en el supuesto de sentencia anticipada, el agente delictivo recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte (artículo 471 del Código Procesal Penal).

24.° Cabe señalar que este Supremo Tribunal, desde el Derecho Internacional convencional, tiene reconocido dos causales de disminución de punibilidad supra legales -sin que pueda negarse el análisis y aplicación, en lo pertinente, de la Convención 169 de la OIT "Convenio

Ir al índice

sobre pueblos indígenas y tribales", de 27 de junio de mil novecientos ochenta y nueve, en especial los artículos 8 a 10-.

1. El interés superior del niño, conforme al artículo 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Si imputado y agraviada forman ya una unidad familiar estable y tienen hijos menores de edad, y el primero cumple efectivamente con sus obligaciones de padre, se tiene que la culpabilidad por el hecho disminuye sensiblemente y debe operar, siempre, disminuyéndose la pena por debajo del mínimo legal. Así lo declaró la Ejecutoria Suprema 761-2018/Apurímac, de veinticuatro de mayo último.

2. Las dilaciones indebidas y extraordinarias en la tramitación del procedimiento penal, conforme al artículo 8, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho, como se sabe, tiene como finalidad evitar que los encausados o procesados permanezcan largo tiempo bajo imputación o acusación, según el caso, y asegurar que ésta se decida prontamente (SCIDH Suarez Rosero vs. Ecuador, de doce de noviembre de mil novecientos noventa y siete, párrafo 70). A fin de dar eficacia a este derecho fundamental, corresponde compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado mediante la aplicación de esta causa de disminución de punibilidad supra legal a fin de mantener la proporcionalidad de la pena, que debe ser paralela a la culpabilidad, y la disminución del merecimiento de pena por el dilatado tiempo transcurrido sin dictar sentencia definitiva-. Para ello se requiere, en tanto concepto abierto o indeterminado, *"...comprobar, caso por caso, si ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien redama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes"* (STSE 601/2013, de once de julio).

También debe atenerse a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (SCIDH Furlan y Familiares vs. Argentina, de treinta y uno de agosto de dos mil doce, párrafos 149- 150). Así lo declaró este Tribunal Supremo, amparándose en la STEDH Eckle vs. Alemania, de quince de julio de mil novecientos ochenta y dos, en las Ejecutorias Supremas 4674-2005/Lima, de veintiocho de febrero de dos mil siete, y 709- 2008/Lima, de veintisiete de enero de dos mil diez.

∞ B. ASPECTOS ESPECÍFICOS

25.° La sentencia casatoria vinculante número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis, objeto de examen plenario, a los efectos de *"...determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos* -edad de la víctima cercana a los catorce años de edad, minoría relativa de edad del agente delictivo y relación sentimental entre ambos-", aplicó lo que denominó "control de proporcionalidad de la atenuación" y ponderó cuatro componentes, que tituló "factores": **1.** Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada. **2.** Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años de edad -la víctima, en el caso concreto, contaba con trece años y veinticinco días de edad-. **3.** Afectación psicológica mínima de la víctima -la pericia psicológica no ha

Ir al índice

de comprobar daño psicológico alguno-. **4.** Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo -en ese caso existía una diferencia de seis años de edad entre ambos: ella trece años y él diecinueve años-.

26.° Sin embargo, la inclusión de estos "factores" y la mención a un "control de proporcionalidad de la atenuación" no son de recibo. Primero, porque la ley -el artículo 46 del Código Penal- estipuló las circunstancias a las que irremediablemente el juez debe acudir para determinar la pena concreta aplicable al condenado dentro del sistema de tercios estatuido por el artículo 45-B del citado Código. Segundo, porque, igualmente, la ley -en un sentido amplio- es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción de pena por bonificación procesal. No es posible, por consiguiente, crear pretorianamente circunstancias, causales de disminución de punibilidad o reglas por bonificación procesal al margen de la legalidad (constitucional, convencional y ordinaria) sin fundamento jurídico expreso-, tanto más si el principio de legalidad penal impide resultados interpretativos contrarios o no acordes con el Ordenamiento.

Ahora bien, determinado el tercio de la pena aplicable (inferior, intermedio o superior), la individualización concreta dentro del tercio que corresponda debe (***i***) asumir los lineamientos fijados por el artículo 45 del Código Penal, (***ii***) mensurar la entidad de cada circunstancia aplicable, así como (***iii***) incorporar criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en orden a la gravedad del hecho y a la condición personal del agente delictivo -responsabilidad por el hecho-, esto es, criterios de prevención general o especial y también de índole retributiva basada en la culpabilidad por el hecho.

La gravedad del hecho se refiere -no a la gravedad del delito, ya contemplada por el legislador para fijar la conminación punitiva- a aquellas situaciones fácticas, de todo orden, que el juez ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando. La condición personal del delincuente está integrada por aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica (conforme: RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS - Coordinador: *Código Penal comentado y con jurisprudencia,* 2da. Edición, Editorial La Ley, Madrid, 2007, pp. 205-206).

La pena, a final de cuentas, debe ser la justa compensación al grado de culpabilidad del sujeto y a la gravedad intrínseca del delito (conforme: STSE 1948/2002, de dieciocho de septiembre). O, desde una perspectiva más amplia, la gravedad y consecuencias del hecho, la personalidad del autor y su reinserción bajo la consideración de los fines de la pena, resultan decisivos para la clase y magnitud de la sanción (así: BGH 20,2214 [216]).

Es aquí donde la individualización de la pena atiende al concepto de lo proporcionado, en cuya virtud debe atenderse no solo a los márgenes legalmente establecidos sino también a todos los factores concurrentes en el hecho, sin descuidar que la proporcionalidad hoy en día también se utiliza como criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales. A lo que obliga el principio de proporcionalidad es, en el ámbito de las penas, a un análisis que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no sólo como postulado meramente

Ir al índice

descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquélla o aquél que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras u otros [DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO: *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia,* Editorial Civitas, Pamplona, 2008, pp. 307, 316 y 317].

27.° Los "factores" indicados en la sentencia vinculante examinada, en sus propios términos, tampoco son de recibo para aplicarlos imperativamente.

1. El consentimiento de la agraviada, de hecho, está excluido en razón al propio alcance del bien jurídico tutelado y el hecho de que el agente delictivo dolosamente hizo sufrir a la víctima el acceso carnal, quien por su propia edad -su desarrollo no solo físico sino mental y el contexto social- no está en condiciones de aceptar una relación sexual temprana -claro que el ataque sexual será más grave si el sujeto activo agrede o amenaza a la víctima, y más aún si la somete a un trato especialmente vejatorio-.

2. La proximidad de la víctima a los catorce años, al contemplar únicamente un dato físico en la evolución de una niña o niño, conlleva el riesgo de asumir una justificación basada en estereotipos o prejuicios obviando los patrones socioculturales que interactúan, y con ello a "formalizar" reglas de impunidad y descuidar el análisis integral de los acontecimientos, tales como la presencia de un ambiente de coerción e incluso de aislamiento creado por el agresor, las relaciones de poder a las que la víctima está sometida -condicionantes socioculturales-, y la situación de ausencia de un eficaz apoyo familiar o de desavenencias ocasionadas por diversos motivos en el marco de hogares disfuncionales.

3. La afectación psicológica mínima no tiene una evidencia empírica contrastable. Ésta se presenta de diversas formas y en periodos de tiempo variables –no necesariamente en el mismo momento o próximo al evento criminal-, pero siempre perjudican el desarrollo integral de las víctimas –someter a una niña o niño a una actividad sexual temprana desde luego que vulnera el debido y libre desarrollo de su personalidad-.

4. La diferencia etaria entre la víctima y el victimario debe asumirse con el cuidado y prudencia debida, así como los posibles vínculos sentimentales entre ambos en razón a la vulnerabilidad en que se encuentran los niños y las niñas -la naturaleza de la relación es independiente del propio hecho del acceso carnal a una niña o niño-. Criminológicamente, cuando existe una diferencia de edad entre sujeto activo y sujeto pasivo, que generalmente se fija en cinco años, ésta impide el mantenimiento de relaciones sexuales en condiciones igualitarias, viciando la capacidad del menor para comprender plenamente las implicaciones de su decisión; además, ello importa someter a la víctima, instrumentalizarla como objeto sexual para satisfacer los deseos del agresor [DÍAZ GÓMEZ/PARDO LLUCH, *Obra citada,* p. 6],

Es claro, de otro lado, que la minoría relativa de edad del imputado es una causal de disminución de la punibilidad y no puede excluirse en función del hecho punible perpetrado -el Acuerdo Plenario número 4-2006/CJ-116, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, así lo contempló; y, ha sido ratificado, entre otras, por la sentencia casatoria

Ir al índice

1672-2017/Puno, de dieciocho de octubre del año en curso, y la sentencia casatoria 214-2017/El Santa, de ocho de noviembre del presente año-, pero las características individuales de la víctima no autorizan, en sí mismas y por lo anteriormente expuesto, a una imperativa respuesta punitiva menos intensa.

28.° Un cambio importante en la aplicación de la pena está vinculado a la entrada en vigor de la Ley modificatoria número 30838, de cuatro de agosto del presente año, que estatuyó que la pena para estos delitos, cometidos en agravio de un menor de catorce años, es la de cadena perpetua -revisable por cierto cuando el condenado cumplió treinta y cinco años de privación de libertad, que expresa tanto su configuración desde una perspectiva resocializadora como la consagración en la ley una lógica excarceladora: presupuestos legales y procedimiento correspondiente (artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, agregado por el Decreto Legislativo 921, de dieciocho de enero de dos mil tres)-. El legislador ha considerado, desde luego, que la indemnidad sexual es uno de los bienes jurídicos más importantes -de mayor rango- y, por ello, el Estado debe responder con una firmeza extraordinaria.

29.° Es verdad que, en este tipo delictivo, se está ante una conminación penal absoluta -admitida desde consideraciones de prevención general -aunque siempre con ayudas resocializadoras y la oportunidad de reintegración social (conforme: ROXIN, CLAUS: En: *Sesenta años de Ley Fundamental Alemana desde la perspectiva del Derecho Penal. Obra Citada*, Tomo II, pp, 414-415)-, pero también es cierto que es posible reconocer, e imponer, ante situaciones excepcionales -como en su día resolvió el Tribunal Supremo Alemán: BGH GS 30, 105-, una pena privativa de libertad temporal, aunque de uno u otro modo esencialmente grave (artículo 29 del Código Penal).

La excepcionalidad se podría presentar, primero, cuando concurre al hecho una causa de disminución de punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; y, segundo, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena -aunque en este caso, obviamente, la respuesta punitiva será mayor que en el primer supuesto y su aplicación tendrá lugar en casos especialmente singulares o extraordinarios-. Pueden servir para ubicar estas situaciones extraordinarias el desarrollo psicológico concreto del agente -su historia personal desde el prisma de exámenes psicológicos especialmente rigurosos-, y, entre otros, los condicionantes sociales extremos que padeció -acreditados con pericias o informes sociales fundamentados que razonablemente expresen un nivel de sociabilidad diferenciado y complejo-, de suerte que permitan reducir sensiblemente la necesidad y, en su caso, el merecimiento de pena.

III. DECISIÓN

30.° En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

Ir al índice

ACORDARON

31.° DECLARAR SIN EFECTO el carácter vinculante de la disposición establecida por la Sentencia Casatoría número 335-2015/El Santa, de uno de junio de dos mil dieciséis.

32.° ESTABLECER como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes -que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos-, los siguientes lineamientos jurídicos:

A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.

B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos 45, 45-A y 46 del citado Código; y, los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena (párrafos 21-14). Éstas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho penal en su relación con el Derecho constitucional. El párrafo 26 de esta sentencia plenaria debe tomarse en especial consideración.

C. No son aplicables los denominados "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación". Éstos no se corresponden con las exigencias jurídicas que guían la aplicación, determinación y aplicación de las penas. La ley penal y el conjunto del Derecho objetivo tienen previstas las reglas respectivas, ya indicadas en el párrafo anterior.

D. La pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales. Al respecto, es de tener presente el párrafo 29 de esta Sentencia Plenaria.

33.° PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

34.° PUBLICAR la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el diario oficial *El Peruano* y en la Página Web del Poder Judicial.

Ir al índice

HÁGASE saber.

S.S.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
FIGUEROA NAVARRO
QUINTANILLA CHACÓN
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CASTAÑEDA ESPÍNO
NUÑEZ JULCA
SEQUEIROS VARGAS
PACHECO HUANCAS
GUERRERO LÓPEZ
CHAVEZ MELLA
BERMEJO RÍOS

Ir al índice

§ 1. CRITERIOS INDIVIDUALES DEL JUEZ SALAS ARENAS RESPECTO A LA PROPORCIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA DE LAS RELACIONES SEXUALES CONSENTIDAS ENTRE UNA MENOR PRÓXIMA A CUMPLIR LOS 14 AÑOS DE EDAD Y CUANDO EL AGENTE SE HALLA CERCANO AL SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

A. ASPECTOS GENERALES

1° El principio de proporcionalidad señalado en el artículo VIII, del Título Preliminar del Código Penal, se contrae a que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. A su vez este principio constitucional está conformado por tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, CHOCLÁN MONTALVO (1997: 89-90), destaca la idea de la responsabilidad por la propia acción y la proporcionalidad de la pena por el hecho cometido (que conforma el contenido de la función limitadora del principio que está llamado a cumplir el principio de culpabilidad). A decir del indicado autor, el respeto a la dignidad de la persona requiere que el penado no sea usado como instrumento al servicio de fines que aunque útiles socialmente, para la generalidad, no tengan en cuenta la previa comisión del hecho punible por el agente, respecto de quien se presume su libertad de voluntad. Además, precisa que la función de la pena no es con arreglo al texto constitucional exclusivamente resocializadora lo que permite el juego de otros fines también legitimados en el modelo de Estado que define la constitución política.

2° La restricción de responsabilidad por la edad está descrita en el artículo 22 del Código Penal (en adelante CP), cabe indicar que en dicha norma se señala que podrá reducirse prudencialmente la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, mientras que en el segundo párrafo, se excluye de la restricción al agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua (modificado por el Decreto Legislativo 1181, de veintisiete de julio de dos mil quince). Sobre el particular esta Suprema Instancia ya se pronunció e indicó que el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón de su edad no está en función directa del delito cometido (Acuerdo Plenario número 4-2016/CJ-116), por lo que al no estar debidamente justificada la restricción corresponderá a los jueces someter la norma al control difuso dependiendo del caso.

B. ASPECTOS ESPECÍFICOS

3° En la sentencia casatoria 335-2015/El Santa de uno de junio de dos mil dieciséis (objeto de examen), para determinar la pena concreta se tomó en cuenta cuatro factores: **1.** Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual con la menor, puesto que medió consentimiento. **2.** Proximidad del sujeto pasivo a los catorce años de edad (la víctima contaba con trece años y veinticinco días). **3.** Afectación psicológica mínima de la víctima

Ir al índice

(en la pericia realizada no se ha de comprobar daño psicológico alguno). **4.** Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo (seis años de distancia entre ambos, ella con trece y él con diecinueve). Además se consideró necesario acudir al artículo 29 del CP (regulación genérica de la pena, que establece que la pena privativa de libertad temporal será de dos días hasta treinta y cinco años).

4° El tipo penal sólo exige que el sujeto pasivo sea menor de catorce años, por lo que los factores descritos en la casación del Santa no son de recibo dado que el parlamento estableció las circunstancias a tomar en cuenta por el juzgador para determinar la pena (artículos 45,45-B y 46 del CP), y en segundo lugar, dichos factores no podrían servir para reducir la penas hasta la dimensión fijada (cinco años de privación de la libertad) acudiendo al otro espacio punitivo genérico del articulo veintinueve del CP (penas temporales de dos días a treinta y cinco años).

5° Cabe señalar que en el voto singular emitido en la Ejecutoria Suprema (recaída en el Recurso de nulidad número dos mil treinta y seis guion dos mil quince de veintisiete de abril de dos mil diecisiete. Bajo la ponencia del juez supremo Salas Arenas) se precisó, que la cuestión conflictiva surge al considerar la responsabilidad restringida del agente y la aparente relación afectiva entre imputado y víctima; el primero, dentro fiel rango etario de maduración incompleta del cortex prefrontal (las neurociencias aportan explicaciones de la conducta en términos de actividad cerebral) que organiza al pensamiento complejo y permite a cada persona distinguir lo bueno de lo malo, para escoger idóneamente entre trasgredir o no la prohibición penal y aquejado por el notorio influjo hormonal de la edad; y, la segunda, en la transición de la niñez a la adolescencia en una situación más intensa a la mencionada, dada la menor maduración como para decidir con solvencia sobre su sexualidad.

6° Establecido el problema concerniente a la proporción de la sanción, que es un asunto de orden constitucional, cabe la elucidación del alcance razonable. Corresponde analizar cada uno de los factores señalados en la casación materia de análisis:

1. Consentimiento de la agraviada, legalmente excluido puesto que no goza de tal capacidad debido a su edad.

2. Proximidad de la víctima a cumplir catorce años de edad, en tanto se presume en el fondo la maduración temprana, que puede no estar acreditada.

3. Mínima afectación psicológica en la víctima que generó confusión puesto que los juzgados superiores tomaron en cuenta el resultado de un examen inmediato y los asumieron definitivos.

4. La diferencia etaria entre la víctima y el agresor, que se basa en apreciación subjetiva.

Dos cuestiones de naturaleza específica subyacen en que las ciencias y el derecho se unen en singamia y en que para aplicar concretamente la decisión judicial se requiere inexorablemente la orientación del conocimiento especializado de la medicina, tanto de la psiquiatría como de

Ir al índice

las neurociencias: ***a)*** La apreciación del daño psíquico en la víctima en delitos sexuales; y, ***b)*** la maduración de la corteza prefrontal en el sujeto activo, ninguno de los dos depende de las apreciaciones exclusivamente jurídicas.

A) EXISTENCIA DE DAÑO PSÍQUICO O MÍNIMA AFECTACIÓN EN LA VÍCTIMA

A.1. En el fundamento jurídico vigésimo octavo, del Acuerdo Plenario número 2- 2016/CJ-116, de doce de junio de dos mil diecisiete (posterior a la casación objeto de análisis), se ha establecido que el menoscabo psíquico considerado como daño debe ser jurídicamente consolidado, fijándose en tal estado (presencia de "huella psíquica") transcurrido el termino de seis meses desde el suceso que le dio origen. Esto es el tiempo que la ciencia ha establecido como idóneo para acreditar la presencia de Trastornos Adaptativos descritos en el Manual de Diagnostico Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V), de la Asociación Americana de Psiquiatría instrumento de validez científica universalmente reconocido, versión que se encontraba vigente cuando se emitió la primera versión de la Guía para Determinar el Daño Psíquico. En el DSM-V (vigente desde el dieciséis de mayo de dos mil trece) se ha catalogado al Trastorno de Estrés Post Traumático (TEPT) en el apartado 309-81 en relación al apartado F43-1 del Clasificador Internacional de Enfermedades -CIE- 10)-, el cual estuvo vigente desde mil novecientos noventa hasta mayo de dos mil dieciocho, fecha en que entró en vigencia el CIE-11), diferenciando los criterios a considerar cuando se trate de adultos, adolescentes y niños mayores de seis años, y los que deben estar presentes cuando se diagnostique a niños menores a seis años; en ambos casos la expresión retardada de este trastorno se presenta después de los seis meses del acontecimiento, aunque algunos síntomas pudieran ser inmediatos, lo que deberá ser valorado por los juzgadores al analizar las lesiones producidas por esta clase de delitos.

A.2. Aunque el Acuerdo Plenario 2-2016/CJ-116 es, como se ha dicho, posterior a la sentencia casatoria analizada, sus fundamentos científicos son anteriores; mayo de dos mil trece y mil novecientos noventa y nueve, respectivamente, fecha de los instrumentos en que se describe y cataloga el estrés postraumático (hay un lapso de meses, o incluso años, antes de que el cuadro sintomático se ponga de manifiesto).

A.3. GINER ALEGRÍA[1] considera que para analizar el estrés postraumático se debe valorar las circunstancias histérico-sociales que enmarcan los hechos traumáticos y el ámbito cultural y familiar de la víctima.

Las fases habitualmente presentadas en personas que presentan daño psicológico son: ***a)*** la reacción de sobrecogimiento, es decir, la víctima suele reaccionar con un estado de shock, lo que genera abatimiento o incredulidad ante lo sucedido, ***b)*** vivencias afectivas dramáticas, presencia de dolor, indignación, rabia, miedo o sentimientos de culpa unidos a momentos de profundo abatimiento, ***c)*** tendencia a revivir, intensamente el suceso, se suele revivir el

1 En la conferencia dictada en la Academia de la Magistratura con motivo del "Seminario Internacional en Derecho Penal, Procesal Penal, Victimología y Criminología a la Luz del Derecho Comparado" realizado el día jueves seis de diciembre de este año.

Ir al índice

suceso gracias a la memoria, por asociarlo con el olor, un ruido con el aniversario del delito o al ver una película violenta.

A.4. Los jueces no pueden ignorar que la ciencia indica y establece parámetros diferentes al analizar los síntomas o efectos psicológicos en la víctima de violencia sexuales, los cuales varían con su edad, género e historia de vida, nivel de daño físico/simbólico, experiencias previas, acciones emprendidas para atender los síntomas y cambios derivados de la experiencia de violencia, apoyo institucional y el apoyo familiar y comunitario recibido. Una cosa es el efecto mediato y otra la huella psíquica del estrés postraumático, que no se ha analizado en la causa en que se pronunció la decisión casatoria, sino que se ha banalizado.

La judicatura no puede ignorar los dictados de la ciencia o interpretar los fenómenos psicológicos o psiquiátricos desde perspectivas exclusivamente jurídicas.

B) MADURACIÓN DE LA CORTE PREFRONTAL EN EL VICTIMARIO

B.1. No hay explicación cabal del motivo por el cual un responsable restringido recién salido de la adolescencia y convertido en adulto joven merezca un trato penal diferenciado frente a los adultos que ya sobrepasaron los veintiún años, salvo el mandato normativo.

B.2. Para LAURA POZUELO (2015: 5) la corteza prefrontal -capa externa del lóbulo frontal del cerebro- es una de las últimas áreas del cerebro en madurar ya que no se desarrolla completamente, sino hasta la tercera década de la vida de la persona. En tal sentido, la importancia de dicha corteza reside, en que es la parte del cerebro implicada en comportamientos cognitivos complejos como la función inhibitoria - necesaria para el proceso de toma de decisiones- y, por otro, es donde residen los circuitos neuronales responsables de funciones como la capacidad de planear, la memoria activa o el control de los impulsos. Es así que desde la infancia hasta la adolescencia, se está en una etapa decisiva pues es cuando las áreas corticales del cerebro continúan densificándose con la proliferación de conexiones neuronales. Y, que en cuanto a la parte frontal que recubre el cerebro (llamada materia gris) formada principalmente por cuerpos neuronales alcanza su mayor nivel de volumen alrededor de los once años en las niñas y los doce años en los varones (POZUELO, 2015:6). Por lo que es en esta etapa cuando se realiza un recambio en la estructura neuronal, y donde las conexiones que no tienen una utilización frecuente son dejadas de lado pues se mantienen dependiendo de las necesidades de desarrollo. Esto deberá ser compulsado por el juzgador al individualizar la pena, puesto que es un aspecto científico.

7° Respecto a la imposición de la pena de cinco años de privación de la libertad, no corresponde predicar la inexistencia de márgenes punitivos o dejarlos librados a la arbitrariedad (como tomar en cuenta el artículo 29 del CP), cuando del análisis sistemático de las sanciones se encuentra el artículo 176-A del CP, que sancionaba en aquella fecha los actos contra el pudor contra víctima cuyas edades oscilaban entre más de diez y menos de catorce años con pena privativa de libertad no mayor de cinco ni mayor de ocho años (con la dación de la Ley 30838, de tres de agosto de dos mil dieciocho, el legislador incremento la pena con no menos de nueve ni más de quince años de privación de libertad al autor de tal conducta).

Ir al índice

8° Resulta desproporcionado que una violación sexual en perjuicio de adolescente merezca, en abstracto, el mismo o menor reproche que el acto impúdico contra persona en la misma condición que se establece en el artículo 176-A del CP. Por lo que, degradar la dimensión de la sanción hasta la señalada en la impugnada, pervierte el valor del bien jurídico que debe proteger y cautelar el ámbito sexual de los menores de catorce años. (Según el artículo uno, del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes son considerados niños hasta los doce años de edad y adolescentes desde los doce hasta los dieciocho años de edad).

9° Para la determinación de la sanción razonable para el caso de un responsable restringido (después de realizar el control difuso) se debe considerar el sentido del artículo 22 del CP, que hace posible la reducción prudencial, la que no puede ser antojadiza, debido a que podría quedar desvalorado o con muy poco respaldo el bien jurídico afectado. Tal como refiere ROXIN (1997: 97), por motivo de los efectos preventivos especiales, la pena no puede ser reducida al punto que la sanción ya no sea tomada en serio por la comunidad; puesto esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico y a través de ello se estimularía la imitación.

10° Es insuficiente solo considerar el artículo 46 del CP, para determinar la pena; se requiere estimar el efecto del artículo 45 del mismo cuerpo legal (esto es, carencias sociales, culturales y costumbres), en concordancia con el acápite h, del numeral uno, del artículo 46 del CP "la edad del imputado en tanto hubiera influido en la conducta del imputado" teniendo en cuenta que la edad no solo es física sino también psíquica y que la maduración de la corteza prefrontal obedece a factores antropológicos, fisiológicos, sociológicos y ambientales en cada persona.

Por lo que, la apreciación de la madurez de la persona es un asunto bio psico-social que corresponde definir a la ciencia en cada caso. No siendo suficiente el límite normativo jurídico de responsabilidad restringida (artículo 22 del CP[2]). Por tanto es necesario acudir a la elucidación de la madurez psíquica de la persona antes de realizar la determinación judicial de la pena concreta y pertinente darle contenido a las indicadas normas existentes del CP, para de esa manera valorar las circunstancias de atenuación jurídica aplicable también a los casos de conductas penales o delitos cualificadas, y la condición personal de insuficiente maduración psíquica.

11° Hay por tanto una maduración normativa (dieciocho años de edad) y una fisiológica (que determina la ciencia).

12° Es posible por tanto tomar como pautas para imponer la pena concreta (puesto que no existen otros parámetros directos a los cuales acudir para disminuir la pena por la responsabilidad restringida por edad del agresor) los límites de la parte general del ordenamiento penal sustantivo y, de ser el caso, imponer la disminución por debajo del

2 Que obedece a la estandarización de la consideración de la adultez para fines civiles, en un tiempo concreto del desarrollo científico.

Ir al índice

mínimo legal (sin llegar a oponerse al fin preventivo general), bajo el sustento científico acreditativo.

13° De otro lado, es de acotar que en términos generales la relación sentimental que pudiera existir entre el agresor y la víctima o si esta última se dedicare a la prostitución son irrelevantes para calificar la configuración de los delitos sexuales.

§ 2. RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 173 DEL CP

14° Corresponde advertir que a la fecha del presente Pleno Casatorio Penal y posterior a la emisión de las resoluciones materia de análisis se dio la Ley 30838, que castiga el delito de violación sexual contra una menor de catorce años con cadena perpetua.

Para reducir la pena por tratarse del caso de responsabilidad restringida, de ser el caso, se deberá previamente efectuar el control difuso por el juez, y detraer la pena concreta, que atendiendo a criterios de proporcionalidad correspondería hasta treinta y cinco años (máximo temporal de la pena privativa de libertad, como ya se mencionó) y siempre dependiendo del caso se tomará en cuenta los fines preventivos especiales, respetando los fines preventivos generales.

Sr.
SALAS ARENAS

Ir al índice

DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 01-2018/CIJ-433

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
MARCIAL ELOY PAUCAR CHAPPA[1]

1. Sumilla

En la presente Sentencia Plenaria Casatoria de la Corte Suprema se ingresan dos temas gravitantes a la discusión jurídica, el primero referido a la pena conminada en los delitos sexuales -concretamente el delito de violación sexual de menores de 14 años, regulado en el artículo 173 del C.P.-, y el segundo, relacionado con la determinación judicial de la pena, pero aplicado específicamente al delito antes mencionado.

2. Introducción

Los temas que giran en torno al caso analizado han merecido no sólo una gran cantidad de modificaciones producto de una política criminal mínimamente reflexiva, sino que ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de nuestros Altos Tribunales -la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional-. Se conjugan frente a ello, tanto la penalidad en los delitos de violación sexual de menores de edad, y las profundas reformas introducidas en el campo de la determinación judicial de la pena.

Mediante la *Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2018/CIJ-433 -en adelante SPC N° 01-2018-* se deja sin efecto el carácter vinculante de la *Casación N° 335-2015/El Santa,* la cual había establecido inapropiadamente "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación", para el caso concreto del artículo 173, inciso 3, del C.P. -relaciones sexuales con menores de 14 años-, pues en rigor, dichos supuestos factores de determinación de la pena no se encontraban legalmente establecidos, como sí aparecen reguladas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, las causales de disminución o incremento de la punibilidad, o las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal.

Asimismo, otro aspecto relevante de la *SPC N° 01-2018* es que establece que la pena regulada en el artículo 173 del C.P. no es inconstitucional y que, si bien la pena de cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos, siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales.

---

1 Fiscal Provincial Penal Titular de Lima. Magíster en Ciencias Penales por la USMP. Profesor de Derecho Penal en la USMP (pregrado), y UNMSM (postgrado). Profesor de Cursos de Especialización en IDEHPUCP y ESAN. Ha sido expositor experto para la CICAD-OEA, CICTE-OEA, UNODC y la DEA.

Ir al índice

A continuación, abordaremos los principales alcances de dicho pronunciamiento jurisprudencial, ofreciendo un análisis crítico sobre el mismo, así como proponiendo algunas alternativas sobre un tema que consideramos requiere, de forma urgente, oportunas decisiones de política criminal en torno a estos delitos.

3. Análisis y Comentarios a la *SPC N° 01-2018*

3.1. La Política Criminal en torno a la penalidad del artículo 173 del C.P.

La *SPC N° 01-2018* no ha sido ajena a pronunciarse sobre el desarrollo evolutivo de la penalidad del artículo 173 del C.P. asumiendo que, criminológicamente, los delitos de carácter sexual constituyen una de las manifestaciones criminales más censuradas por la sociedad.

Empero, consideramos que la política criminal en torno a la pena conminada para el delito de violación sexual de menores de 14 años, regulada en el artículo 173 del C.P. ha sufrido varios procesos de incrementos punitivos, producto de decisiones improvisadas y sin contar con una mínima base de información criminológica. En ese sentido, para graficarlo procedemos a mostrar el siguiente cuadro:

N°	Modificaciones	Fecha	Edad de la víctima	Pena privativa de libertad
1	Texto original	1991	Menos de 7 años	*No menor de 15 años*
			Menos de 10 años	*No menor de 8 años*
			Menos de 14 años	*No menor de 5 años*
2	Ley N° 26293	14.02.94	Menos de 7 años	*De 20 a 25 años*
			Menos de 10 años	*De 15 a 20 años*
			Menos de 14 años	*De 10 a 15 años*
3	D.L. N° 896	24.05.98	Menos de 7 años	*Cadena Perpetua*
			Menos de 10 años	*De 25 a 30 años*
			Menos de 14 años	*De 20 a 25 años*
4	Ley N° 27472	05.06.01	Menos de 7 años	*De 20 a 25 años*
			Menos de 10 años	*De 15 a 20 años*
			Menos de 14 años	*De 10 a 15 años*
5	Ley N° 27507	13.07.01	Menos de 7 años	*Cadena Perpetua*
			Menos de 10 años	*De 25 a 30 años*
			Menos de 14 años	*De 20 a 25 años*
6	Ley N° 28251	08.06.04	Menos de 7 años	*Cadena Perpetua*
			Menos de 10 años	*De 25 a 30 años*
			Menos de 14 años	*De 20 a 25 años*
7	***Ley N° 28704***	05.04.06	Menos de 10 años	*Cadena Perpetua*
			Menos de 14 años	*De 30 a 35 años*
			Menos de 18 años[2]	*De 25 a 30 años*
8	Ley N° 30076	19.08.13	Menos de 10 años	*Cadena Perpetua*
			Menos de 14 años	*De 30 a 35 años*
9	***Ley N° 30838***	04.08.18	Menos de 14 años	*Cadena Perpetua*

2 El inciso 3) del artículo 173 del C.P. (texto introducido por Ley N° 28704) fue declarado inconstitucional mediante STC N° 0008-2012-PI-TC, del 24 de enero de 2013.

Ir al índice

Frente a ello podemos señalar algunas observaciones en torno a las diferentes modificaciones introducidas por el legislador nacional:

(1) En primer lugar, se puede verificar que, para el delito de violación sexual de menor de 14 años, inicialmente el extremo mínimo en el texto original era de 5 años de pena privativa de libertad, y el día de hoy, la única pena es de cadena perpetua.

(2) Adviértase que, en menos de siete años de vigencia del Código Penal, se recurrió a la pena de cadena perpetua, la cual inicialmente estaba regulada solo para los delitos contemplados en el D. Ley N° 25475.

(3) Recuérdese también que, la criminalización de las relaciones sexuales entre adolescentes introducido mediante Ley N° 28704, implicó varios pronunciamientos de la Corte Suprema a través de los Acuerdos Plenarios N° 7-2007/CJ-116, N° 4-2008/CJ-116, y el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2012/CJ-116, así como también del Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 0008-2012-PI-TC.

(4) Finalmente, resulta conveniente señalar que después de casi tres décadas que nuestro Código Penal ha mantenido una estructura nivelada de sanciones en atención a la edad de la víctima [*14-10, 10-7, 7-0*], actualmente, con la pena de cadena perpetua para todo acto que implique la comisión del delito violación sexual de un menor de 14 años, se cuenta no sólo con un único nivel de pena conminada, sino que la misma se encuentra sin límites máximos o mínimos.

3.2. Sobre las penas y principios del derecho penal

En torno a las penas y los principios del Derecho Penal, debemos recordar que ya la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse, a través del Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, *-Asunto: delito de violencia y resistencia a la autoridad y determinación judicial de la pena-*. En su fundamento jurídico 14 estableció: *"[...] La interpretación conforme a principios viene a corregir una situación de injusticia creada por la falta de precisión en la norma o, por la ausencia de la misma. Por principios fundamentales a analizar, enunciativa y no exclusivamente, son: el principio de legalidad, el principio de lesividad y el principio de culpabilidad".* En ese sentido, no se pierda de vista que, la interpretación conforme a los principios antes enunciados podría corregir únicamente supuestos de injusticia originados por la falta de precisión en la norma, así como por la verificación de un vacío legal.

En la *SPC N° 01-2018,* en su fundamento jurídico 10°, señala que la *Casación N° 335-2015/El Santa* había asumido como un principio indispensable del ordenamiento jurídico penal el de proporcionalidad, y que empleándolo de forma "genérica", había estimado que la pena conminada prevista para el supuesto en el que la víctima tenía entre 10 y 14 años, esto es, privación de libertad no menor de 30 ni mayor de 35 *-texto legal introducido por Ley N° 30076-* era desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Aunado a ello, había considerado

Ir al índice

que para la imposición de la pena concreta se debía recurrir a la regulación "genérica" de la pena privativa de libertad del artículo 29 del C.P.

Así también, la *SPC N° 01-2018*, en su fundamento jurídico 11°, nos recuerda que, si bien el principio de proporcionalidad no está expresamente proclamado en la Constitución Política, constituye una exigencia implícita del principio del Estado de Derecho, consagrado en los artículos 43 y 44 de nuestra Carta Fundamental, por lo que, la determinación legal de las penas no debe ser desproporcionada en relación con la infracción. Asimismo, la *SPC N° 01-2018* aclara que lo dispuesto en el artículo 139, numeral 22, de la *Norma Normarum*, que establece como principio que *"[...] el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad",* no contiene un derecho fundamental, sino un mandato dirigido a los poderes públicos para orientar el régimen penitenciario, en función de la pena privativa de la libertad y, que por ello, no puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, el problema en torno al principio de proporcionalidad ha sido identificado por FERRAJOLI en tres ámbitos, esto es, en la "pre-determinación" establecida por el legislador en relación a la medida máxima y mínima de pena para cada clase de delito; la "determinación" por parte del juez en función a la naturaleza y medida de la pena para cada delito concreto; y la "post-determinación", en la fase ejecutiva, vinculado a la duración de la pena efectivamente sufrida[3].

Otro punto relevante en el que incide la *SPC N° 01-2018*, en su fundamento jurídico 12°, es que no corresponde, en el actual estado de la ciencia penal y de las investigaciones empíricas, resolver "judicialmente"-como se pretendió a través de la *Casación N° 335-2015/El Santa*-, el sentido y el fin de la pena. En efecto, cabe recordar que las diversas posiciones sobre las teorías absolutas y relativas de la pena continúan en la palestra de un intenso debate jurídico. Sobre este aspecto, resultan pertinentes las afirmaciones de LARRAURI: "Es evidente que ninguna teoría penal existente puede indicarnos exactamente cuándo es apropiada una pena de prisión y cuándo es ilegítima, o de cuánto tiempo puede ser una pena de prisión hasta que sea considerada inhumana. Pero también deben reconocerse abiertamente los riesgos implícitos en las teorías respectivas: la ideología de la prevención que permite justificar la severidad de los castigos al unir prevención del delito con castigo del delito; la teoría de la justicia que permite aumentar la severidad al sobreenfatizar el carácter "merecido" de la pena"[4].

Incluso nuestro Código Penal alberga ambas corrientes, toda vez que, en el Título Preliminar del C.P., se recoge el *principio de culpabilidad* (artículo VII), el *principio de lesividad* (artículo IV), y el *principio de proporcionalidad de las sanciones* (artículo VIII), con una clara base en las teorías absolutas o retributivas, las cuales recibieron una fuerte influencia kantiana; mientras que, también se recoge la prevención general (artículo I), así como la prevención

3 FERRAJOLI, Luigi, *"Derecho y razón – Teoría del garantismo penal"*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 398-399.

4 LARRAURI, Elena, "Control del delito y castigo en Estados Unidos", en *Revista Jueces para la Democracia*, Núm. 32, Madrid, Julio/1998, p. 87.

Ir al índice

especial (artículo IX), las cuales forman los cimientos de las teorías relativas, las que a su vez, recogieron varias de las contribuciones formuladas por Feuerbach y Liszt; por tanto, se puede afirmar que predominarían las teorías mixtas o de la unión, tal como lo reconoció en su oportunidad nuestro Tribunal Constitucional, en el *caso Wolfenson Woloch* (STC N° 0019-2005-PI/TC, fundamentos 37° y 38°): *"[...] Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo [...] Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales [...]".*

3.3. Aplicación de la pena en el delito de violación sexual de menor de edad

3.3.1. Aspectos generales

Como primer punto de partida, debemos establecer con claridad que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, regidas en estricta aplicación del principio de legalidad, por tanto, en principio, cualquier mención a factores que puedan incidir en la responsabilidad penal ajenas al marco normativo, no podrían ser validadas jurídicamente.

Ahora bien, en la doctrina más autorizada, el maestro PRADO SALDARRIAGA ha señalado que, atendiendo a las características de nuestra legislación penal, resulta pertinente hacer referencia sólo a cuatro clases de circunstancias[5]:

(1) Las circunstancias genéricas, las cuales se encuentran reguladas en la *Parte General* -por ejemplo, el artículo 46 del C.P.-, y que se aplican a cualquier delito, incluyendo a aquellos que se encuentran en leyes penales complementarias (D.L. N° 813, Ley N° 28008, D. Ley N° 25475, Ley N° 30096, D.L. N° 1106, etc.).

(2) Las circunstancias específicas, que son aquellas que se encuentran en la *Parte Especial* -pero también en las leyes penales complementarias-, acompañando a los diferentes tipos penales como, por ejemplo, las circunstancias agravantes del delito de hurto, las cuales se describen en el artículo 186 del C.P., o las circunstancias atenuantes del delito de lavado de activos, reguladas en el artículo 4 *in fine* del D.L. N° 1106.

(3) Las circunstancias cualificadas (artículos 46-A, 46-B, 46-C, 46-D, y 46-E del C.P.), y las circunstancias privilegiadas, debiendo precisarse que actualmente nuestro ordenamiento jurídico no las ha regulado. Asimismo, resulta trascendental no confundirlas con: a) las causales de disminución de la punibilidad, tal como la tentativa (artículo 16 del C.P.), las eximentes imperfectas (artículos 20 y 21 del C.P.), la responsabilidad restringida (artículo 22 del C.P.), la complicidad secundaria (artículo

5 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *"Consecuencias Jurídicas del Delito – Giro punitivo y Nuevo Marco Legal"*, Idemsa, Lima, 2016, pp. 204-205.

Ir al índice

25 del C.P.); b) las causales de incremento de la punibilidad, como ejemplo, el delito continuado y delito masa (artículo 49 del C.P.), el concurso ideal de delitos (artículo 48 del C.P.), y el concurso real de delitos (artículos 50 y 51 del C.P.).

(4) Las circunstancias antecedentes, las cuales se encuentran presentes antes del inicio de la acción del delito, teniendo como ejemplo, las circunstancias que involucran la condición personal del agente -infractor primario (artículo 46, inc. 1, literal a, del C.P.), funcionario público (artículo 297, inc. 1, del C.P.), pariente de la víctima (artículo 170, inc. 3, del C.P.), entre otros-. Las circunstancias concomitantes, las cuales aparecen al momento de la ejecución del delito, tal como las vinculadas a la reincidencia o habitualidad (artículos 46-A y 46-B del C.P.), a los medios empleados o al modo de ejecución -con empleo de armas (artículo 189, 1er p., inc. 3, del C.P.) o destrucción de obstáculos (artículo 186, 1er p., inc. 2, del C.P.)-. Por último, las circunstancias posteriores, las cuales aparecen luego de realizada la consumación del delito -reparar el daño ocasionado (artículo 46, inc. 1, literal f), del C.P.)-. Cabe agregar que éstas pueden aplicarse a las circunstancias genéricas, específicas, cualificadas o privilegiadas[6].

3.3.2. Aspectos específicos

En este ámbito, la *SPC N° 01-2018* recuerda que la *Casación N° 335-2015/El Santa* a efectos de determinar el quantum de la pena concreta aplicable al caso analizado -un supuesto de violación sexual de menor de 14 años-, había aplicado lo que denominaba "control de proporcionalidad de la atenuación" y ponderó cuatro componentes que rotuló "factores":

A. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, en que medió consentimiento de parte de la agraviada.

B. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los 14 años de edad –la víctima en el caso concreto contaba con 13 años y 25 días de edad-.

C. Afectación psicológica mínima –la pericia psicológica no ha de comprobar daño psicológico alguno-.

D. Diferencia etaria entre el sujeto activo y pasivo –en ese caso existía una diferencia de 6 años de edad entre ambos: ella 13 años y él 19 años-.

En la misma línea seguida por la *SPC N° 01-2018*, se puede afirmar que la fijación de los mencionados "factores", así como la alusión a un "control de proporcionalidad de la atenuación" carecen de total fundamento jurídico. Se incide en dos aspectos: i) el primero, en función a las circunstancias reguladas en el artículo 46 del CP que son aplicables al condenado conforme a las reglas establecidas en el artículo 45-A del citado cuerpo normativo;

6 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *"Consecuencias Jurídicas del Delito – Giro punitivo y Nuevo Marco Legal"*, Idemsa, Lima, 2016, pp. 244-245.

Ir al índice

ii) el segundo, porque la ley es la que fija las causales de disminución de punibilidad y las reglas de reducción punitiva por bonificación procesal.

En ese sentido, el citado factor "consentimiento de la agraviada", se encontraba excluido de plano, toda vez que, al identificar como bien jurídico protegido la "indemnidad sexual" se advierte que la condición etérea de la menor no resiste la más mínima posibilidad de consentimiento para el acceso carnal, razón por la cual, incluso la doctrina ha determinado estas formas de agresión sexual como "violaciones presuntas"[7], pues existe una presunción *iure et iure* de violación sexual cuando la víctima es una menor de 14 años.

Aunado a ello, el denominado factor "proximidad de la víctima a los 14 años", no sólo formalizaba o legalizaba reglas de impunidad, sino que alejaba de contexto las diferentes situaciones de vulnerabilidad que pueden envolver a la víctima –p. ej. carencia de soporte familiar-, así como también los llamados "entornos de coacción", los cuales han sido incorporados recientemente a nuestro ordenamiento jurídico mediante Ley N° 30838, del 4 de agosto de 2018 y que, como lo hemos expuesto en trabajos anteriores, pueden evitar que el consentimiento sea libre y expreso[8].

Del mismo modo, el factor etiquetado como "afectación psicológica mínima" carecía definitivamente de algún sustento científico que mínimamente se pueda corroborar, en la medida que la afectación psicológica no siempre puede evidenciarse de manera inmediata, sino que sus secuelas muchas veces se manifiestan con posterioridad a los hechos de agresión sexual. En ese mismo orden de ideas, ya anteriormente la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 2-2016/CJ-116, fundamento jurídico 31°, había señalado: *"[...] De acuerdo a la Guía para determinar la Afectación Psicológica, esta comprende: Signos y síntomas que presenta el individuo como consecuencia del evento violento, que para ser valorados dependen de su tipo de personalidad, estrategias de afrontamiento, autopercepción, madurez, experiencias personales, cultura, habilidades sociales, capacidad de resiliencia, percepción del entorno, entre otras, pudiendo estas interferir de forma pasajera o permanente..."*. Por lo demás, no debe perderse de vista que el legislador ha establecido un marco normativo para la "afectación psicológica" en algunos tipos penales, tales como en el delito de feminicidio -agravante relacionado a la ejecución del delito frente a los hijos (artículo 108-B, 2do p., inc. 8, del C.P.), en el delito de lesiones graves -supuesto referido a obligar a otro a presenciar la comisión de algunos delitos graves (artículo 121, 1er p., inc. 4, del C.P.), en el delito de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar -agravante vinculada a contextos de violencia familiar o de violación sexual (artículo 121-B, 1er p., inciso 7, del C.P.)-, en el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar (artículo 122-B del C.P.).

El último de ellos, el factor llamado "diferencia etaria entre la víctima y el victimario", había confundido las relaciones sentimentales con las relaciones sexuales, pues en este último

7 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *"Delitos y Penas – Una aproximación a la Parte Especial"*, Ideas, Lima, 2017, p. 86.

8 PAUCAR CHAPPA, Marcial, *"Algunas consideraciones dogmáticas en torno al delito de acoso sexual"*, en Revista Actualidad Penal, N° 58, Lima, abril 2019, p. 56.

Ir al índice

caso, debía tomarse en cuenta que los menores de 14 años aún no se encuentran legalmente en la capacidad de brindar su consentimiento para el acceso carnal.

Por lo demás, cabe recordar que anteriormente la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 había establecido como factores complementarios de atenuación en su fundamento jurídico 11°: a) que la diferencia etaria entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva; b) que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerados socialmente; c) que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales de convivencia a temprana edad; y d) la admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas. No obstante, dichas pautas jurisprudenciales fueron establecidas para los supuestos de prácticas sexuales "consentidas" con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años, y en un contexto político criminal absolutamente diferente, introducido por la jurídicamente controvertida Ley N° 28704.

Finalmente, es de precisar que lo resuelto en la *SPC N° 01-2018* guarda estricta coherencia con lo postulado por el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, en tanto en cuanto, en la *Casación N° 335-2015/El Santa* no existía la necesidad de formular una interpretación conforme a los principios del Derecho Penal, principalmente el de *proporcionalidad*, para corregir alguna situación de injusticia originada por la falta de precisión en la norma, o por la verificación de un vacío legal.

3.3.3. La actual conminación legal: pena de cadena perpetua

Un punto adicional abordado por la *SPC N° 01-2018* dentro del análisis desarrollado respecto a la *Casación N° 335-2015/El Santa*, está referido a la pena conminada de cadena perpetua que ha sido establecida para los delitos de violación sexual de menores de 14 años en el artículo 173 del C.P., y que sido introducida mediante Ley N° 30838.

Como se sabe, dicha *pena privativa de libertad indeterminada* es revisable a los 35 años, conforme así lo establece el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal: *"La pena de cadena perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad por el órgano jurisdiccional que impuso la condena [...]"*. Recuérdese que dicha disposición fue introducida mediante el D.L. N° 921 del 17 de enero de 2003, en atención a un contexto de política criminal que buscaba armonizar el marco normativo nacional existente con los alcances expuestos en la Sentencia N° 010-2002-AI/TC-Lima (*Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos*), donde se debatió, entre otros, sobre los alcances de los límites máximos de las penas en los delitos regulados en el D. Ley N° 25475.

Es cierto también que, en la doctrina, se ha incidido en realizar observaciones a la pena de cadena perpetua en relación con el principio de proporcionalidad: *"...La determinación de la pena es una cuestión que, si bien tiene que ver con el bien jurídico protegido, se encuentra también directamente relacionado con el sujeto que realiza el hecho y con las concretas condiciones en que lo realiza... En la medida en que cuando se aplica la cadena perpetua*

Ir al índice

se prescinde de este análisis, se reniega de la diferencia entre los injustos y de los diversos grados de culpabilidad que pueden presentar los sujetos que cometen el delito conminado con la pena de cadena perpetua; renegándose, también y, en consecuencia, del principio de proporcionalidad, pues se castiga con la misma pena (cadena perpetua) hechos que si bien se subsumen dentro del mismo tipo penal, no son idénticos"[9].

Ante ello, se ha admitido que en casos excepcionales se pueda imponer una pena privativa de libertad temporal. En ese sentido, se ha identificado como primer supuesto de excepcionalidad cuando concurre al hecho una causa de disminución de la punibilidad o es aplicable una regla de reducción de la pena por bonificación procesal; en este ámbito resulta ilustrativo el R.N. N° 2015-2011/Lima [*Caso Marco Antonio Gallego Gonzáles*], donde para la determinación judicial de la pena se tomó en consideración la conclusión anticipada como beneficio premial para establecer la pena concreta en treinta y cinco años de pena privativa de libertad por la comisión del delito de robo con muerte subsecuente (artículo 188 del C.P., concordante con el artículo 189, párrafo *in fine*) el cual prevé pena de cadena perpetua. Aunque no debe perderse de vista que actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, la confesión sincera (artículo 161 del C.P.P.) es inaplicable, entre otros, al delito de violación sexual de menor de 14 años, regulado en el artículo 173 del C.P., en tanto que, la terminación anticipada (artículo 471 del C.P.P.), no procede para el delito de feminicidio previsto en el artículo 108-B del C.P.

Mientras que, como segundo supuesto, cuando se presentan circunstancias especialmente relevantes desde criterios preventivos que reduzcan sensiblemente la necesidad de pena, tales como el desarrollo psicológico concreto del agente, o los condicionantes sociales extremos que padeció, de tal forma que permitan reducir sensiblemente la necesidad y merecimiento de la pena.

4. Parte Resolutiva

En primer lugar, la *SPC N° 01-2018* declaró dejar sin efecto el carácter vinculante de la disposición establecida en la *Casación N° 335-2015/El Santa* del 1 de junio de 2016.

En segundo lugar, la *SPC N° 01-2018* estableció como doctrina legal los siguientes lineamientos jurídicos:

A. El artículo 173 del Código Penal no contempla una pena inconstitucional. No existen razones definitivas o concluyentes, desde el principio de proporcionalidad, para estimar que la pena legalmente prevista para el delito de violación sexual de menores de edad no puede ser impuesta por los jueces penales.

B. Corresponde al juez penal ser muy riguroso en la determinación e individualización de la pena. En tal virtud, debe seguir las directivas establecidas en los artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal, las disposiciones fijadas en los artículos

9 MEINI, Iván, *"Imputación y responsabilidad penal – Ensayos de Derecho Penal"*, Ara, Lima, 2009, p. 336.

Ir al índice

45, 45-A y 46 del citado Código; y los demás preceptos del Código Penal y del Código Procesal Penal con influencia en la aplicación, determinación e individualización de la pena. Éstas expresan las reglas, de rango ordinario, que afirman los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad propios del Derecho penal en su relación con el Derecho constitucional.

C. No son aplicables los denominados "factores para la determinación del control de proporcionalidad de la atenuación".

D. La cadena perpetua debe ser aplicada en sus justos términos. Siempre es posible una opción individualizadora y de menor rigor en situaciones excepcionales.

5. Conclusiones

A. La pena conminada establecida en el delito de violación sexual de menores de 14 años ha sido establecida por el legislador en atención a la gravedad en la afectación al bien jurídico protegido "indemnidad sexual", y si bien actualmente, ésta tiene una sanción de pena de cadena perpetua, dicha consecuencia jurídica no puede tener la condición de inconstitucional.

B. En atención al *principio de legalidad*, no resulta posible aplicar factores de determinación de la pena distintos a los que se encuentran regulados en nuestro ordenamiento jurídico penal. Tanto más, si los factores propuestos en la *Casación N° 335-2015/El Santa,* colisionaban directamente con el bien jurídico protegido "indemnidad sexual" (*factor de consentimiento de la víctima*), legalizaban reglas de impunidad (*factor de proximidad de la víctima a los 14 años*), transgredían las más mínimas exigencias de sustento científico de corroboración (*factor de afectación psicológica mínima*), o no tomaban en consideración la diferencia entre relaciones sentimentales y relaciones sexuales (*factor de diferencia etaria entre víctima y victimario*).

C. Es de recibo formular una interpretación conforme a los principios del Derecho Penal *-proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, entre otros-*, para "corregir" algún supuesto de injusticia originado por la falta de precisión en la norma, o por la verificación de un vacío legal, tal como ocurrió en su oportunidad con la no gratamente recordada criminalización de las relaciones sexuales entre adolescentes que se reguló en el delito de violación sexual de menores de 18 años y mayores de 14 años (Ley N° 28704), así como en la actual agravante del delito de Violencia y Resistencia contra Autoridad Policial (Ley N° 30054).

Ir al índice

14

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 179-2018
ICA

Ilogicidad de la motivación y modalidades

I. Este Tribunal Supremo, con apoyo de la doctrina especializada, ha identificado diversas modalidades de ilogicidad de motivación, que es pertinente destacar. **a)** La primera aparece cuando el juzgador, desconociendo otras posibilidades, cree que la consecuencia valorativa que extrae de lo que ha resultado probado es la única posible y, por tanto, considera que es la indefectiblemente obligada. En este punto, lo cuestionable es, desde la perspectiva de la logicidad, que no se haya descartado otras hipótesis alternativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado un resultado fáctico distinto en la causa. **b)** La segunda reside en la falta de legibilidad y claridad en la narración de los hechos probados. Este se aprecia cuando el juzgador redacta el relato correspondiente utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes, de modo que no sea posible conocer con precisión la conducta que se enjuicia y, por tanto, resulte imposible su calificación jurídica. **c)** La tercera surge cuando las sentencias contienen proposiciones contradictorias, afirmando y negando, a la vez, un mismo hecho. **d)** La cuarta acontece cuando en la motivación judicial se efectúa un mero relato de "hechos probados", pero sin establecer la vinculación entre las pruebas y los hechos, esto es, sin puntualizar qué pruebas permiten deducirlos y cuáles son las razones por las que se consideran efectivamente acreditados.

II. En el caso evaluado, se ha vulnerado el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, regulado en el artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Estado. Las sentencias analizadas, de primera y segunda instancia, presentan errores lógicos insubsanables, lo cual, al

Ir al índice

amparo del artículo 150, literal d, del Código Procesal Penal, justifica declarar la nulidad de ambas.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de julio de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y seis, del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil dieciséis, que absolvió a LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE del requerimiento acusatorio por el delito contra la libertad sexual-violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales V. C. B.

De conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento de fojas uno, formuló acusación fiscal contra LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE por el delito contra la libertad sexual-violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales V. C. B.

Calificó el ilícito en el artículo 170, primer párrafo, numerales 2 y 6, del Código Penal, modificado por Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece.

Solicitó la aplicación de las siguientes consecuencias jurídicas: trece años y nueve meses de pena privativa de libertad, inhabilitación por el plazo de diez años, conforme al artículo 36, numeral 11, del Código Penal, y S/ 2500 (dos mil quinientos soles) de reparación civil. Además, requirió tratamiento terapéutico.

Los hechos objeto de procesamiento, fueron los siguientes:

1.1. En el año dos mil catorce, la agraviada de iniciales V. C. B. domiciliaba en el anexo de Chanta, distrito de Pocohuanca, provincia de Aymaraes, departamento de Apurímac, junto a su madre y hermanos. En enero de dos mil catorce, la referida menor arribó a la ciudad de Nasca, junto a su progenitora, Emilia Briceño Galindo, y ambas se dirigieron a la casa del procesado Lázaro Roberto Huarhua Cope, quien era conviviente de Ceferina Briceño Galindo (hermana de Emilia Briceño Galindo). La vivienda estaba situada en la esquina de las avenidas Zarumilla y Los Paredones, en la ciudad de Nasca. El imputado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE es comerciante y se dedicaba al "pelado de pollos".

Ir al índice

1.2. Cuando la víctima de iniciales V. C. B. y su madre, Emilia Briceño Galindo, decidieron retornar a su domicilio, Ceferina Briceño Galindo le pidió a esta última que dejara a su hija para que los ayude en el negocio, a fin de lograr la distribución en los diversos establecimientos de la provincia, a cambio de lo cual le ofreció inscribirla en el segundo año de secundaria, en el colegio "Josefina Mejía de Bocanegra" de Nasca, lo que fue aceptado por Emilia Briceño Galindo. La menor de iniciales V. C. B. se quedó en la casa del acusado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE durante el año dos mil catorce y durmió en la habitación que ocupaban las hijas de este último, de quince y nueve años de edad.

1.3. El veintisiete de diciembre de dos mil catorce, entre las 2:00 y 3:00 horas, la víctima de iniciales V. C. B. se encontraba durmiendo en el mismo dormitorio que las otras dos menores ya mencionadas, pero en camas separadas. En ese momento, ingresó el imputado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE, se acercó a la cama de la menor agraviada, le tapó la boca con una de sus manos y con la otra le retiró el pijama y la trusa que tenía puesta, mientras que él se bajó el short y, seguidamente, la penetró por vía vaginal durante quince minutos, hasta que eyaculó dentro de ella. Este hecho se produjo en contra de la voluntad de la menor de iniciales V. C. B. y ocasionó que brotaran gotas de sangre de su zona genital. El procesado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE le profirió amenazas consistentes en que la "botaría de su casa" si contaba a alguien lo sucedido.

1.4. Entre la víctima de iniciales V. C. B. y el encausado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE existía una relación de parentesco de sobrina-tío.

Segundo. Llevado a cabo al juzgamiento, los señores jueces del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Zona Sur, a través de la sentencia de fojas noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil dieciséis, absolvieron a LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual-violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales V.C.B.

En primera instancia se estableció lo siguiente:

2.1. En primer lugar, la agraviada de iniciales V. C. B., en la entrevista brindada ante la psicóloga y durante el juicio oral, aseveró que el veintisiete de diciembre de dos mil catorce estuvo durmiendo junto a sus primas en la misma habitación pero en camas separadas. Aproximadamente a las 2:00 horas, el imputado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE entró al dormitorio, le tapó la boca, le bajó el pijama, mientras que él se retiró el short, y la ultrajó sexualmente por vía vaginal, durante quince minutos. Adujo que observó sangre en su zona íntima, que tuvo miedo, que no pudo gritar y que manifestó que le contaría lo sucedido a su tía Ceferina Briceño Galindo, ante lo cual, el mencionado procesado le advirtió que la "botaría de su casa".

2.2. En segundo lugar, la amenaza hacia la víctima de iniciales V. C. B. no se produjo durante los "quince minutos que duró el acto sexual" o para accederla carnalmente, sino en un momento posterior, es decir, para que no ponga de conocimiento este hecho.

Ir al índice

2.3. En tercer lugar, según las pericias psicológicas practicadas a la menor de iniciales V. C. B., ella no expresó un relato espontáneo ni presentó indicadores psicológicos compatibles con estado traumático. Por su parte, el imputado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE, durante su evaluación psicológica, afirmó que tuvo relaciones sexuales con la referida agraviada con su consentimiento y producto del enamoramiento surgido entre ambos. Este vínculo sentimental se comprobó con las testificales de Emilia Briceño Galindo y Ceferina Briceño Galindo

2.4. En cuarto lugar, existe incertidumbre respecto a que en las relaciones sexuales suscitadas entre el procesado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE y la agraviada de iniciales V. C. B. haya existido violencia y/o amenaza. Se afirmó la posibilidad de que ambos mantuvieran una relación sentimental y que la segunda consintiera los actos sexuales.

Tercero. Contra la mencionada sentencia, el señor fiscal provincial interpuso recurso de apelación de fojas ciento veinte, del dieciocho de noviembre de dos mil dieciséis. Dicha impugnación fue concedida por auto de fojas ciento veintiséis, del dos de febrero de dos mil diecisiete. Se dispuso elevar los actuados al superior jerárquico.

Cuarto. En la audiencia de apelación no se incorporaron medios probatorios, solo se efectuaron los alegatos respectivos y la lectura de piezas procesales, según emerge del acta de fojas ciento ochenta.

En ese contexto, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y seis, del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, confirmó la sentencia de primera instancia que absolvió a LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual- violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales V.C.B.

En segunda instancia se señaló lo siguiente:

4.1. En primer lugar, el ambiente donde ocurrió el hecho posee una dimensión de cuatro metros por cuatro metros. Al costado de la pared se ubicó un camarote y a un metro de distancia una cama de dos plazas. En el primero durmió la víctima de iniciales V. C. B. y su hermana, y en la segunda pernoctaron las hijas del imputado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE. Se formuló la interrogante sobre si "era posible que en un espacio tan reducido y con tantas personas durmiendo, podría haber acaecido un acto sexual utilizándose violencia o amenaza" y se concluyó que "ninguna persona en sus cabales podría entrar a un lugar así y efectuar un ataque sexual".

4.2. En segundo lugar, la menor de iniciales V. C. B. no es una niña y no posee discapacidad, por ello, al sentirse atacada en un lugar de poca visibilidad y por instinto de conservación, debió gritar o reaccionar con violencia y brusquedad para retirar la mano del acusado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE de su rostro, empero, nada de ello ocurrió.

4.3. En tercer lugar, la agraviada de iniciales V. C. B. tuvo sus manos libres pero no hizo fuerza alguna ni con sus brazos o piernas para quitarse la mano del imputado LÁZARO

Ir al índice

ROBERTO HUARHUA COPE o evitar que él la desvista. Se indicó que a un metro de distancia se encontraban durmiendo sus primas en una cama de dos plazas, mientras que a diez metros se ubicaba la habitación de su tía Ceferina Briceño Galindo. A pesar de ello, no pidió auxilio.

4.4. En cuarto lugar, la menor de iniciales V. C. B. no relató que durante el acto sexual fuera amenazada. Si bien afirmó un acto de amenaza de parte del procesado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE, este se produjo después de consumado el evento, es decir, cuando le dijo que la "botaría de su casa". Por ello, se determinó la ausencia de dicho elemento normativo.

4.5. En quinto lugar, no se descarta que se haya producido una relación sexual consentida. Surgen contradicciones y divergencias en la versión de la agraviada de iniciales V. C. B., lo que reduce su consistencia y no permite determinar que el acto sexual se haya realizado contra su voluntad. Por ende, no se aprecia logicidad en las circunstancias relatadas.

4.6. En sexto lugar, para la menor de iniciales V. C. B. no es imposible que exista una relación sentimental o efectiva entre un varón "muy mayor y una mujer muy menor", ya que entre sus padres existe una diferencia de edad de veintisiete años.

4.7. En séptimo lugar, el acercamiento afectivo entre el procesado Lázaro Roberto Huarhua Cope y la agraviada de iniciales V. C. B. está sustentado con las declaraciones de Emilia Briceño Galindo y Ceferina Briceño Galindo.

4.8. En octavo lugar, de acuerdo con el peritaje psicológico y su ratificación en el acto oral, la víctima de iniciales V. C. B. no presenta rasgos ni reacciones compatibles con un estado traumático producto de una agresión sexual. Se aseveró que luego de culminada la relación carnal, tuvo una actitud que: "No converge con un hecho tan grave como lo es sufrir una violación sexual".

Quinto. Frente a la sentencia de vista acotada, el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR promovió el recurso de casación de fojas doscientos cinco, del diecinueve de diciembre de dos mil diecisiete. Mediante auto de fojas doscientos veintiuno, del veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete, la citada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a esta Sede Suprema.

§ II. Del procedimiento en la Instancia Suprema

Sexto. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación de fojas cincuenta y nueve, del diez de septiembre de dos mil dieciocho, por el que declaró bien concedido el recurso de casación.

Se puntualizó que en la sentencia de vista pertinente existió ilogicidad de la motivación, al aceptarse que la declaración de la menor identificada con las iniciales V. C. B. no fue verosímil,

Ir al índice

sin haber evaluado de forma objetiva dicha testifical ni considerar el mérito del resto de las pruebas de cargo (manifestaciones de testigos y pericias psicológicas).

En observancia de la doctrina de la voluntad impugnativa, se admitió la casación, por la causal regulada en el numeral 4 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Séptimo. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según la notificación y cargo de fojas sesenta y cuatro, y sesenta y cinco, se emitió el decreto de fojas sesenta y ocho, del trece de mayo de dos mil diecinueve, que señaló el doce de junio del mismo año como fecha para la audiencia de casación.

Octavo. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Como se indicó, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación planteado por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR por la causal regulada en el artículo 429, numeral 4, del Código Procesal Penal.

El motivo casacional se circunscribe al examen de la logicidad de la motivación judicial.

En ese sentido, el pronunciamiento de la presente sentencia está disgregado en dos baremos: el primero, relativo a la ilogicidad de la motivación, su definición, sus alcances normativos y sus modalidades, y, el segundo, referente al análisis del caso concreto, a partir de los fundamentos de las sentencias de primera y segunda instancia.

I. De la ilogicidad de motivación

Segundo. El artículo 429, numeral 4, del Código Procesal Penal contempla dos supuestos configurativos: el primero, falta de motivación y, el segundo, ilogicidad de la motivación. Ambos deben emerger del propio tenor de la resolución judicial cuestionada.

Con fines aclarativos, cabe mencionar que a este Tribunal Supremo solo le atañe efectuar un *juicio sobre el juicio* elaborado en las instancias inferiores, lo que abarca la verificación de la corrección del razonamiento jurídico utilizado por los órganos jurisdiccionales sentenciadores. Los tribunales de casación solo controlan el nexo relacional entre la valoración de la prueba y la motivación que pretende justificarla, y actúan no como juez del *proceso* sino como juez de la *sentencia*[1].

Bajo esta óptica, está proscrita la realización de un análisis autónomo sobre los hechos y

1 IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *El razonamiento en las resoluciones judiciales.* Lima-Bogotá: Editoriales Palestra y Temis, 2018, pp. 88-89.

Ir al índice

las pruebas para, luego de ello, contrastarlo con la evaluación producida en las sentencias recurridas, haciéndolo prevalecer.

Tercero. Recientemente, esta Sala Penal Suprema ha ensayado la siguiente definición:

> [...] En función de los diversos conceptos que se han dado [...] 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 contradicciones [...] 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 [...][2].

Cuarto. Los alcances normativos de la ilogicidad de la motivación han sido precisados por la jurisprudencia expedida en esta Instancia Suprema. Así, en su oportunidad, se indicó lo siguiente:

> [...] La motivación ilógica está conectada con las valoración de las pruebas lícitamente incorporadas al proceso [...] La valoración probatoria exige el respeto de las reglas de la lógica –se incluye, las máximas de la experiencia y las leyes científicas [...] La razonabilidad del juicio del juez descansa, ya no en la interpretación (acto de traslación) 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 probatoria [...] debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos. Si se escoge una regla lógica, una máxima de la experiencia o una ley científica equivocada o impertinente [...] si se escoge una de éstas es demasiado genérica o amplia para definir el caso concreto; o si se la aplica incorrecta o equivocadamente; en estos casos, la inferencia resultante será equivocada. Se requiere que el análisis que proyecta el juicio de inferencia en función a las pruebas [...] excluya la arbitrariedad como consecuencia de la vulneración de las reglas del criterio humano[3].

Quinto. En lo específico, existen habituales y frecuentes errores lógicos. Se destaca, en primer lugar, el que se produce cuando el juzgador, desconociendo otras posibilidades, cree que la consecuencia valorativa que extrae de lo que ha resultado probado es la única posible y,

2 SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 1382-2017/Tumbes, del diez de abril de dos mil diecinueve, fundamento jurídico décimo segundo.

3 PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 428-2016/Cusco, del veintitrés de marzo de dos mil diecisiete, fundamento de derecho sexto.

Ir al índice

por tanto, considera que es la indefectiblemente obligada[4]. En este punto, lo cuestionable es, desde la perspectiva de la logicidad, que no se haya descartado otras hipótesis alternativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado un resultado fáctico distinto en la causa.

Los juicios penales culminan con una absolución o una condena. El ejemplo más común y palmario de lo anterior ocurre cuando el órgano jurisdiccional, luego de la actuación probatoria y en la fase final del juzgamiento, en el momento de emitir la sentencia respectiva, aduce haber alcanzado convicción sobre la tesis defensiva propuesta (acepta como fiables las explicaciones o alegatos enunciados y concede mérito a las pruebas de descargo) y dispone la absolución respectiva; sin embargo, previamente, no desestimó con razonabilidad el sustrato fáctico de la tesis acusatoria (fundada en pruebas de signo incriminativo, como testificales uniformes, coherentes y persistentes, consolidadas con corroboraciones periféricas, como documentos y pericias, entre otras). La simple "convicción subjetiva" no sustenta razonablemente un fallo judicial.

En estos casos, para rotular el razonamiento judicial como lógico, el juez ha de cotejar las hipótesis planteadas en contrario. Si él opta por acoger la tesis defensiva, está compelido a desechar el planteamiento acusatorio para lo cual tiene que identificar las premisas fácticas y jurídicas que la sustentan y, seguidamente, esgrimir razones y juicios de valor para demostrar su no acreditación.

Siempre que los fundamentos de la imputación fiscal, revalidados en el debate contradictorio, sean objetivos y razonables, se requiere una motivación individual y particularizada sobre cada tópico propuesto. En este punto rige el principio de exhaustividad.

En cambio, si lo que se consigna son argumentos basados en meras suposiciones o conjeturas, la exigencia mencionada se relativiza y bastaría con remitirse a un hecho o circunstancia declarada probada en la propia sentencia para rechazarlos.

Sexto. Un segundo supuesto en el que se trasluce la ilogicidad reside en la falta de legibilidad y claridad en la narración de los hechos probados. Este se aprecia cuando el juzgador ha redactado el relato correspondiente utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes, de modo que no sea posible conocer con precisión la conducta que se enjuicia y, por tanto, resulte imposible su calificación jurídica. En este motivo se incluyen las omisiones que hagan incomprensible el relato fáctico y será necesario ponderar si ello se debe a la falta de prueba sobre el particular (en cuyo caso se trataría de una cuestión relativa a la presunción de inocencia) o a una defectuosa redacción del factum (supuesto en el que podría apreciarse este vicio procesal)[5].

4 SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia.* Editorial Marcial Pons. Madrid 2012, p. 168.

5 SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 2299/2007, del dieciséis de junio de dos mil ocho, fundamento de derecho tercero.

Ir al índice

Si el órgano revisor confirma el primer escenario, se está frente a un vicio *in iudicando* y no cabe otra posibilidad que decretar la absolución de los cargos delictivos. En cambio, si lo que se verifica es lo segundo se configura un vicio *in procedendo*. Si esto es así, concierne, previa censura de los defectos revelados, rescindir la sentencia y devolver los actuados para la subsanación respectiva.

Le corresponde a la parte recurrente la señalización de las frases o párrafos que, según su criterio, son incomprensibles. De no ocurrir, la denuncia casacional será inviable.

Séptimo. La tercera posibilidad de incurrir en ilogicidad se produce cuando las sentencias contienen proposiciones contradictorias, esto es, afirmando y negando, a la vez, un mismo hecho. En términos prácticos, se viola el principio de contradicción, cuando se afirma y se niega la existencia de un hecho, la calidad de una cosa o la aplicación de una norma, etcétera[6].

La prosperabilidad de una casación por contradicción en los hechos probados está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: **i)** que sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y sobre todo determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos; **ii)** que sea interna, en el sentido de que emane directa e indirectamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato; **iii)** que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia y **iv)** que sea relevante, en el sentido de que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo[7].

Octavo. En cuarto lugar, acontece ilogicidad cuando en la motivación judicial se efectúa un mero relato de "hechos probados", pero sin establecer la vinculación entre las pruebas y los hechos, esto es, sin puntualizar qué pruebas permiten deducirlos y cuáles son las razones por las que se consideran efectivamente acreditados.

Noveno. Con lo anterior, no se pretende encorsetar las modalidades de ilogicidad de motivación. Las posibilidades de cometer en este vicio de motivación son amplias y, por ello, los cuatro supuestos surgen de la generalización de los casos evaluados jurídicamente.

---

6 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal.* Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 110-111.

7 SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 11387/2009, del veintidós de abril de dos mil diez, fundamento de derecho segundo.

Ir al índice

II. Del caso concreto

Décimo. La ilogicidad de la motivación emerge de los fundamentos de las sentencias de mérito. En primera y segunda instancia se consignó la misma base argumental. En síntesis, se declararon probados cuatro hechos medulares:

10.1. En primer lugar, que la víctima de iniciales V. C. B., durante la entrevista efectuada en la evaluación psicológica y en el juicio oral, sindicó al imputado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE como autor de la agresión sexual producida el veintisiete de diciembre de dos mil catorce, a las 2:00 horas, cuando este último ingresó a la habitación que compartía con sus primas (hijas del acusado), le tapó la boca con una de sus manos y con la otra se bajó el pijama, en tanto que él se retiró el short que tenía puesto, le introdujo el miembro viril en la vagina durante quince minutos y eyaculó.

10.2. En segundo lugar, que la agraviada de iniciales V. C. B. incurrió en contradicciones, en virtud de la falta de lógica de sus declaraciones, lo que no permite acreditar que las relaciones sexuales con el procesado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE se hayan suscitado sin su consentimiento, tanto más si fueron enamorados. Esto último se constata con las manifestaciones de Emilia Briceño Galindo y Ceferina Briceño Galindo.

10.3. En tercer lugar, que las amenazas del encausado Lázaro Roberto Huarhua Cope contra la menor de iniciales V. C. B. no se produjeron antes o durante el acto sexual, sino en un momento posterior, esto es, con la finalidad de que se abstuviera de contar lo sucedido, puesto que, de hacerlo, la "botaría de su casa".

10.4. En cuarto lugar, que no se probó que haya sufrido perjuicio psicológico.

Undécimo. Como puede observarse, los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia dieron por acreditado el consentimiento, sobre la base de considerar que no estaba probada la amenaza. Para tal efecto, se valieron de dos conclusiones: la primera, relativa a que la menor de iniciales V. C. B. se contradijo en su relato, pues aun cuando aseveró que se trató de una violación sexual, no se defendió físicamente y no solicitó auxilio; y, la segunda, concerniente a que resultaba improbable que el acto sexual se haya ejecutado en el ambiente descrito por la mencionada agraviada, debido a que esta última dormía en la misma habitación que sus primas (en camas contiguas) y a que el dormitorio de su tía Ceferina Briceño Galindo estaba a pocos metros de distancia. Asimismo, se concluyó que la víctima de iniciales V.C.B. y el procesado LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE mantenían una relación amorosa.

Duodécimo. No todos los delitos contienen un *modus operandi* similar. Cada uno de ellos contempla una mecánica comisiva distinta, que dimana de las circunstancias contextuales de su perpetración. El tratamiento probatorio no siempre puede ser el mismo y debe acoplarse a la situación criminológica preexistente.

Ir al índice

En los crímenes contra la libertad sexual producidos en escenarios de clandestinidad, los agraviados, por lo general, se erigen como los únicos testigos de los hechos. Tratándose de ilícitos especialmente graves, por su atentado a la esfera personal más íntima y a la propia dignidad, en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no es imperioso exigirles un recuento cronológico y temporalmente exacto de lo acaecido, en lo relativo a fechas, horas, lugares y/o cualquier otra situación semejante.

En estos casos, son frecuentes las ocasiones en que la argumentación a partir de la cual se motiva la convicción judicial parte de una sindicación. Si bien la incriminación de las víctimas de violación sexual constituye una prueba de cargo válida y valorable, esta solo tendrá virtualidad para fundar una condena penal y enervar la presunción constitucional de inocencia, siempre que confluyan corroboraciones periféricas respecto a, por ejemplo, los signos físicos en su anatomía, o sobre secuelas en su personalidad, entre otros factores. Estas últimas se convierten en garantías epistemológicas adicionales.

Decimotercero. El ordenamiento jurídico nacional solo protege la indemnidad sexual de los menores de catorce años, en cambio, a los que posean una edad superior, se les autoriza a ejercer su libertad sexual.

En el primer caso, el consentimiento que tales niños puedan aducir es irrelevante y se tornan como punibles las relaciones sexuales practicadas con aquellos, a excepción de que el sujeto activo incurra en alguna clase de error, en cuyo supuesto se excluye el dolo y el hecho se convierte en atípico. Por su parte, en el segundo caso, el asentimiento prestado a los actos sexuales posee plena validez y se forja como una eximente de responsabilidad, según el artículo 20, numeral 10, del Código Penal.

Si los actos sexuales se produjeron con un menor que posea una edad inferior a los catorce años, la declaratoria de culpabilidad del agente sería inevitable, salvo que se acredite un error de tipo o de prohibición. Entonces, existen dos posibilidades: o que el hecho se haya ejecutado con dolo (sea directo o eventual) o que se haya verificado un error. Ambos escenarios deben ser evaluados razonablemente.

De otro lado, si se tuvo acceso carnal con un menor que ostente catorce años o una edad superior, concierne ponderar otras dos hipótesis: si hubo o no consentimiento. Si esto último es acreditado, se emite un fallo absolutorio; por el contrario, si no resulta comprobado, se expide una condena penal.

Decimocuarto. El acta de nacimiento de fojas quince (en el expediente judicial) posee la característica de la literosuficiencia, porque, sin necesidad de efectuar una valoración jurídica de su contenido, resulta por sí misma apta para corroborar de manera indubitable que la víctima de iniciales V. C. B. nació el dieciséis de junio del dos mil. Por ende, en la data del evento incriminado (veintisiete de diciembre de dos mil catorce), tenía catorce años y seis meses de edad. Ergo, podía disponer libremente de su sexualidad.

Ir al índice

Decimoquinto. Ninguno de los jueces sentenciadores estableció cuáles fueron los puntos específicos en los que la menor de iniciales V. C. B. exhibió contradicciones o, en su caso, cuáles fueron los fragmentos de su testimonio en los que fue divergente. Por ello, tal conclusión resulta sesgada.

No se ponderó que un testimonio solo resulta discordante si se aprecia que en sus notas esenciales se han incorporado datos manifiestamente incompatibles entre sí. Sea que se trate de una sola o varias declaraciones, es preciso identificar sus elementos medulares, los cuales deben permanecer esencialmente inmutables. La consistencia de la testifical no se descarta por el mero hecho de que el deponente haya mencionado datos adicionales, puesto que estos bien pueden coadyuvar a la comprensión de la información suministrada o al esclarecimiento de algún aspecto central.

De acuerdo con la psicología del testimonio, lo que se almacena en la memoria no está basado en la pura percepción sensorial, sino en el trasfondo cultural de quien percibió el hecho y en las inferencias probables que realizó sobre aspectos no percibidos, apoyadas en su conocimiento previo. La falta de correspondencia entre el testimonio y la realidad no tiene como causa principal a la mentira, sino también a otros factores tales como el olvido, que opera cuantitativa y cualitativamente (se olvidan más datos y más selectivamente, por lo que el recuerdo tiende a hacerse "redondo") y la sugestión, que puede suprimir la memoria real e inducir recuerdos falsos, aun de forma involuntaria[8]. Los "vacíos de memoria" conllevan a que los deponentes complementen sus narraciones coligiendo hechos. Esto no reducirá el valor de su testifical, en la medida que no se incorporen datos impertinentes o sobreabundantes que tergiversen lo primigeniamente señalado.

Sobre la fiabilidad de una declaración, subyacen dos posibilidades contrapuestas: por un lado, que los testigos y las víctimas sean subjetivamente creíbles (no poseen malas relaciones con el imputado), verosímiles (prestan manifestaciones de acuerdo con la lógica y las máximas de la experiencia) y, no obstante, lo manifestado por éstos no se adecúe a lo verdaderamente acontecido; y por otro lado, que tales órganos de prueba, aun teniendo malas relaciones con el acusado y habiendo variado en algunos extremos su relato, aseveren hechos que se corresponden con la realidad por encontrar respaldo en otros elementos probatorios.

Decimosexto. Se decantó por la tesis del consentimiento y se no evaluó una hipótesis contraria, esto es, que no haya existido voluntad de la menor de iniciales V. C. B. para acceder a los actos sexuales.

Sobre esto último, no puede soslayarse la edad de la víctima de iniciales V. C. B. (catorce años y seis meses) y la consecuente dificultad para reaccionar frente a una violación sexual. En esa línea, era razonable que no opusiera resistencia y que, por el contrario, haya actuado con pasividad y docilidad; con mayor razón si el autor de la agresión sexual no era un

8 RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. *El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género.* Questio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, 2019, p. 15.

Ir al índice

desconocido, sino su propio tío, LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE, con quien compartía la misma vivienda y quien probablemente sufragaba su manutención.

Entre el sujeto activo y pasivo existió una diferencia etárea de veintitrés años aproximadamente. El acusado nació el cinco de diciembre de mil novecientos setenta y siete, según la sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil dieciséis. La amenaza y la violencia no están sujetas a un criterio rígido de temporalidad. Pueden surgir en momentos previos al acto de violación sexual para quebrar la voluntad del perjudicado, durante su ejecución para posibilitar el acceso carnal, e incluso con posterioridad para asegurar su ocultamiento. Para tal efecto, se tienen en cuenta los hechos anteriores, coetáneos e inmediatos al acto sexual, a fin de valorar si, en efecto, se produjo amenaza o violencia que determine el vencimiento de cualquier acción de oposición del agraviado.

En esa línea, no puede exigirse a la agraviada de iniciales V. C. B. una defensa invencible ante una violación sexual, más aún si, como es evidente, ha precedido de una relación de prevalimiento.

La resistencia de la perjudicada no tuvo que ser tan intensa, pues ello provocaría una reacción violenta del sujeto activo, en el mismo el acto sexual o ulteriormente para garantizar el silencio de la víctima. En lo pertinente al caso juzgado, las amenazas se produjeron inmediatamente, con el propósito de que no revelara lo sucedido.

El tipo penal previsto en el artículo 170, primer párrafo, numerales 2 y 6, del Código Penal, modificado por Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece, requiere únicamente violencia o amenaza, y no hace mención a la resistencia de la agraviada y mucho menos al grado o entidad de la fuerza física empleada por el agresor. El solo hecho de posicionarse encima de la víctima, taparle la boca y cogerle la mano, *per se*, es un indicativo razonable de violencia, pues ha de valorarse la superioridad física del agente delictivo y la tensión psicológica de la agraviada.

Decimoséptimo. El principio de inmediación facilita la relación del juzgador con las fuentes de prueba. Entonces, resulta necesario definir criterios de apreciación sobre la fiabilidad de una testifical.

Con prescindencia de los elementos prosódicos y de lenguaje gestual, mínimamente, se debe requerir lo siguiente:

17.1 Consistencia en la declaración plenaria, ante los interrogatorios de las partes acusadoras y defensoras, y de los jueces sentenciadores.

17.2 Contextualización del relato.

17.3 Claridad expositiva y descriptiva de los hechos.

Ir al índice

17.4 Ausencia de contradicciones, lagunas y/o fragmentaciones.

17.5 Concordancia en el *iter* discursivo.

17.6 Reforzamiento con evidencia externas.

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta las circunstancias físicas, mentales y psíquicas que concurren en el declarante, verificando que posee habilidades sensoriales suficientes para haber constatado los hechos y almacenarlos en su memoria. Si el evento ha provocado una situación emocional límite en el declarante habrá que analizar de qué forma esto puede haber afectado su recuerdo, para lo que necesariamente deberá contarse con asistencia experta[9].

Decimoctavo. En consecuencia, a partir de lo expuesto precedentemente, este Tribunal Supremo establece que se ha vulnerado el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, regulado en el artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Estado. Las sentencias de primera y segunda instancia analizadas presentan errores lógicos insubsanables, lo cual, al amparo del artículo 150, literal d, del Código Procesal Penal, justifica declarar la nulidad de ambas.

En observancia del artículo 433, numeral 2, del citado cuerpo normativo, corresponde remitir los actuados a otro órgano judicial de primera instancia, a fin de que, previa realización del juicio oral, emita la sentencia correspondiente, teniendo en consideración lo expuesto en la presente sentencia de casación.

El recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR se declara fundado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR contra la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y seis, del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, emitida por la Sala Mixta y Penal de Apelaciones de Nasca de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil dieciséis, que absolvió a LÁZARO ROBERTO HUARHUA COPE del requerimiento acusatorio por el delito contra la libertad sexual- violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales V. C. B.

9 CONTRERAS ROJAS, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio.* Madrid: Editorial Marcial Pons, 2015, p. 282

Ir al índice

II. **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y seis, del cuatro de diciembre de dos mil diecisiete y, actuando en sede de instancia, declararon **NULA** la sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, del veintiocho de octubre de dos mil dieciséis.

III. **ORDENARON** la realización de un nuevo juicio oral de primera instancia a cargo de otro órgano judicial; en caso de mediar recurso de apelación, deberá ser evaluado por un Tribunal Superior distinto.

IV. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia privada, se notifique a las partes apersonadas a esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

V. **MANDARON** que cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia del señor juez supremo Figueroa Navarro.

S. S.
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CASTAÑEDA ESPINOZA
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

LAS MODALIDADES DE ILOGICIDAD EN LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS CASACIÓN N° 179-2018-ICA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
JESÚS HERADIO VIZA CCALLA[1]

1. SUMILLA

Una de las causales para interponer un recurso de casación son la falta de motivación o la manifiesta ilogicidad de la sentencia, respecto a la ilogicidad de una sentencia, existen diversos pronunciamientos emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República; sin embargo, los criterios y conceptos de ilogicidad siempre han sido variados, en la sentencia en Casación N° 179-2018 Ica, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha identificado hasta cuatro modalidades y ha desarrollado pautas interpretativas respecto de los criterios que se deben tener en cuenta para establecer que una sentencia contiene ilogicidad en su motivación.

2. INTRODUCCIÓN

La aplicación progresiva del Código Procesal Penal en nuestro país, ha evidenciado que en nuestra hermenéutica aún no se encuentran desarrollados dogmáticamente varias definiciones de uso procesal en sede de casación, con el transcurrir de los años el número de recursos de casación en materia penal se ha visto incrementados, esta es la razón sustancial por la cual las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, por predictibilidad al resolver diversos recursos de Casación establecen pautas interpretativas de determinados tópicos que con motivo de los recursos les corresponde resolver.

Dentro de las causales invocadas con mayor frecuencia al momento de formular un recurso de casación, se encuentran la falta de motivación o ilogicidad de la sentencia, respecto a esta causal existen muchos pronunciamientos emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se han declarado fundados los recursos y se han declarado la nulidad de varios juicios; sin embargo, los criterios para establecer cuando nos encontramos frente a una sentencia atiborrada de ilogicidad siempre han sido variados.

En la sentencia en Casación N° 179-2018 Ica, acertadamente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha compilado diversos pronunciamientos emitidos en sede de Casación y ha identificado cuatro modalidades de ilogicidad en la motivación de sentencias, cuyas definiciones constituyen pautas interpretativas respecto de los criterios que se deben tener en cuenta para establecer cuando una sentencia contiene ilogicidad en su motivación y a su vez constituyen un *baremo* de armonización en su interpretación.

1 Fiscal Provincial Penal del Distrito Fiscal de Madre de Dios.

Ir al índice

3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA CASACIÓN

3.1. EL CASO QUE MOTIVO LA CASACIÓN

En el mes de enero del año 2014, la menor de iniciales V.C.B., fue dejada por su madre Emilia Briceño Galindo en la casa de su tía Ceferina Briceño Galindo, quien tenía como pareja a Lázaro Roberto Huarhua Cope, para que los ayude en su negocio en la provincia de Nazca del departamento de Ica, durante su permanencia la indicada menor ocupo y compartió la misma habitación que las hijas de este último. El 27 de diciembre de 2014 entre las 02:00 y 03.00 horas, Lázaro Roberto Huarhua Cope aprovechando que la menor de iniciales V.C.B. se encontraba durmiendo en el mismo dormitorio que las otras dos menores, ingreso se acercó hacia la cama de la referida menor le tapó la boca con una de sus manos y con la otra le retiro el pijama y trusa se bajó el short seguidamente la penetro por la vía vaginal durante quince minutos, este hecho fue en contra de la voluntad de la menor de quien brotaron manchas de sangre. Lázaro Roberto Huarhua Cope le profirió amenazas consistentes en que la botaría de la casa si contaba lo sucedido.

En juicio en primera instancia Lázaro Roberto Huarhua Cope fue absuelto de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual-violación sexual, en agravio de la menor de iniciales V.C.B. se estableció que ***i)*** en la entrevista brindada ante la psicóloga y durante el juicio oral, aseveró que el veintisiete de diciembre de dos mil catorce estuvo durmiendo junto a sus primas en la misma habitación, pero en camas separadas. ***ii)*** la amenaza a la víctima de iniciales V. C. B. no se produjo durante los "quince minutos que duró el acto sexual" o para acceder carnalmente, sino en un momento posterior, es decir, para que no ponga de conocimiento este hecho. ***iii)*** según las pericias psicológicas practicadas a la menor de iniciales V. C. B., ella no expresó un relato espontáneo ni presentó indicadores psicológicos compatibles con estado traumático. Por su parte, el imputado, durante su evaluación psicológica, afirmó que tuvo relaciones sexuales con la referida agraviada con su consentimiento y producto del enamoramiento surgido entre ambos. Este vínculo sentimental se comprobó con las testificales de Emilia Briceño Galindo y Ceferina Briceño Galindo ***iv)*** existe incertidumbre respecto a que en las relaciones sexuales suscitadas entre el procesado y la agraviada de iniciales V. C. B. haya existido violencia y/o amenaza. Se afirmó la posibilidad de que ambos mantuvieran una relación sentimental y que la segunda consintiera los actos sexuales.

Contra la mencionada sentencia, el señor fiscal provincial interpuso recurso de apelación. En la audiencia de apelación no se incorporaron medios probatorios, solo se efectuaron los alegatos respectivos, el Tribunal Superior, a través de la sentencia de vista, confirmó la sentencia de primera instancia que absolvió a Lázaro Roberto Huarhua Cope, señalándose ***i)*** el ambiente donde ocurrió el hecho posee una dimensión de cuatro metros por cuatro metros. Se formuló la interrogante sobre si "era posible que en un espacio tan reducido y con tantas personas durmiendo, podría haber acaecido un acto sexual utilizándose violencia o amenaza" y se concluyó que "ninguna persona en sus cabales podría entrar a un lugar así y efectuar un ataque sexual", ***ii)*** no es una niña y no posee discapacidad, por ello, al sentirse atacada en un lugar de poca visibilidad y por instinto de conservación, debió gritar o reaccionar con violencia y brusquedad para retirar la mano del acusado, empero, nada de ello ocurrió, ***iii)***

Ir al índice

la agraviada tuvo sus manos libres, pero no hizo fuerza alguna ni con sus brazos o piernas para quitarse la mano del imputado, un metro de distancia se encontraban durmiendo sus primas en una cama de dos plazas, no pidió auxilio, ***iv)*** la menor de iniciales V. C. B. no relató que durante el acto sexual fuera amenazada, ***v)*** no se descarta que se haya producido una relación sexual consentida. Surgen contradicciones y divergencias en la versión de la agraviada, ***vi)*** no es imposible que exista una relación sentimental o efectiva entre un varón "muy mayor y una mujer muy menor", ya que entre sus padres existe una diferencia de edad de veintisiete años, ***vii)*** el acercamiento afectivo entre el procesado Lázaro Roberto Huarhua Cope y la agraviada de iniciales V. C. B. está sustentado con las declaraciones de Emilia Briceño Galindo y Ceferina Briceño Galindo, ***viii)*** de acuerdo con el peritaje psicológico y su ratificación en el acto oral, la víctima de iniciales V. C. B. no presenta rasgos ni reacciones compatibles con un estado traumático producto de una agresión sexual.

Frente a la sentencia de vista, el Ministerio Publico promovió el recurso de casación y el expediente judicial fue remitido a Sede Suprema. En la que se estableció que: ***i)*** ninguno de los jueces sentenciadores estableció cuales fueron los puntos específicos en los que la menor exhibió contradicciones, ***ii)*** se decantó por la tesis del consentimiento, pero no se evaluó una hipótesis contraria, existía una diferencia etárea de 23 años, ***iii)*** la violencia o amenaza no están sujetas a criterios rígidos de temporalidad, ***iv)*** no puede exigirse a la agraviada una defensa invencible, ***v)*** el tipo penal solo hace referencia a violencia o amenaza, no hace referencia a la resistencia de la agraviada, el solo hecho de posicionarse sobre la víctima, taparle la boca y cogerle la mano es un indicativo razonable de violencia.

El Tribunal Supremo concluyo que se vulnero el deber constitucional de motivación en las resoluciones judiciales en la sentencia de primera y segunda instancia, analizadas presenta errores lógicos insubsanables.

3.2. EL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

La sentencia emitida en cualquier proceso judicial, es el punto culminante de la actividad probatoria, contiene la decisión destinada a resolver una controversia; por tanto, se espera que la sentencia *-favorable o adversa para las partes procesales-* exprese suficientemente en sus fundamentos las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión.

La motivación está estrechamente vinculada a la interpretación de la norma y valoración de la prueba, la cual es no solamente una actividad enunciativa y descriptiva, sino también creativa a través de un juicio lógico y axiológico que el Juez realiza.

Ese DEBER de motivar es un mandato imperativo que todo Juez ejerce en su función jurisdiccional, es por eso que la Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 12º, taxativamente prevé:

> *"Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. (...)".* [cursiva nuestra].

Ir al índice

Por su parte el Art. 139.5° de la Constitución Política del Estado, establece como principios y derechos de la función jurisdiccional:

> *"La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".*

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (...). (STC N° 00896-2009-PHC/TC Fj. 7).

3.3. CONTROL DE LOGICIDAD DE LAS SENTENCIAS

Toda sentencia es susceptible de ser examinada por las partes procesales, quienes esperan del Órgano Jurisdiccional un pronunciamiento motivado, comprensible y una explicación de las razones que da el Juez a favor de su decisión. La disconformidad de las partes, sustentada en alguna causal prevista taxativamente en la norma, habilita a las partes a interponer ante el superior un recurso de apelación, donde se realiza el control de la lógica empleada en la motivación de la sentencia.

GHIRARDI no enseña que: *"Se ha llamado control de logicidad al examen que efectúa una Corte de Casación o Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los Jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. En otras palabras, se quiere controlar el cumplimiento de reglas que rigen el pensar, esto es, se controlan los errores in cogitando"*[2].

3.4. DEFINICIÓN DE ILOGICIDAD EN NUESTRA HERMENEUTICA

La ilogicidad en la motivación se presenta cuando una sentencia contiene premisas tan vagas, generales, inocuas o absurdas que se desconoce el criterio jurídico que siguió el Juez para dictar su decisión, ello obviamente imposibilita a los particulares conocer cuáles son los motivos o en que se fundamentó el juez para decidir un determinado caso.

La ilogicidad no solo se presenta en la motivación, sino también en la valoración de la prueba y se presenta generalmente cuando en el desarrollo valorativo de la apreciación de la prueba se inobserva las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, esta se trasluce cuando en el análisis de la prueba se evidencia que la operación intelectual cumplida por el Juez lejos de ser coherente, lo lleva a premisas falsas o conclusiones abiertamente contradictoria entre sí o incoherentes con ausencia notoria de motivación o existe motivación incompleta o motivación incongruente.

2 GHIRARDI Olsen A. El Razonamiento Judicial. Academia de la Magistratura, Lima: 1997. P. 106.

Ir al índice

En función de los diversos conceptos que se han dado al término ilogicidad, podríamos señalar que la ilogicidad es lo contrario a la lógica. 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 contradicciones. 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[3].

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[4].

En el ámbito probatorio, la Corte Suprema también ha indicado que 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 probatoria, debe estar conforme con las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes o conocimientos científicos[5].

3.5. MODALIDADES DE ILOGICIDAD Y ASPECTOS HERMENÉUTICOS APORTADOS POR LA CASACIÓN

La Sentencia en Casación N° 179-2018 Ica, sin ceñir otras probables variables, sustentados en la generalización de casos, ha identificado cuatro modalidades de ilogicidad en la motivación de sentencias y ha desarrollado pautas interpretativas respecto de los criterios que se deben tener en cuenta para establecer cuando una sentencia contiene ilogicidad en su motivación, así tenemos:

3.5.1. ILOGICIDAD POR DESCONOCIMIENTO DEL ELEMENTO VALORATIVO:

Se destaca en primer lugar el que se produce cuando el juzgador, desconociendo otras posibilidades, cree que la consecuencia valorativa que extrae de lo que ha resultado probado es la única posible y, por tanto, considera que es la indefectiblemente obligada (...). En este punto, lo cuestionable es, desde la perspectiva de la logicidad, que no se haya descartado otras hipótesis alternativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado un resultado fáctico distinto en la causa. Los juicios penales culminan con una absolución o una condena. *El ejemplo más común y palmario de lo*

3 Sentencias en Casación N° 1382-2017 Tumbes. Fj 13 y N° 833-2018 Del Santa Fj. 10°

4 Sentencia en Casación N° 60-2010-La Libertad, Fj 3°

5 Sentencia en Casación N° 482-2016 Cusco, Fj 6°

Ir al índice

anterior ocurre cuando el órgano jurisdiccional, luego de la actuación probatoria y en la fase final del juzgamiento, en el momento de emitir la sentencia respectiva, aduce haber alcanzado convicción sobre la tesis defensiva propuesta (acepta como fiables las explicaciones o alegatos enunciados y concede mérito a las pruebas de descargo) y dispone la absolución respectiva; sin embargo, previamente, no desestimó con razonabilidad el sustrato fáctico de la tesis acusatoria (fundada en pruebas de signo incriminativo, como testificales uniformes, coherentes y persistentes, consolidadas con corroboraciones periféricas, como documentos y pericias, entre otras). La simple "convicción subjetiva" no sustenta razonablemente un fallo judicial. En estos casos, para rotular el razonamiento judicial como lógico, el juez ha de cotejar las hipótesis planteadas en contrario. Si él opta por acoger la tesis defensiva, está compelido a desechar el planteamiento acusatorio para lo cual tiene que identificar las premisas fácticas y jurídicas que la sustentan y, seguidamente, esgrimir razones y juicios de valor para demostrar su no acreditación. Siempre que los fundamentos de la imputación fiscal, revalidados en el debate contradictorio, sean objetivos y razonables, se requiere una motivación individual y particularizada sobre cada tópico propuesto. En este punto rige el principio de exhaustividad. En cambio, si lo que se consigna son argumentos basados en meras suposiciones o conjeturas, la exigencia mencionada se relativiza y bastaría con remitirse a un hecho o circunstancia declarada probada en la propia sentencia para rechazarlos[6].

3.5.2. ILOGICIDAD POR FALTA DE CLARIDAD DE LO EXPRESADO

Un segundo supuesto en el que se trasluce la ilogicidad reside en la falta de legibilidad y claridad en la narración de los hechos probados. Este se aprecia cuando el juzgador ha redactado el relato correspondiente utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes, de modo que no sea posible conocer con precisión la conducta que se enjuicia y, por tanto, resulte imposible su calificación jurídica. En este motivo se incluyen las omisiones que hagan incomprensible el relato fáctico y será necesario ponderar si ello se debe a la falta de prueba sobre el particular (en cuyo caso se trataría de una cuestión relativa a la presunción de inocencia) o a una defectuosa redacción del factum (supuesto en el que podría apreciarse este vicio procesal). Si el órgano revisor confirma el primer escenario, se está frente a un vicio in iudicando y no cabe otra posibilidad que decretar la absolución de los cargos delictivos. En cambio, si lo que se verifica es lo segundo se configura un vicio in procedendo. Si esto es así, concierne, previa censura de los defectos revelados, rescindir la sentencia y devolver los actuados para la subsanación respectiva. Le corresponde a la parte recurrente la señalización de las frases o párrafos que, según su criterio, son incomprensibles. De no ocurrir, la denuncia casacional será inviable[7].

6 Sentencia en Casación N° 179-2018 Ica. Fj. 5°

7 Ídem fj. 6°

Ir al índice

3.5.3. ILOGICIDAD POR CONTRADICCIÓN

La tercera posibilidad de incurrir en ilogicidad se produce cuando las sentencias contienen proposiciones contradictorias, esto es, afirmando y negando, a la vez, un mismo hecho. En términos prácticos, se viola el principio de contradicción, cuando se afirma y se niega la existencia de un hecho, la calidad de una cosa o la aplicación de una norma, etcétera[6]. La prosperabilidad de una casación por contradicción en los hechos probados está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: ***i)*** que sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y sobre todo determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos; ***ii)*** que sea interna, en el sentido de que emane directa e indirectamente de los propios términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato; ***iii)*** que sea causal, o lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia y ***iu)*** que sea relevante, en el sentido de que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo[8].

3.5.4. ILOGICIDAD POR INDETERMINACIÓN

En cuarto lugar, acontece ilogicidad cuando en la motivación judicial se efectúa un mero relato de "hechos probados", pero sin establecer la vinculación entre las pruebas y los hechos, esto es, sin puntualizar qué pruebas permiten deducirlos y cuáles son las razones por las que se consideran efectivamente acreditados[9].

4. PARTE RESOLUTIVA

La Sentencia de Casación N° 179-2018 Ica, declaró fundado el recurso de casación que presentó la fiscalía (...). Declaró nula la sentencia de primera instancia (...), y ordenaron la realización de un nuevo juicio oral en primera instancia.

5. CONCLUSIONES

- 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 y menos que contenga pronunciamientos ilógicos.

8 Ídem fj. 7°
9 Ídem fj. 8°

Ir al índice

- El término ilogicidad, es lo contrario a la lógica y no sólo se presenta en la motivación, sino también en la valoración de la prueba.

- La sentencia en Casación N° 179-2018 Ica, constituye una pauta interpretativa de armonización sobre los alcances de la definición de ilogicidad en nuestro ordenamiento procesal penal, en ella se han recogido y definido los tipos de ilogicidad que hasta ahora no fueron abordados por la dogmática.

Ir al índice

15

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO CASACIÓN N° 300-2018/SULLANA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Motivación incompleta. Prueba personal. Límites del control casacional en la prueba por indicios

***Sumilla.* 1.** El defecto de motivación incompleta, en el ámbito específico del juicio histórico de la sentencia, se presenta cuando el órgano jurisdiccional de mérito omite la apreciación de determinadas fuentes-medios de prueba actuados en la causa –la interpretación y/o la valoración– imprescindibles para decidir un punto o extremo vital del *factum* histórico objeto del debate, y que permitirá explicar en lo relevante la presencia o ausencia, según los casos, del injusto penal, del sujeto responsable y/o de la sanción penal. **2.** El valor probatorio de la prueba personal –el resultado del examen de dicha prueba– no puede ser modificado como tal. Pero, el Tribunal Superior no podrá tomarlo en cuenta si la exposición del órgano de prueba no es racional, siempre en la medida en que –para cuestionarla– se realice tal declaración en segunda instancia, y si la declaración se contradice u opone con otras pruebas más sólidas que en su conjunto le restan convicción. **3.** El control casacional de la prueba por indicios, este Supremo Tribunal en su labor tiene dos límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios declarados probados por la Sala Sentenciadora. El segundo, referido al control de la racionalidad de la inferencia, no implica la sustitución del criterio valorativo del órgano jurisdiccional de mérito por este órgano de casación.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cuatro de diciembre de dos mil dieciocho

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional y por vulneración de la garantía de motivación, interpuesto por el encausado NELSON CRISÓSTOMO MOSCOL contra la sentencia de vista de fojas doscientos catorce, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, de treinta y uno de julio de dos mil

Ir al índice

catorce, lo condenó como autor de los delitos tráfico ilícito de drogas y de tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del Estado y la Sociedad a un total de veintitrés años de pena privativa de libertad, doscientos días multa e inhabilitación por tres años, así como al pago solidario de ocho mil soles por concepto de reparación por el delito de tráfico ilícito de drogas y de dos mil soles por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego y municiones; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito declararon probado que el día trece de septiembre de dos mil doce, personal de la Comisaria de Ayabaca – Piura, a bordo de una unidad móvil, en cumplimiento de disposiciones emanadas de su comando, ejecutó una operación policial en el sector de Los Cocos –Ayabaca. Es así que se intervino la camioneta pickup, modelo Frontier, de placa COY-945, conducida por el encausado Luis Yeferson Peña Castillo –efectivo policial– y que tenía como ocupantes, en el asiento del copiloto, al encausado Víctor Joel Merino Castro, y, en el asiento posterior, a los encausados Luis Enrique Mogollón Morón y Nelson Crisóstomo Moscol –también efectivo policial–. En la tolva de la camioneta transportaban, amarrada con una soguilla, una moto lineal, color negro, de placa de rodaje P2-3385.

Esta camioneta, en puridad, fue objeto de dos intervenciones. En una primera intervención el personal policial solicitó los documentos de la moto que iba en la tolva, ocasión en que el encausado Crisóstomo Moscol, quien bajó de la camioneta, se identificó como efectivo policial, entregó los documentos de la moto, de suerte que como el personal policial constató que los datos coincidían con la placa de la moto les indicó que continúen su camino. Posteriormente, al entrar en dudas sobre la intervención llevada a cabo, los efectivos policiales decidieron realizar una segunda intervención, oportunidad en que solicitaron los documentos de los vehículos intervenidos –de la camioneta y de la moto–, y advirtieron que los números de registro de la moto no coincidían con los de la tarjeta de propiedad entregada, por lo que fueron llevados a la Comisaria de Ayabaca para las investigaciones del caso. En la dependencia policial se procedió a realizar el registro de la camioneta. Se encontró en la guantera dos pistolas: una de marca Glock veinticinco Austria trescientos ochenta auto con serie erradicada y su respectiva cacerina abastecida con seis cartuchos sin percutar, y la otra de marca Pietro Beretta, cañón corto, de fabricación italiana, con serie limada, con su respectiva cacerina abastecida con seis cartuchos sin percutar. En el asiento posterior el personal policial descubrió una pistola de marca browning, mode ochenta y tres, calibre nueve milímetros corto, con numeración veinte mil ciento setenta y siete, y su respectiva cacerina abastecida con nueve cartuchos sin percutar. En el mismo asiento posterior se halló una mochila de color rojo, negro y plomo que ocultaba en su interior una chimpunera color rojo, la misma que contenía cuatro paquetes tipo ladrillo de clorhidrato de cocaína, con un peso de tres kilos y ochocientos ochenta y siete gramos, los cuales estaban cubiertos con bolsas plásticas.

Ir al índice

SEGUNDO. Que, en lo atinente a las sentencias, se tiene lo siguiente:

1. La sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, de treinta y uno de julio de dos mil catorce, condenó al imputado Crisóstomo Moscol como coautor del delito de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas y municiones a veintitrés años de pena privativa de libertad, doscientos días multa e inhabilitación por tres años.

2. En mérito del correspondiente recurso de apelación interpuesto por el abogado del citado acusado, y culminado el trámite impugnativo, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Sullana emitió la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y cuatro, de veintinueve de abril de dos mil quince, que revocó la sentencia de primera instancia y absolvió de la acusación fiscal al encausado Crisóstomo Moscol.

3. Contra esta sentencia de vista el Fiscal Superior promovió recurso de casación, y en su mérito esta Sala Penal Permanente de la Corte Suprema mediante Ejecutoria Suprema de fojas ciento noventa, de dieciocho de octubre de dos mil diecisiete, declaró fundado el recurso de casación y nula la sentencia de vista, así como ordenó el reenvío del proceso a fin de que otro colegiado superior cumpla con emitir nueva sentencia.

4. En cumplimiento de lo dispuesto por esta Sala Penal Suprema, se emitió la nueva sentencia de vista de fojas doscientos catorce, que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia.

5. Contra esta sentencia de vista el encausado promovió recurso de casación.

TERCERO. Que el encausado Crisóstomo Moscol en su recurso de casación de fojas doscientos treinta y ocho, de diecisiete de enero de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, violación de precepto material e infracción de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Procesal Penal).

Argumentó que la sentencia de vista aplicó erróneamente una máxima de la experiencia; que él no negó haber estado dentro de la camioneta donde se encontró droga y armas de fuego, sino conocer de su existencia; que no se siguieron los lineamientos de la prueba indiciaria; que ocasionalmente se encontraba en la camioneta intervenida por la policía; que la sentencia de segunda instancia afirmó la tenencia compartida de las armas descubiertas en la aludida camioneta, lo que viola el principio de interdicción de la responsabilidad objetiva; que no se valoró correctamente el alcance de la confesión del imputado Merino Castro en el acto oral y de sus demás coencausados, sobre el origen y posesión de la droga y armas de fuego; que el Tribunal Superior se apartó de los criterios sentados en la sentencia casatoria número 628-2015/Lima, de cinco de mayo de dos mil dieciséis.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento veinte, de seis de junio de dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

Ir al índice

A. La causal por inobservancia de precepto constitucional y de casación de vulneración de la garantía de motivación: artículo 429, numerales 1 y 4, del Código Procesal Penal.

B. El motivo principal de casación es el de motivación incompleta e irrazonable de la sentencia de vista respecto de las exigencias legales para la valoración de la prueba por indicios y de la aplicación de una máxima de experiencia.

QUINTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa del imputado recurrente–, se expidió el decreto de fojas ciento veintiocho, de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día veinte de noviembre último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del imputado recurrente, doctor Francisco Álvarez Dávila, y el señor fiscal adjunto supremo en lo penal, Doctor Alcides Chinchay Castillo. Concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la sentencia de primera instancia declaró probado que en la camioneta intervenida, donde tras el registro correspondiente se descubrió droga, tres pistolas sin licencia –en regular estado de funcionamiento– y una motocicleta sin los documentos en regla, se encontraban los encausados Peña Castillo –conductor y efectivo policial–, Merino Castro –copiloto–, Mogollón Morón y el recurrente Crisóstomo Moscol –efectivo policial–, ambos en el asiento posterior. Que, igualmente, quien se acercó a los policías cuando se intervino la camioneta fue el encausado recurrente Crisóstomo Moscol, quien en un primer momento expresó ser el dueño de la motocicleta, así como fue el que ofreció dinero al Comisario, Capitán PNP Adriel Guzmán Zegarra, para que se le ayude y evite las consecuencias de los hallazgos. Que se asumió como declaración incriminatoria sólida la expresada por el encausado Merino Castro, el mismo que anotó que sus tres coimputados le ofrecieron dinero para que se autoinculpe exclusivamente; que el recurrente Crisóstomo Moscol fue quien puso la mochila en la camioneta donde se halló la droga y las armas de fuego –esa declaración contó con la intervención de su abogado y la conducción del fiscal–. Que sobre la base de lo anteriormente expuesto y atendiendo a la existencia de indicios del cuerpo del delito, de presencia u oportunidad delictiva, de actitudes sospechosas y de mala justificación, el Juzgado Penal Colegiado concluyó por la responsabilidad penal, en ambos delitos, del impugnante Crisóstomo Moscol.

SEGUNDO. Que la sentencia de vista afirmó que la condena de primera instancia se sustentó en circunstancias –forma y circunstancias de las dos intervenciones policiales sucesivas– y

Ir al índice

"evidencias" (sic) –mayormente directas–; en la declaración del policía Girón García acerca de la primera intervención, corroborada por la declaración del imputado Peña Castillo, el cual también anotó que ese encausado también bajó en la segunda intervención sucesiva; en las contradicciones entre los imputados intervenidos; en la declaración del Comisario Guzmán Zegarra –según esas fuentes, el imputado bajó en las dos ocasiones y, primero, dijo que la moto era de él, así como, conforme a lo expuesto por el Comisario, el recurrente ofreció dinero para obstaculizar la intervención–; en la declaración preliminar de Merino Castro; y, en las fotografías y comunicaciones entre los imputados, que denotan que se conocían.

TERCERO. Que un defecto constitucional de motivación tiene lugar cuando ésta es incompleta o insuficiente. Este defecto, en el ámbito específico del juicio histórico de la sentencia (aspecto cuestionado en este recurso de casación), se presenta cuando el órgano jurisdiccional de mérito omite la apreciación de determinadas fuentes-medios de prueba actuados en la causa –la interpretación y/o la valoración– imprescindibles para decidir un punto o extremo vital del factum histórico objeto del debate, y que permitirá explicar en lo relevante la presencia o ausencia, según los casos, del injusto penal, del sujeto responsable y/o de la sanción penal.

En el presente caso, la sentencia de vista no solo hizo referencia al denominado "cuerpo del delito" (armas, droga y vehículo menor), sino que revisó cuidadosamente la prueba pericial, documental, material y personal –en este último caso, tanto de los efectivos policiales que intervinieron, cuanto de los propios imputados–.

Asimismo, no puede confundirse descartar una determinada declaración desde la perspectiva de su fiabilidad, con no apreciarla –omisión de apreciación–. Tampoco puede censurarse que el Tribunal Superior en la sentencia opte por la declaración anterior de un imputado frente a otras posteriores, contradictorias entre sí –sea que estas últimas se expusieran en el acto oral y la primera en sede de investigación preparatoria, en tanto en cuanto se actúen debidamente las declaraciones sumariales, con plenas garantías, y se expliquen racionalmente las razones de esta preferencia–. Existe consolidada línea jurisprudencial que autoriza al juez a optar por una u otra declaración de una misma persona, siempre que exponga las razones de tal decisión y que los argumentos que se expongan no vulneren las reglas de la sana crítica judicial.

El Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal Superior explicaron las razones por las que se otorgó fiabilidad a la declaración sumarial de Merino Castro; y, los argumentos que introdujeron no infringen las leyes de la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicos. Luego, no es posible en sede casacional formular juicios para variar o reemplazar estos razonamientos, pues se está ante un control de la *questio iuris* no de la *questio facti.*

CUARTO. Que es de resaltar que en materia de prueba personal el Código Procesal Penal privilegió el principio de inmediación. El artículo 425, apartado 2), del citado Código, precisó que *"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…".* El valor probatorio de la prueba personal –el resultado del examen de dicha prueba– no puede ser modificado como tal. Pero, el Tribunal Superior no podrá tomarlo en cuenta si la exposición del órgano

Ir al índice

de prueba no es racional, siempre en la medida en que –para cuestionarla– se realice tal declaración en segunda instancia, y si la declaración se contradice u opone con otras pruebas más sólidas que en su conjunto le restan convicción.

QUINTO. Que, en el caso de autos, se apreciaron todos los medios de prueba personales relevantes –incluso lo que declararon los cuatro encausados– y se les concordó con las pruebas documentales y materiales. La opción por afirmar la validez y credibilidad del testimonio incriminador inicial de un coimputado, por encima de lo que luego mencionó, por tanto, no puede ser tachada de ilegal o indebida.

Los medios de prueba se examinan individual y, luego, conjuntamente. Su valoración ha de respetar las reglas de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos (artículo 393, apartado 2, del Código Procesal Penal).

Lo esencial, entonces, es advertir si existen pruebas de cargo, inculpatorias, adicionales, y si éstas son suficientes, así como si dado el conjunto del material probatorio las inferencias probatorias son lógicas y si, como regla de juicio, se cumple con el estándar de más allá de toda duda razonable. Ésta es, en buena cuenta, el criterio rector que plasma la garantía de presunción de inocencia.

SEXTO. Que, en el *sub-lite*, medió esencialmente prueba directa: un coimputado que señaló al acusado recurrente Crisóstomo Moscol como el que introdujo la droga y las armas en la camioneta –en la citada camioneta se encontraban los cuatro imputados–. Pero también coexistió –lo que no es nada anormal o excepcional– prueba indirecta o por indicios: hallazgo de la droga y armas de fuego en la camioneta, comunicaciones previas y amistad entre los coimputados, el hecho de que el imputado recurrente en las dos ocasiones fue quien se acercó a conversar con los efectivos policiales intervinientes, indicaciones de que reconoció la titularidad de la motocicleta–que motivó la intervención policial– y de que, luego, trató de ofrecer dinero para evitar la consolidación de la intervención.

Si se asume la fiabilidad de la sindicación de Merino Castro contra Crisóstomo Moscol; y, si esa co-imputación tiene como elementos de corroboración periféricos: (***i***) la realidad de la droga y las armas decomisadas, que se encontraron en la camioneta intervenida en la que viajaban los cuatro imputados; (***ii***) la actitud del imputado, en el sentido, primero, que fue él quien, en los dos momentos de la intervención, bajó a entrevistarse con los policías, y, segundo, que igualmente fue él quien dijo que la moto era suya –en la segunda intervención, al advertirse los defectos en los papeles e identificación de la motocicleta, él y los tres encausados restantes guardaron silencio– y, luego, trató de ofrecer dinero al Comisario para evitar cargos penales en su contra; y, (***iii***) que los imputados tenían relaciones de amistad y se habían comunicado con anterioridad, entonces, es razonable concluir que, en la tenencia de droga con fines de comercialización y de tres armas de fuego sin autorización legal para su porte, el encausado Crisóstomo Moscol intervino en un contexto delictivo.

Queda claro que (***i***) las actas de registro y pericias acreditan el cuerpo del delito; (***ii***) las declaraciones de los efectivos policiales prueban la actitud, declaraciones y explicaciones

Ir al índice

del imputado recurrente en ambos momentos de la intervención; (***iii***) las fotografías y mensajes entre los imputados revelan el vínculo previo entre ellos; y, (***iv***) la incriminación de Merino Castro, en concordancia con lo anterior, establece la vinculación material del acusado recurrente Crisóstomo Moscol con los dos delitos materia de condena. Son medios de pruebas plurales, de cargo o inculpatorias, concordantes entre sí y suficientes.

SÉPTIMO. Que, en cuanto a la prueba por indicios, que de uno u otro modo, han sido materia de referencias y valoración, es de tener presente que ésta es apta para enervar la presunción de inocencia. Los indicios deben estar acabadamente probados, deben ser plurales e interrelacionados entre sí (cadena de indicios) –se valoran en su conjunto, y no independientemente–, y deben ser periféricos o concomitantes con el dato fáctico a probar. Estos requisitos se cumplen en el presente caso: todos ellos, periféricos al dato a probar, apuntan en la misma dirección, confirman la primera versión del encausado Merino Castro.

Desde el requisito de la corrección o racionalidad de las inferencias probatorias aportadas, no se desprende que se utilizó inferencias que vulneran las reglas de la sana crítica (respeto de la lógica, la ciencia o la experiencia), que la inferencia es inexistente, impertinente o demasiado genérica; en suma, que no se utilizó para la formación de la premisa mayor una inducción o inferencia indebida (arbitraria, absurda o infundada).

Finalmente, desde el requisito negativo de inexistencia de prueba de lo contrario, que comprende la prueba en contrario y la contraprueba, que afecta tanto al indicio como a la inferencia, no constan elementos de prueba en esa dirección.

Cabe resaltar que todo proceso de valoración de la prueba requiere de un medio-fuente de prueba y de una inferencia probatoria, sea ésta prueba directa o indirecta. Siempre, bajo el criterio de normalidad o causalidad, se utilizan inferencias probatorias. En la prueba por indicios, en comparación de la prueba directa, solo se requiere de mayores pasos.

OCTAVO. Que es relevante puntualizar que, desde el control casacional de la prueba por indicios, este Supremo Tribunal en su labor tiene dos límites. El primero se refiere a la acreditación de los indicios declarados probados por la Sala Sentenciadora, pues si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento, ya que tanto el principio de inmediación –ya señalado– y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que no se pueda entrar en el ámbito valorativo fáctico propio de tribunal sentenciador (artículos 425 numeral 2 y 432 numeral 2 del Código Procesal Penal–, en relación con las pruebas de descargo practicadas o con las manifestaciones exculpatorias del acusado –quien proporciona una versión fáctica alternativa que el juez puede estimar convincente o bien inverosímil–. El segundo, referido al control de la racionalidad de la inferencia, no implica la sustitución del criterio valorativo del órgano jurisdiccional de mérito por este órgano de casación. La ponderación de elementos incriminatorios y de descargo debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora de dichos órganos jurisdiccionales, siempre que responda a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos (Conforme: STSE 171/2000, de catorce de febrero).

Ir al índice

Por consiguiente, no pueden prosperar los motivos de casación admitidos por Ejecutoria de fojas ciento veinte, de seis de junio del año en curso.

NOVENO. Que, en tal virtud, es de aplicación el artículo 504, apartado 2, del Código Procesal Penal. Las costas del recurso serán pagadas por el imputado recurrente Crisóstomo Moscol.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional y por vulneración de la garantía de motivación, interpuesto por el encausado NELSON CRISÓSTOMO MOSCOL contra la sentencia de vista de fojas doscientos catorce, de veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa y uno, de treinta y uno de julio de dos mil catorce, lo condenó como autor de los delitos tráfico ilícito de drogas y de tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del Estado y la Sociedad a un total de veintitrés años de pena privativa de libertad, doscientos días multa e inhabilitación por tres años, así como al pago solidario de ocho mil soles por concepto de reparación civil por el delito de tráfico ilícito de drogas y de dos mil soles por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la referida sentencia de vista. **II. CONDENARON** al encausado recurrente al pago de las costas por la desestimación del recurso de casación. **III. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
BARRIOS ALAVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

LÍMITES AL CONTROL CASACIONAL DE LA PRUEBA INDICIARIA CASACIÓN N° 300-2018-SULLANA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
CONSTANTE CARLOS AVALOS RODRÍGUEZ[1]

Sumilla:

Partiendo de la importancia del uso adecuado de las reglas del razonamiento probatorio, se abordan los aspectos básicos de la prueba indiciaria y de las máximas de experiencia; para recalar en los límites establecidos por la Casación N° 300-2018.Sullana *al control casacional de la prueba por indicios;* discrepando del que señala que si los indicios declarados probados por la sala sentenciadora lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento en casación.

1. Introducción

La STC del **EXP. N° 00491-2016-HC/TC. HUÁNUCO. SIMONA RÓMULA MAÍZ LEÓN** (21 de setiembre de 2018) dictada a favor de quien fuera condenada a 18 años de pena privativa de libertad por actos de fabricación de drogas nos da una muestra palpable de la importancia del uso adecuado de las reglas del razonamiento probatorio -y lo nocivo que puede ser que ello no ocurra-; en este caso, del que se realiza a partir de indicios (conocido también como prueba indiciaria, prueba por indicios, prueba indirecta, prueba circunstancial entre otras denominaciones que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo).

La Sala Superior había condenado a Simona Maíz en razón a que en un inmueble rústico ubicado en un caserío de Huánuco se habían hallado pozas de maceración de droga y, al hacer el registro en su interior, su DNI y una foto en la que aparecía en compañía de otras dos personas.

Su defensa se había basado en que había perdido el DNI, tramitando su duplicado dos meses después (según constaba en un informe de RENIEC), que para la valoración de la toma fotográfica no se practicó pericia forense alguna que confirme su identidad y que no se habría

1 Counsel en Rebaza, Alcázar & De Las Casas. Curso de Especialización en Bases del Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona). Máster Propio Internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y Compliance (Universidad de Santiago de Compostela). Curso de Especialista en Cumplimiento Normativo en Materia Penal (Universidad de Castilla - La Mancha). Programa de Especialización en Compliance y Buenas Prácticas Corporativas (Universidad del Pacífico). Miembro del Comité Consultivo de Gaceta Penal & Procesal Penal. Ha sido: Capacitador en reforma procesal penal para la Secretaria Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal – Ministerio de Justicia y para la Escuela del Ministerio Público; Consultor de la UNODC – ONU para temas de reforma procesal penal en el Perú; Fiscal Provincial Penal Corporativo Titular Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios; Profesor en la Academia de la Magistratura; Profesor de Derecho procesal penal en la Universidad Privada Antenor Orrego.

Ir al índice

valorado el informe emitido por el Teniente Gobernador y el Agente Municipal del caserío en que se ubicaba el inmueble que indicaba que no era una persona conocida en la comunidad.

Glosa el TC la argumentación central de la sentencia condenatoria de la Sala Superior en los términos de:

> *"Existe una concurrencia de indicios que permiten concluir la responsabilidad penal de la encausada en el injusto penal materia de juzgamiento; más aun teniendo en cuenta que se desprende de lo actuado que el ilícito penal fue realizado mediante una pluralidad de agentes, por ende su conducta se adecua a la figura de este tipo penal donde existe concierto de voluntades, tanto para la fabricación o favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, situación que ha quedado suficientemente acreditada en autos; si bien es cierto que contra la acusada, no existe sindicación directa en su contra de dedicarse a la promoción y favorecimiento al consumo de drogas mediante actos de fabricación, existen indicios suficientes para determinar su participación en el hecho delictivo, toda vez que en el acta de registro domiciliario, hallazgo de droga IQPF, y demás documentos, se halló en dicho domicilio conjuntamente con documentos de identidad nacional de la encausada y libreta militar; asimismo se debe tener en cuenta que la acusada durante el juicio oral niega los cargos imputados en su contra; con lo que se acredita fehacientemente los hechos ilícitos, versión que debe ser tomada con las reservas del caso por no tener coherencia ni lógica; de lo que se concluye que estas personas se conocen, y la negativa de la acusada de reconocer los hechos suscitados son argumentos de defensa; ahora si bien durante el juicio oral niega su intervención en el injusto penal, señalando que es inocente; situación que nos permite llegar a determinar que la acusada intervino en los actos perpetrados; y su negativa no causa convicción, debiendo considerarse como argumentos de defensa; (...), coligiéndose además en el caso concreto, la participación en concierto de más de dos personas en la comisión del ilícito penal situación que se evidencia era de conocimiento la acusada quien sólo niega su participación".*

Entre los vicios que evidencia el TC en la motivación de la valoración de la prueba por parte de la Sala Superior resaltan el no haberse merituado los cuestionamientos formulados por la defensa a la eficacia probatoria de los indicios de cargo, el no haberse explicitado la singular fuerza acreditativa que se les otorga (dada su escasa pluralidad), ni la regla de inferencia que permite pasar de los indicios a la conclusión de su participación en los hechos.

Es claro que la Sala Superior no explicita cuál sería la regla de normalidad o generalización establecida a partir de la experiencia de casos similares anteriores -conocida como máxima de experiencia- que le autoriza a inferir que encontrar en un inmueble el DNI u otro documento y la foto de una persona permite concluir más allá de toda duda razonable que el titular de estos es responsable de la droga que fue encontrada en proceso de maceración en dicho inmueble.

Ir al índice

Este tipo de falencias en la determinación del hecho no son poco frecuentes en las resoluciones judiciales de primera y segunda instancia que se emiten en nuestro país para condenar a las personas a pena privativa de libertad o para ordenar su prisión preventiva[2]; por mencionar sólo las restricciones de derechos de mayor gravedad que se pueden imponer.

Este comentario se dedica a los límites del control casacional de la prueba indicaría que se recogen en la **Casación N° 300-2018.Sullana**; de crucial importancia, si se atiende que este control importa la última posibilidad que tiene la justicia penal de corregir sus vicios en la valoración de la prueba.

2. Brevemente sobre el razonamiento probatorio a partir de indicios

No obstante tratarse de una "prueba clásica" (fund. 22 de la **Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433**)[3]; históricamente la prueba indiciaria ha tenido que lidiar con la desconfianza de los operadores del derecho sobre su capacidad para acreditar suficientemente los hechos objeto del proceso, considerándose como más confiables las pruebas directas; denominación que se ha otorgado a las pruebas que brindan información precisamente sobre el hecho punible o las circunstancias relevantes para la determinación de sus consecuencias jurídicas (p. ej. el testigo que observó como una persona disparaba a otra, el escrito que contienen frases injuriantes contra una persona, el video que registra como es que los acusados amenazan con un cuchillo a quienes atienden un local, toman el dinero y salen huyendo).

En este modo de apreciar el análisis probatorio, ¿qué podría ser más seguro para dar por acreditado el hecho que la declaración de 05 testigos que afirman en juicio haber presenciado personalmente como el procesado incurrió en el comportamiento que se le imputa?

La prueba indiciaria, por su parte, es clasificada como indirecta en atención a que la información que incorporan en juicio los medios de prueba[4] no se refiere exactamente a alguno

---

2 En la **Casación N° 1640-2019.Nacional** (05 de febrero de 2020) se ha establecido el proceder incorrecto de la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios al confirmar la prisión preventiva materia de apelación dando por acreditado el hecho fundamentador del peligro procesal en que en el domicilio del encausado principal se encontró un informe que tenía el carácter de inédito y reservado que se sospecha le habría sido proporcionado por el impugnante Barreda Bardales.
La Corte Suprema evidenció la incorrección de este razonamiento señalando: *"Es de rigor precisar, sin embargo, que no solo no se introdujo un análisis probatorio que justifique que, en efecto, fue el encausado Barreda Bardales quien entregó esos documentos a Moreno Caballero –solo se mencionó que existía sospecha fundada de tal entrega (sic), sin sustentarla–. Pero, además, no se señaló que esos documentos fueron extraídos del acervo documental del Gobierno Regional y no constaba su existencia en las actuaciones de averiguación de la Fiscalía, consecuentemente, no es posible sostener que tales documentos dolosamente se suprimieron del archivo institucional y fueron a parar a manos del encausado Moreno Caballero".*

3 Explica MUÑOZ SABATÉ, Luis. La prueba de indicios en el proceso judicial. Madrid: La Ley, 2020, p. 19; que ha participado de la prueba de los hechos desde que se verifica el uso de los primeros medios de prueba (el documento y el testigo).

4 Si bien tradicionalmente el razonamiento probatorio indiciario tiene lugar en sede de sentencia, la **Casación N° 626-2013.Moquegua** establece para la prisión preventiva que "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"; legitimando su uso para las medidas de coerción. Entendemos que para ello se deberían adaptar, eso sí, sus requisitos al estándar probatorio requerido por la prisión preventiva, que si bien es similar no es el mismo que el de una sentencia condenatoria.

Ir al índice

de los aspectos del hecho punible o las circunstancias relevantes para la determinación de sus consecuencias jurídicas; sino a situaciones fácticas externas de cuya acreditación se puede inferir, al existir una relación de necesidad entre ambos, los aspectos que son de relevancia penal acreditar -a los que precisamente no se refieren de manera directa- (p. ej. de la acreditación de que los versados miembros de un comité de selección eliminaron indebidamente a los competidores y, dando una puntuación que manifiestamente no le correspondía, otorgaron la buena pro a la empresa que ofertó el monto mayor se puede llegar a colegir -adicionándole otro indicios debidamente corroborados- la existencia de un acuerdo colusorio para perjudicar patrimonialmente al Estado).

La prueba indiciaria posee la siguiente estructura: 1) Indicio o hecho indicante, que es la situación fáctica externa que debe ser probada más allá de toda duda razonable; 2) Regla de inferencia, que puede ser una regla lógica o científica o una máxima de experiencia, que interrelaciona y autoriza a inferir la conclusión a partir de la acreditación del indicio; 3) Conclusión o hecho indicado, que es el aspecto del hecho punible o de las circunstancias relevantes para la determinación de sus consecuencias jurídicas que se tiene por acreditado más allá de toda duda razonable al ser una consecuencia necesaria de la acreditación del hecho indicante.

De esta manera, en contra de lo que pareciera indicar su denominación, la prueba indiciaria no es en realidad un tipo de prueba, sino una forma de razonamiento probatorio -a partir de indicios-; aunque conservamos dicha denominación en atención a lo tradicional de su uso.

En relación de la desconfianza que suscita, en comparación con la prueba directa, se ha puesto en evidencia por la doctrina que esta última tampoco pone al juez en contacto con los hechos, sino que el magistrado recibe información de manera indirecta, a través de intermediarios; como ocurre, por ejemplo, con los testigos; que, si bien deberían deponer con verdad, no siempre ocurre así[5]; por lo que este tipo de prueba tampoco es totalmente confiable y también resulta necesario hacer un riguroso análisis probatorio de la información que brinda[6].

En algunas ocasiones la prueba indiciaria podría ser incluso más confiable que la prueba directa. Pensemos en el resultado de un examen de ADN, practicado al semen encontrado en la ropa interior de la víctima de una violación sexual que indica que le corresponde al acusado

5 Lo que no sólo ocurre en los casos en que el testigo tiene el designio de mentir; sino, como se ha encargado de poner de relieve la psicología del testimonio, cuando los testigos incurren en errores sinceros por fallos en la percepción o en la recuperación de sus recuerdos; DE PAULA RAMOS, Víctor. La prueba testifical. Madrid: Marcial Pons, 2019, pp. 116 a 139 explica que los fallos de percepción pueden ocurrir por: aspectos visuales básicos (luz, cambio de luz, colores), velocidad, distancia, tiempo de exposición (duración del proceso), edad, el efecto de focalización en el arma o en objetos que están fuera de contexto y el estrés; y los fallos en la recuperación de los recuerdos por: tiempo entre el suceso y la recuperación, información posterior al suceso, feedback sobre el desempeño del testigo, forma de preguntas (sesgo de confirmación y preguntas tendenciosas).

6 Como dice la **Casación N° 300-2018.Sullana:** *"Todo proceso de valoración de la prueba requiere de un medio-fuente de prueba y de una inferencia probatoria, sea ésta prueba directa o indirecta. Siempre, bajo el criterio de normalidad o causalidad, se utilizan inferencias probatorias. En la prueba por indicios, en comparación de la prueba directa, solo se requiere de mayores pasos".*

Ir al índice

cuya defensa ha presentado dos testigos que sostienen que el día de los hechos se hallaba fuera de la ciudad; ¿cuál de las dos informaciones nos resultaría prima facie más creíble?

Existen también delitos en los que, salvo situaciones excepcionales -p. ej. la confesión del acusado-, la prueba indiciaria es la más indicada para acreditar el hecho; como, por ejemplo, reconoce la **Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433**: *"La indispensable prueba del origen ilícito del activo que se 'lava' en la práctica totalidad de los casos sólo puede alcanzarse por medio de indicios"*. Se acostumbra mencionar tradicionalmente en este rubro también a la prueba del dolo, pues de otro modo no se podría conocer lo que pensaba quien cometió un delito; así como la prueba de la concertación indebida en el delito de colusión, al tratarse de una situación que generalmente se produce en circunstancias de clandestinidad.

Como apunta IGARTUA SALAVERRÍA, la confiabilidad de una prueba no la otorga el que sea directa o indirecta sino la validez del criterio inferencial empleado (mejor aprovechará una ley científica que una máxima de experiencia) para transitar de uno (el elemento de prueba) al otro (el hecho que debe ser probado); tanto si se trata de pruebas directas como de indirectas.

2.1. Legislación y jurisprudencia

Establece el num. 3 del art. 158° del CPP:

> "La prueba por indicios requiere:
>
> *a) Que el indicio esté probado;*
>
> *b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;*
>
> *c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes".*

Si bien el CPP es el primer cuerpo legal de nuestro país que recoge expresamente la posibilidad del uso de la prueba indiciaria; fijando, además, criterios para su aplicación, en realidad no se trata de una categoría que haya sido ajena a nuestro sistema de justicia penal.

En la jurisprudencia suprema es nuclear el **Recurso de Nulidad 1912-2005-Piura** que, por imperio del **Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22**, constituye precedente vinculante en su cuarto fundamento jurídico (requisitos materiales); el que, a pesar de haberse dado en el marco del sistema procesal penal de código de 1940, es materia de recurrente cita por nuestro máximo tribunal cuando se trata de asuntos relacionados a la prueba indiciaria.

Establece el cuarto fundamento en referencia:

> *"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*

Ir al índice

sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son - y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no 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".

Por su parte, en la jurisprudencia del TC es modélica la Sentencia del **Exp. Nº 00728-2008-PHC/TC Lima. Giuliana Flor de María Llamoja Hilares**; en la que se establece:

"Lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar clamente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: El hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio, pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí.

27. Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos supra, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado".

Ir al índice

2.2. Máximas de experiencia

Entre las reglas de inferencia -que cumplen la función de conectar necesariamente el hecho indicante con el hecho indicado- quizás la más importante por la frecuencia de uso sean las máximas de experiencia[7]; como se denomina a las reglas de normalidad o generalización establecidas a partir de la apreciación de casos similares anteriores; p. ej. la que dice que si una persona dispara desde corta distancia a otra con dirección a su cabeza tiene la intención de matarla; la que dice que la persona que ha sido intervenida vendiendo drogas al menudeo es encontrada con dinero de baja denominación en su poder.

Si bien la doctrina contemporánea mayoritaria de nuestro sistema jurídico suscribe afirmaciones del tipo de:

> *"El criterio fundamental para la valoración de la prueba de un modo objetivo-racional, y no subjetivo del juez, es atender a las denominadas máximas de la experiencia... Estás máximas de experiencia, cuando se hallan bien construidas y sobre bases seguras, hacen descansar entonces el juicio probatorio en una base racional"*[8].

Es posible encontrar también importantes cuestionamientos, como el de NIEVA FENOLL; según el cual:

> *"En realidad, ningún tribunal ni legislador parece haberse preocupado realmente de la cuestión probatoria, al menos en lo referido a las máximas de la experiencia. Las máximas son siempre citadas genéricamente a mayor abundamiento, como una especie de cláusula de estilo que obvia cualquier otro razonamiento. Y cuando se mencionan, no significan otra cosa que una referencia a una especie de imaginario colectivo que se toma como ejemplo de consenso social o científico de cuál es el id quod plerumque accidit (lo que ocurre con frecuencia). De ese modo se ha creado, como dice TARUFFO, un 'insieme caótico e indeterminato' en torno a este concepto, de manera que, incluso, como añade este mismo autor, prácticamente nunca que se alude a una máxima de experiencia dicha máxima posee esa naturaleza, puesto que, en realidad, se está haciendo referencia en ocasiones, como ya he dicho, a simples convenciones*

---

7 El num. 1 del art. 158° CPP establece que *"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";* y el num. 2 de su art. 393°: *"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".* De esta manera, desde una perspectiva normativa, las máximas de experiencia no solo son de aplicación y relevancia en el razonamiento probatorio a partir de indicios, sino en el razonamiento probatorio en general. Siendo un deber del juez su empleo riguroso y adecuado en el curso de la valoración de las pruebas, sean estas indirectas o directas.

8 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia.* Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 125- 126.

Ir al índice

> *sociales que, por cierto, están llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico"*[9].

No obstante, a lo largo del desarrollo que hace luego NIEVA FENOLL se puede apreciar que en realidad sus cuestionamientos se dirigen contra el muy difundido -en la práctica- mal uso de dicha categoría; y más bien su preocupación es la construcción de criterios que proporcionen racionalidad y objetividad a su empleo; proscribiendo las subjetividades y la intuición.

En el mismo sentido crítico se ha pronunciado TARUFFO, quien luego de señalar que:

> *"Es el punto esencial el que sigue planteando dudas, esto es, que le experiencia común sea apta para construir inductivamente generalizaciones dotadas de una forma lógica y de un contenido cognoscitivo prácticamente equiparable, al menos, al de las leyes científicas generales o cuasi generales. Para resolver adecuadamente estas dudas es necesario trazar algunas distinciones, dado que a menudo se designa como máxima de experiencia cualquier noción que se encuentre en el ámbito del sentido común o de la cultura media de un cierto lugar en un determinado momento"*[10].

Precisa que no habría mayor inconveniente cuando la máxima de experiencia no es más que la traducción de leyes científicas de carácter general en los términos del sentido común y de la cultura media o cuando la máxima de experiencia manifiesta en lenguaje común frecuencias estadísticas de un grado muy elevado; pero advierte que:

> *"La situación, sin embargo, es absolutamente distinta, y en gran medida más incierta, en los numerosísimos casos en que la máxima de experiencia carece de cualquier apoyo científico o estadístico, es decir, precisamente cuando se trata de una afirmación fundada únicamente en la experiencia. Respecto de estos supuestos pueden formularse algunas preguntas a las que sin embargo es difícil encontrarles respuestas aceptables. ¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima? ¿La del juez? Pero, entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia? ¿Pero cómo ha decidido esos casos en momentos en que su experiencia no se había formado aún? Si los ha decidido en función de criterios diversos, de caso en caso, ¿cómo hace para formular la máxima? O, en cambio, ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál? ¿Cuán amplio? ¿Cuán homogéneo? ¿Cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general? ¿años, siglos? Más aún, ¿quién está legitimado para formular la máxima, condensado en una aserción la experiencia de variadas y numerosas circunstancias específicas vividas por algunos sujetos o por millones de personas? ¿Es el juez quien se hace intérprete del sentir social y crea ad hoc la máxima de experiencia? ¿O*

9 NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 211.

10 TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 268 - 269.

Ir al índice

> *bien hay otros intérpretes del sentido común legitimados para decidir en qué consiste la experiencia de determinados hechos? ¿Son quizás, los 'todólogos' o los 'tertulianos' televisivos, o existen 'expertos' de la experiencia social? El juego de las preguntas sin respuesta, pero en absoluto ociosas, podría continuar. Sin embargo, los interrogantes ya formulados parecen suficientes para poner en duda el fundamento epistémico de las máximas de experiencia y, por tanto, para hacer absolutamente problemático el recurso de las mismas como reglas de cobertura para la formulación de una inferencia causal"*[11].

Pese a lo cual termina aceptando su empleo en atención a su imprescindibilidad para el razonamiento probatorio; pero advierte que:

> "Precisamente el hecho de que el recurso a estas nociones sea inevitable y que éstas sean tan inciertas y peligrosas si se usan acríticamente como reglas de inferencia hace que se deba hacer un uso extremadamente cauto y prudente de las mismas y, sobre todo, que su fuerza heurística y justificativa no deba ser sobrevalorada. Por ello, ciertamente el juez puede recurrir a nociones de sentido común, pero a condición de que haga un uso correcto de las mismas"[12].

Queda, entonces, en claro que si bien no pueden excluirse las máximas de experiencia del razonamiento probatorio su uso debe hacerse con mucha mesura y control de su calidad, racionalidad y grado de probabilidad; teniendo especial cuidado en dejar debidamente sentado en la resolución por lo menos la máxima de experiencia que se está usando -en ocasiones, podría ser hasta necesario expresar su fundamentación- a efectos de que las partes puedan ejercer su defensa y hacer un control recursal de los mismos.

En esta idea de un uso razonable de las máximas de experiencia propone TARUFFO[13] las siguientes reglas:

> *"- Primera regla de uso: No atribuir a la máxima de experiencia un valor cognoscitivo superior al fundamento que tiene la máxima. Por ejemplo, si la máxima tiene un fundamento que dice 'usualmente' o 'a veces' sucede X, no equivale a decir 'siempre' sucede X.*
>
> *- Segunda regla de uso: Si una máxima se enuncia en términos generales, un solo contraejemplo sirve para contradecirla. Por ejemplo, un solo cisne negro es suficiente para controvertir la afirmación según la cual todos los cisnes son blancos.*
>
> *- Tercera regla de uso: La máxima de experiencia no puede entrar en contradicción con conocimientos científicos contrastados. Por ejemplo, no puede admitirse la*

11 TARUFFO, M. Ídem, p. 269.

12 TARUFFO, M. Ídem, p. 270.

13 Cnf. citado ABEL LLUCH, Xavier. *Las reglas de la sana crítica.* Madrid: La Ley, 2015, p. 104.

Ir al índice

afirmación que el sol gira alrededor de la tierra, cuando la ciencia ha demostrado justo lo contrario.

- Cuarta regla de uso: No puede emplearse una máxima experiencia si está contradicha por otra máxima de experiencia. Por ejemplo, no puede emplearse una máxima de experiencia basada en una generalización espuria, como la que afirma prejuicios negativos contra las mujeres".

3. Posibilidades de control casacional en la prueba indiciaria

La **Casación N° 300-2018.Sullana** puntualiza los límites del Corte Suprema para controlar la corrección del razonamiento probatorio a partir de indicios con motivo de dicho tipo de recursos, señalando:

> ***"OCTAVO.*** *Que es relevante puntualizar que, desde el control casacional de la prueba por indicios, este Supremo Tribunal* ***en su labor tiene dos límites****. El primero se refiere a* ***la acreditación de los indicios declarados probados por la Sala Sentenciadora****, pues* ***si lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento****, ya que tanto el principio de inmediación –ya señalado– y la propia naturaleza del recurso de casación impiden que no se pueda entrar en el ámbito valorativo fáctico propio de tribunal sentenciador (artículos 425 numeral 2 y 432 numeral 2 del Código Procesal Penal–, en relación con las pruebas de descargo practicadas o con las manifestaciones exculpatorias del acusado –quien proporciona una versión fáctica alternativa que el juez puede estimar convincente o bien inverosímil–. El segundo, referido al* ***control de la racionalidad de la inferencia****, no implica la sustitución del criterio valorativo del órgano jurisdiccional de mérito por este órgano de casación. La ponderación de elementos incriminatorios y de descargo debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora de dichos órganos jurisdiccionales,* ***siempre que responda a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos"*** *(negritas nuestras).*

Es indiscutible que la casación no le otorga a la Corte Suprema la potestad de conocer cualquier tipo de cuestionamiento a la resolución de segunda instancia. El art. 427° CPP establece contra qué tipo de resoluciones es procedente la casación y el art. 429° CPP las causales posibles (inobservancia o aplicación indebida o errónea de las garantías constitucionales de carácter procesal o material; inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad; indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; resolución expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor; apartamiento de la doctrina jurisprudencial suprema o del TC).

En este sentido, ha establecido la Corte Suprema en el Auto de Calificación de la **Casación N° 569-2016.Huánuco,** en una de las múltiples veces en que se ha pronunciado al respecto:

Ir al índice

> *"El recurso extraordinario de casación comprende dentro de sus notas esenciales el circunscribirse a las cuestiones de puro derecho resultándole ajena la reevaluación de cuestiones de hecho, de modo que no es posible discutir en sede casatoria el valor probatorio y el criterio de apreciación para su eficacia realizados, dado que afirmar lo contrario nos llevaria a aceptar la posibilidad de un triple juzgamiento de la causa.*
>
> *En atención a ello, debe entenderse que la casación cumple tres funciones esenciales: nomofiláctica, uniformadora y de control de logicidad del razonamiento judicial. Son estas funciones las que justifican un pronunciamiento en sede casatoria, de modo que un recurso de este tipo que no esté orientado al logro de estas finalidades, debe ser desestimado por resultar ajeno al alcance del recurso extraordinario que representa la casación".*

Si bien esto es así y la casación no debe cuestionar el mérito de la valoración probatoria del juez de instancia ni su resultado (principio de intangibilidad de los hechos), si es posible cuestionar la corrección del razonamiento probatorio en tanto haya implicado una arbitrariedad y la infracción de las garantías fundamentales de carácter procesal del justiciable; p. ej. dejando de valorar la información trascendental brindada por un medio de prueba.

Infracción que se verifica en los casos en que la inferencia probatoria que fundamenta la acreditación del hecho imputado se basa en una regla de inferencia inválida o utilizada de modo irrazonable. Esto lo reconoce la propia **Casación N° 300-2018.Sullana** cuando dice: *"La ponderación de elementos incriminatorios y de descargo debe ser respetada... siempre que responda a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos".*

Es por eso que en la casación en referencia previamente la Corte Suprema hace el siguiente control:

> *"Desde el requisito de la corrección o racionalidad de las inferencias probatorias aportadas, no se desprende que se utilizó inferencias que vulneran las reglas de la sana crítica (respeto de la lógica, la ciencia o la experiencia), que la inferencia es inexistente, impertinente o demasiado genérica; en suma, que no se utilizó para la formación de la premisa mayor una inducción o inferencia indebida (arbitraria, absurda o infundada).*
>
> *Finalmente, desde el requisito negativo de inexistencia de prueba de lo contrario, que comprende la prueba en contrario y la contraprueba, que afecta tanto al indicio como a la inferencia, no constan elementos de prueba en esa dirección".*

Si las cosas son así, que en efecto lo son, no resulta correcto el primer límite que establece la **Casación N° 300-2018.Sullana**, de que si los indicios declarados probados por la Sala Sentenciadora lo han sido mediante prueba directa no es posible su cuestionamiento en casación.

Ir al índice

Lo que se pierde de vista para llegar a esta conclusión es que la estructura inferencial de la prueba indiciaria (hecho indicante – regla de inferencia – hecho probado) es la estructura que le corresponde al razonamiento probatorio en general, sea que se trate de prueba indirecta o prueba directa.

Explica GONZALEZ LAGIER:

> *«Por medio de la prueba judicial de los hechos se trata de inferir un enunciado (o un conjunto de enunciados) acerca de si ciertos hechos del pasado ocurrieron (y de cómo ocurrieron) a partir de otro enunciado (o conjunto de enunciados) acerca de otros hechos. Llamaré a los primeros "hechos a probar" y a los segundos "hechos probatorios". En este proceso se pueden distinguir (aunque probablemente sólo como método de análisis) dos fases: una primera fase consistente en el establecimiento de los "hechos probatorios" (esto es, de las premisas del razonamiento) y una segunda fase consistente en la obtención de una conclusión acerca de los "hechos a probar" partiendo de los "hechos probatorios" (...).*
>
> *Este es un tipo de razonamiento (al que llamaré "inferencia probatoria") que los jueces comparten con otros investigadores de hechos del pasado, como los historiadores o los detectives. Para mostrar las peculiaridades de esta manera de razonar podemos recurrir a la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin.*
>
> *De acuerdo con este autor, toda argumentación parte de una pretensión, que es aquello que se sostiene, aquello que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda, debe ser apoyada por medio de razones, esto es, hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión.*
>
> *Ahora bien, en ocasiones hay que explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de un enunciado que exprese una regularidad que correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión.*
>
> *Este elemento fundamental de la argumentación es la garantía, que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. A su vez, la garantía puede ser apoyada con un respaldo, que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad. De acuerdo con Toulmin, pretensión, razones, garantía y respaldo son elementos que deben estar presentes en toda argumentación o razonamiento, sea del tipo que sea, jurídico, científico, de la vida cotidiana, etc. (...) Este esquema puede ser trasladado con facilidad al razonamiento judicial en materia de hechos. Los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia y las presunciones que autorizan a los jueces a pasar de las razones a la pretensión; y el respaldo*

Ir al índice

> *estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía»*[14].

Lo que es reconocido por la **Casación N° 300-2018.Sullana**, cuando dice:

> *"Todo proceso de valoración de la prueba requiere de un medio-fuente de prueba y de una inferencia probatoria, sea ésta prueba directa o indirecta. Siempre, bajo el criterio de normalidad o causalidad, se utilizan inferencias probatorias. En la prueba por indicios, en comparación de la prueba directa, solo se requiere de mayores pasos".*

Para que se pueda formular válidamente una inferencia probatoria indiciaria es necesario que el hecho indicante se encuentre acreditado más allá de toda duda razonable, lo que puede ocurrir tanto por medio de prueba directa como de prueba indirecta; pero en ambos casos el razonamiento probatorio debe guardar una estructura inferencial, esto es, contemplar la interrelación de una premisa con una conclusión a través del enlace de necesidad que hace una regla de inferencia (máxima de experiencia, regla científica o lógica).

Por tanto, para la acreditación del hecho indicante por prueba directa también es necesario el empleo de máximas de experiencia que interrelacionen la información que proporcionan los medios de prueba con la conclusión a la que se pretende arribar -la prueba del indicio-.

Lo que va a dar lugar, del mismo modo que cuando la acreditación del indicio se produce mediante prueba indiciaria, a que el juzgador pueda incurrir en vicios que digan que su razonamiento no responde a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o los conocimientos científicos.

Lo que, claramente, no implica un cuestionamiento al mérito de la valoración probatoria del juez de instancia ni a su resultado (principio de intangibilidad de los hechos), sino a su forma, en tanto implique una arbitrariedad y la infracción de garantías procesales fundamentales.

---

14 GONZALEZ LAGIER, Daniel. "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)". En Jueces para la Democracia 47, Madrid: Jueces para la Democracia, Julio - 2003, p. 35; consigna el siguiente ejemplo: «*Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de noviembre de 1998 absolvió al acusado de un delito contra la salud pública de tráfico de drogas. Justificó su decisión en dos razones: 1) sólo se le había encontrado en el registro de su lugar de trabajo 1 gramo, 810 miligramos de cocaína y 2) la identificación del mismo se había hecho a partir de las manifestaciones ante la Guardia Civil de otra persona a la que se le había intervenido previamente cierta cantidad de droga, sin que dichas manifestaciones fueran posteriormente ratificadas, ni en la fase instructora ni en el juicio oral. La fuerza de estas razones deriva de dos enunciados generales: una presunción establecida jurisprudencialmente, según la cual se presume que se posee droga para el tráfico cuando la cantidad es superior a 3 gramos y una máxima de experiencia de los magistrados, de acuerdo con la cual "viene siendo desgraciadamente frecuente que la persona a la que se le interviene alguna cantidad de droga, temerosa de que se le pueda considerar vendedora de la misma, facilite la identificación de otra, diciendo que se la compró a ella, para desviar hacia ésta la investigación policial, y situándose después en paradero desconocido, para impedir la ratificación de lo dicho en el atestado policial". A su vez, cabría hacer explícito -aunque la sentencia no lo hace- el fundamento de la presunción y de dicha máxima de experiencia (lo que, en última instancia, debe descansar en la observación de casos anteriores)».*

Ir al índice

Podemos concluir, entonces, que no existe razón para no poder controlar, a través de la casación, la validez y uso adecuado de las reglas de inferencia empleadas cuando la acreditación del indicio ha tenido lugar a través de prueba directa; pues para este tipo de acreditación también se requiere proceder mediante un razonamiento probatorio inferencial.

Ir al índice

16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO CASACIÓN N.° 317-2018/ICA
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA – DERECHO A LA PRUEBA

Sumilla. **1.** En el presente caso, se cambió el título de intervención delictiva del acusado, de autor mediato al de autor material directo, al excluirse, como inicialmente se postuló, que un tercero, por órdenes suyas, mató a la agraviada, sin que varíe la afirmada intervención de otras personas en la ejecución típica. El hecho nuevo consistió, más allá de la variación del título de intervención delictiva, en que el imputado, según la Fiscalía, fue quien disparó a la agraviada, no un desconocido por orden de él. La calificación legal, en el ámbito del título de intervención delictiva, como consecuencia de ese cambio de situación fáctica, varió y, por consiguiente, generó de parte del Ministerio Público una acusación complementaria. Tal acusación es lícita. **2.** La literatura en materia de criminalística forense insiste en la exigencia de tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio, así como da cuenta de una posibilidad de contaminación en escena y tanto de falsos positivos como de falsos negativos.- Un esclarecimiento en este punto, pese a que mediaron dos informes periciales de parte en sentido contrario, resultaba indispensable, tanto más si sobre las hipótesis alternativas propuestas por la defensa en este punto no se produjo un examen pericial puntual y riguroso.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, veinticinco de octubre de dos mil dieciocho

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional -garantías del debido proceso y de defensa procesal vulneración de la garantía de motivación y quebrantamiento de precepto procesal, interpuesto por el encausado TAK QUAN LAU LAU contra la sentencia de vista de fojas mil setecientos cincuenta y seis, de treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas mil ciento cincuenta y dos, de tres de abril de dos mil diecisiete, lo condenó como autor material del delito de parricidio en agravio de Sandra

Ir al índice

Jennifer Sifuentes Salcedo a veinticinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación, así como al pago de ciento ochenta mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación fiscal de fojas uno, de trece de junio de dos mil dieciséis, aceptada por el auto de enjuiciamiento de fojas veintisiete, de diecinueve de julio de dos mil dieciséis, el encausado Lau Lau en la madrugada del día veintiuno de julio de dos mil quince, luego de una discusión con su esposa -la agraviada Sandra Jennifer Sifuentes Salcedo-, suscitada en su domicilio ubicado en el segundo piso de la avenida Benavides número doscientos ochenta y siete, distrito de Chincha Alta, provincia de Chincha - Ica, la golpeó y, con ayuda de su coencausado Pedro Nicolás Elías Huamán, la trasladó hasta el kilómetro doscientos cincuenta y ocho punto siete de la carretera Panamericana Sur. En dicho lugar un tercer sujeto no identificado, por orden del acusado y en su presencia, utilizando una pistola calibre treinta y ocho, disparó dos balas en la cabeza de la agraviada y le causó la muerte. El acusado Lau Lau, continuando con su plan delictivo, ordenó a otras personas no identificadas y a su coencausado Elías Huamán que se lleven su camioneta y la dejen abandonada, para así fingir un robo y justificar la muerte de la agraviada.

En virtud a esta base fáctica se acusó al encausado Lau Lau como autor mediato y a Elías Huamán como cómplice primario.

SEGUNDO. Que, por auto de fojas setenta y siete, de dieciocho de agosto de dos mil dieciséis, se citó para el juicio oral el día dieciséis de setiembre de dos mil dieciséis. La audiencia se realizó de manera continua e ininterrumpida durante doce sesiones. La sesión última, del veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis, se suspendió para el día seis de diciembre de mil dieciséis. Esta última sesión, sin embargo, se reprogramó para el día doce de diciembre del mismo año, pues la jueza Judith Astohuamán Uribe, directora de debates, se encontraba con descanso médico del cinco al nueve de diciembre de dos mil dieciséis. Se dejó constancia que dicha sesión de audiencia solo se reprogramó para efectos de instalarla y evitar el quiebre del juicio oral.

La audiencia continúo el doce de diciembre de dos mil dieciséis sin la presencia de los acusados y con la intervención como abogado de los acusados del doctor Gutiérrez Anchante, quien no era defensor de confianza de ninguno de ellos. La siguiente sesión se reprogramó para el día siguiente trece de diciembre del mismo año.

TERCERO. En la décima quinta sesión de audiencia, del día trece de diciembre de dos mil dieciséis, la defensa de los acusados solicitó se declare el quiebre (interrupción) del juicio oral. La Sala sentenciadora, mediante auto de fojas doscientos treinta y dos, de trece de diciembre de dos mil dieciséis, desestimo ese pedido. El recurso de reposición, igualmente, se rechazó. Asimismo, en la misma sesión de audiencia la defensa solicitó que se declare nula la

Ir al índice

audiencia en curso, pedido que la Sala desestimó por auto de fojas doscientos treinta y tres, al igual que el recurso de reposición por auto de fojas doscientos treinta y cuatro. En esta misma sesión de audiencia la defensa del imputado planteó la nulidad de la sesión del doce de diciembre de dos mil dieciséis. La Sala dejó a salvo el derecho de la parte que se considere agraviada para que lo haga valer en la instancia correspondiente, y contra el auto respectivo promovió, de igual manera, recurso de reposición, el cual fue declarado inadmisible.

CUARTO. Que, por su parte, la defensa de Lau Lau interpuso una demanda de Habeas Corpus, declarada fundada mediante sentencia de fojas trescientos sesenta, de nueve de enero de dos mil diecisiete, expedida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Pisco. Se declaró nula y sin eficacia jurídica la audiencia de juzgamiento del seis de diciembre de dos mil dieciséis y posteriores actuaciones procesales.

En su mérito, la Sala sentenciadora en la sesión de audiencia de fojas cuatrocientos veinte, de once de enero de dos mil diecisiete, declaró quebrado el juicio oral y lo reprogramó de manera inmediata para el día siguiente, doce de enero de dos mil diecisiete. Contra esta resolución, la defensa de los acusados interpuso recurso de reposición, pero fue desestimado.

QUINTO. Que en el curso del nuevo juicio oral iniciado el doce de enero de dos mil diecisiete [fojas cuatrocientos noventa y uno], el Fiscal Provincial, cuando la causa se encontraba en el paso inicial del período decisorio (alegatos del Fiscal), formuló acusación complementaría, en cuya virtud varió el título de intervención delictiva del imputado Lau Lau, de autor mediato a autor directo o material [fojas setecientos noventa y ocho, de dos de marzo de dos mil diecisiete]. Esta acusación se oralizó en la décimo cuarta sesión de audiencia de esa misma fecha [fojas setecientos noventa y cuatro].

En mérito a esta acusación complementaria, excepcionalmente se reabrió el período probatorio, según se advierte de la providencia oral de fojas ochocientos seis, de ocho de marzo de dos mil diecisiete. La Sala Sentenciadora solo admitió cuatro de los once medios de prueba ofrecidos por la defensa de los acusados. Contra el extremo denegatorio de la aludida resolución se interpuso curso de reposición, que fue declarado improcedente por auto de fojas ochocientos diecisiete, de la misma fecha.

SEXTO. Que, culminado el juicio oral, se emitió la sentencia de primera instancia. Ésta declaró probado que, en horas de la madrugada del día veintiuno de julio de dos mil quince, el encausado Lau Lau luego de una discusión con su esposa -la agraviada Sandra Jennifer Sifuentes Salcedo-, ocurrida en su domicilio ubicado en el segundo piso de la avenida Benavides numero doscientos ochenta y siete, distrito de Chincha Alta, provincia de Chincha - Ica, la golpeó y la trasladó hasta el kilómetro doscientos cincuenta y ocho punto siete de la carretera Panamericana Sur, donde utilizando el arma de fuego de su propiedad le disparó dos proyectiles y le ocasionó la muerte. Acto seguido, personas desconocidas se llevaron su vehículo y el citado acusado se quedó en el lugar de los hechos fingiendo haber sido víctimas de un robo. La citada sentencia absolvió al coencausado Elías Huamán, bajo el argumento de que la sindicación de los menores Kyara y Jared Lau Sifuentes, hijos del acusado y de la agraviada, no cumplieron con las exigencias estipuladas en el Acuerdo Plenario 02-2005/CJ-116.

Ir al índice

SÉPTIMO. Que la mencionada sentencia de primera instancia de fojas mil setecientos cincuenta y seis, de treinta y uno de enero de dos mil dieciocho condenó a Lau Lau como autor material o directo del delito de parricidio en agravio de Sandra Jennifer Sifuentes Salcedo a veinticinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación, así como al pago de ciento ochenta mil soles por concepto de reparación civil.

En virtud de los correspondientes recursos de apelación interpuestos por el encausado -fojas mil doscientos dieciocho, de veinticuatro de abril de dos mil diecisiete- y el señor Fiscal Provincial Penal de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica - Tercer Despacho Fiscal de Investigación -fojas mil cuatrocientos cincuenta y ocho, de veinticuatro de abril de dos mil diecisiete-, y culminado el procedimiento impugnativo, la Segunda Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ica profirió la sentencia de vista de fojas mil setecientos cincuenta y seis, que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo condenatorio y declaró nulo el extremo absolutorio respecto del encausado Elías Huamán.

Contra esta sentencia de vista el encausado Lau Lau promovió recurso de casación.

OCTAVO. Que el encausado Lau Lau en su recurso de casación de fojas mil ochocientos trece, de catorce de febrero de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional, quebrantamiento de precepto procesal, violación de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 2, 4 y 5, del Código Procesal Penal).

NOVENO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas ciento cuarenta y cinco, de ocho de junio de dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

> **A.** Las causales de inobservancia de precepto constitucional —debido proceso y defensa procesal-, vulneración de la garantía de motivación y quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, incisos 1, 4 y 2, del Código Procesal Penal).
>
> **B.** El examen casacional está circunscripto a dilucidar los cuestionamientos referidos a: (***i***) la inobservancia del debido proceso, acerca de la realización de la audiencia luego de lo decidido en sede de Habeas Corpus; (***ii***) las reglas procesales de la acusación complementaria, en orden a su legalidad, procedencia y tramitación ulterior; (***iii***) la contravención de la garantía de defensa procesal en el ámbito del derecho a la prueba pertinente; y, (***iv***) la falta de examen respecto a la presunta contradicción del testimonio de los hijos del imputado Lau Lau y a la fiabilidad de la declaración de la médico Rossana Lua Yong -motivación incompleta-.

DÉCIMO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior -con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa del imputado recurrente-, se expidió el decreto de fojas ciento sesenta y tres, de doce de setiembre de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día once de octubre último.

Ir al índice

UNDÉCIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la defensa del imputado recurrente, doctor Renzo Riega Cayetano. Concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. *DEL PRIMER MOTIVO DE CASACIÓN: DEBIDO PROCESO*

PRIMERO. Que una vez que el Tribunal de Primera Instancia fue notificado de la sentencia de hábeas corpus que amparaba la pretensión anulatoria de la defensa del encausado Lau Lau, en la última sesión de la primera audiencia declaró interrumpido el enjuiciamiento y, en ese mismo acto, fijó como nueva fecha para el juicio oral al día siguiente, doce de enero de dos mil diecisiete [fojas cuatrocientos veinte, de once de enero de dos mil diecisiete], ocasión en que efecto se instaló la audiencia [fojas cuatrocientos cuarenta y uno], que dio lugar a la sentencia de primera instancia y, tras el recurso de apelación, a la sentencia de vista impugnada en casación.

SEGUNDO. Que la defensa cuestionó la nueva fecha fijada para el inicio de la audiencia porque, a su juicio, se vulneró el artículo 355, apartado 1), del Código Procesal Penal. Apuntó que ni siquiera se fijó la audiencia un plazo de setenta y dos horas, que sería el mínimo para la notificación.

El citado precepto procesal señala que el Juzgado Penal competente: "[...] *dictará el auto de citación a juicio* [...]. *La fecha* [de la realización del juicio oral] *será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez (10) días".*

TERCERO. Que, empero, la indicada disposición legal, sin embargo, debe interpretarse en función a las actuaciones precedentes, al curso global y concreto del procedimiento. Si por primera vez llega el proceso al Tribunal competente es obvio que el criterio temporal que estipula el precepto debe respetarse cumplidamente, en función al derecho a un tiempo razonable que tienen las partes procesales para preparar su defensa en orden al inicio del denominado "procedimiento principal": el juicio oral. Pero si la causa, como en el presente caso, tuvo en sede de juicio oral varias sesiones previas más de quince - y no se advertían cambios en el escenario procesal -la interrupción del procedimiento del juicio oral obedeció a factores temporales e incidencias del enjuiciamiento sin relación siquiera con un cambio fáctico o del escenario probatorio- resulta intrascendente que la nueva fecha para el acto oral se señale inmediatamente. Con tal decisión no se afectó el entorno jurídico de las partes; además, la causa siguió sin que, por este motivo, se altere su continuidad y regularidad procesal.

Este motivo, por consiguiente, no puede prosperar.

Ir al índice

§ 2. *DEL SEGUNDO MOTIVO DE CASACIÓN: ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA*

CUARTO. Que el Código Procesal Penal, desde el principio acusatorio, impone al Ministerio Público la determinación del objeto procesal.

1. Desde una perspectiva provisional, la acusación escrita define la pretensión penal. Su contenido está determinado por el artículo 349 del Código Procesal Penal. Al respecto, es relevante destacar lo siguiente: **A.** En orden a la fundamentación fáctica, la acusación debe exponer (***i***) la relación clara y precisa del hecho -el relato fáctico ha de ser completo, claro y específico (no se acepta una acusación formulada en términos absolutamente vagos e indeterminados, debe incluirse todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las acciones que se consideran delictivas: STSE 285/2015, de catorce de mayo), aunque no necesariamente exhaustivo-, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores -circunstancias que repercutan sobre la responsabilidad del acusado-; (***ii***) la participación que se atribuya al imputado -es la delimitación subjetiva-; y, (***iii***) la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran. **B.** En orden a la fundamentación jurídico penal, la acusación debe indicar el artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, esto es, el marco jurídico del hecho (tipo penal, grado de ejecución, título de intervención delictiva y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal). La acusación tiene que formularse en términos que permitan al acusado saber a qué atenerse y diseñar su estrategia defensiva (ATSE 123/2014, de veintisiete de marzo).

2. Como provisional que es esta acusación escrita, puede sufrir modificaciones, siempre en el curso del juicio oral -recuérdese que en el periodo inicial del juicio oral, el Fiscal, respecto de la acusación escrita, aprobada judicialmente mediante el auto de enjuiciamiento, solo puede exponer *"...resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas"* (artículo 371, apartado 2, del Código Procesal Penal) -no puede, por respeto al valor seguridad jurídica y al conocimiento previo de los cargos, formular cambio alguno en la acusación escrita-. En efecto, el Fiscal tiene tres alternativas: **A.** Durante el juicio oral, introducir un escrito de acusación complementaria para ampliar dicha acusación -ampliación que está sujeta a que se incluya un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación escrita, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado-. **B.** En el paso de alegato oral del período decisorio del juicio, formular una acusación oral adecuada, referida al *petitum*: aumento o disminución de la pena o de la reparación civil requerida en la acusación escrita porque advierte un mayor contenido de injusto o culpabilidad por el hecho o porque el daño se elevó o disminuyó en atención al material probatorio ejecutado en el acto oral (artículo 387, apartado 2, del Código Procesal Penal). **C.** En el paso de alegato oral del período decisorio del juicio, formular una acusación oral corregida, para subsanar simples errores materiales o para incluir alguna circunstancia genérica no contemplada -que, por cierto, no provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria- (artículo 387, apartado 3 del Código Procesal Penal).

QUINTO. Que, de otro lado, el órgano jurisdiccional también puede, en el curso del juicio y antes de la culminación de la actividad probatoria, instar la modificación de la calificación

Ir al índice

jurídica de los hechos objeto del debate si el Fiscal no lo consideró así, a cuyo efecto plantearía la tesis modificatoria correspondiente. El Fiscal, desde luego, puede asumir esa tesis y modificar el título acusatorio respectivo -la calificación jurídica de los hechos, en sentido amplio, puede importar, de un lado, una tipificación distinta ya sea por un diferente enfoque en la subsunción típica o por la introducción de circunstancias que podrían alterar la tipicidad inicialmente contemplada por el Ministerio Público; o, de otro lado, una punibilidad distinta-.

SEXTO. Que, en el presente caso, se cambió el título de intervención delictiva del acusado Lau Lau, de autor mediato al de autor material directo, al excluirse, como inicialmente se postuló, que un tercero, por órdenes suyas, mató a la agraviada, sin que varíe la afirmada intervención de otras personas en la ejecución típica. El hecho nuevo consistió, más allá de la variación del título de intervención delictiva, en que el imputado Lau Lau, según la Fiscalía, fue quien disparó a la agraviada, no un desconocido por orden de él. La calificación legal, en el ámbito del título de intervención delictiva, como consecuencia de ese cambio de situación fáctica, varió y, por consiguiente, generó de parte del Ministerio Público una acusación complementaria.

Es evidente, por lo demás, el serio error inicial de considerar una autoría mediata por el solo hecho de dirigir el curso de los acontecimientos típicos, pues, salvo el supuesto de dominio de aparatos de poder organizados -en que el ejecutor material es punible-, la autoría mediata supone que el autor mediato realiza el tipo legal de un delito de comisión dolosa haciendo actuar para sí en la ejecución del hecho a un "intermediario", quien posee la forma de un "instrumento humano". El ejecutor material es impune porque ejecutó una conducta atípica en sentido objetivo, sin dolo típico, conforme a derecho, de modo no culpable o porque es inimputable [WESSELS/BEULKE/SATZGER: *Derecho Penal - Parte General,* Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2018, pp. 374-376].

SÉPTIMO. Que, en estas condiciones, no existió un cambio ilícito de la calificación jurídica o legal de los hechos. No se mutó por completo los hechos, ni se trató de un factum radicalmente distinto; solo se cambió parte de la ejecución típica del mismo y la exclusión de un sujeto en la comisión material del mismo. La autoría atribuida al imputado Lau Lau no se alteró radicalmente -toda clase de autoría tiene una misma respuesta legal-; de autoría mediata se pasó a autoría material por exclusión de un individuo en el acto de disparar a la agraviada -ya no fue aquél por orden de Lau Lau sino el propio Lau Lau quien materialmente disparó contra la víctima-. Esto último es un hecho nuevo que merece una diferente calificación legal en el ámbito del título de intervención delictiva; y, por tanto, cumple con las exigencias del artículo 374, apartado 2), del Código Procesal Penal.

Este motivo de casación debe desestimarse.

§ 3. *DEL TERCER MOTIVO DE CASACIÓN: DEFENSA PROCESAL*

OCTAVO. Que la defensa del encausado Lau Lau afirmó que, aceptada la acusación complementaria, era del caso reabrir el periodo probatorio; que, por ello, ofreció nuevos medios de prueba, pero no fueron admitidos con infracción de lo dispuesto en el artículo

Ir al índice

374, apartado 3), del Código Procesal Penal; que la Sala, al respecto, se amparó en una regla propia de la etapa intermedia o del periodo inicial del juicio oral; que, en suma, la Sala debió asumir la admisión automática de los medios de prueba y, al no hacerlo, incurrió en un vicio de procedimiento.

NOVENO. Que, sobre este punto, es menester invocar, en primer lugar, el artículo 374, apartado 3), del Código Procesal Penal, que estipula en lo pertinente: "En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa". Este precepto solo reconoce el derecho de formular solicitudes probatorias por la defensa, la que puede ofrecer nuevas pruebas, en atención a "[...] la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado" (artículo 374, numeral 2, del citado Código).

En segundo lugar, como solo se exige que se trate de una prueba nueva, es de aplicación concurrente la regla general de admisión de pruebas, estatuida por el artículo 155, apartado 2, del Código Procesal Penal, en cuya virtud el Juez "[...] *solo podrá excluir las* [pruebas] *que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución".*

En tercer lugar, el ofrecimiento de pruebas está sujeto, asimismo, a presupuestos formales: especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso. Esta regla es la prevista en el artículo 352, apartado 5), literal a), del Código Adjetivo, que a su vez -en el literal b)- agrega la utilidad de la prueba ofrecida (la conducencia está referida a su legalidad y la pertinencia a la relación del medio de prueba con los hechos objeto del debate -requisitos repetidos-, mientras que la utilidad lo está al contenido del aporte que se espera alcanzar con ella).

Entonces, no es posible aceptar que toda solicitud probatoria deba aceptarse al introducirse una acusación complementaria. Las reglas de pertinencia, conducencia y utilidad son imprescindibles. El derecho a la prueba no presupone un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada -el Tribunal ha de decidir sobre sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad [STSE 771/2010, de cinco de marzo]-.

DÉCIMO. Que, en el presente caso, con motivo de la introducción de la acusación complementaria de fojas setecientos noventa y ocho, de dos de marzo de dos mil diecisiete, la defensa del recurrente formuló once solicitudes probatorias de examen pericial y dos referidas a oralización de prueba documental. El Tribunal de Primera Instancia solo admitió el examen pericial de los peritos Infante Zapata (para dos informes periciales que emitió), Tumba Chamba y Leiva Pimentel, así como de la memoria USB que contenía el archivo de video del lugar de los hechos.

Los medios probatorios inadmitidos, empero, fueron propuestos en la audiencia de apelación, y solo se aceptaron los medios de prueba que no habían sido actuados antes de la introducción

Ir al índice

de la acusación complementaria; esto es, el examen de los peritos Bolívar Fajardo y Rojas Regalado, así como el plano de distribución del domicilio del imputado. Cabe puntualizar que seis exámenes periciales se ejecutaron con anterioridad a la acusación complementaria (peritos Briguela Pow Sang, Gómez Ríos, Estacio Torres, Oré Gurí, Tumba Chamba -pericia de residuos de disparos por arma de fuego-, Alcántara Malca, Guillén Ramírez, Hidalgo Zambrano y Rosales Morales).

UNDÉCIMO. Que uno de los medios de prueba fundamentales para determinar la autoría directa o material del imputado Lau Lau fue, desde la sentencia de vista, el informe pericial número 6556/15 de fojas ciento quince, según el cual el citado encausado dio resultado positivo para plomo y negativo para bario y antimonio en manos derecha e izquierda. Este informe pericial lo realizaron Melquíades Tumba Chamba y Félix Oré Curi, quienes fueron examinados en el acto oral, antes de la introducción de la acusación complementaria, a partir del cual se concluyó que el imputado realizó disparos con arma de fuego.

Ambos peritos fueron llamados por la defensa a un nuevo examen pericial con motivo de la reapertura del periodo probatorio. La hipótesis de la defensa fue que se produjo una "contaminación en escena" y que no es posible sostener que con la sola presencia de residuos de plomo -sin acreditarse la presencia de bario y antimonio- se concluya que el imputado Lau Lau disparó contra la agraviada Sifuentes Salcedo.

DUODÉCIMO. Que es relevante destacar, sobre el particular, que la literatura en materia de criminalística forense insiste en la exigencia de tres elementos para estimar disparos por arma de fuego: plomo, bario y antimonio, así como da cuenta de una posibilidad de contaminación en escena y tanto de falsos positivos como de falsos negativos.

Un esclarecimiento en este punto, pese a que mediaron dos informes periciales de parte en sentido contrario (peritos Pedro Infante Zapata y Juan Carlos Leiva Pimentel), resultaba indispensable, tanto más si sobre las hipótesis alternativas propuestas por la defensa en este punto no se produjo un examen pericial puntual y riguroso. La propia motivación de la sentencia en esta cuestión es parca y no explica, desde la suficiencia argumental (principio lógico de razón suficiente), por qué las pericias de parte deben descartarse, más aun si la literatura, incluso la oficial proporcionada por la Policía Nacional, da cuenta de la imprescindible presencia de tres elementos [Así: *Manual de Criminalística,* Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2015, p. 284].

A la falta de exhaustividad de la sentencia -no explicación acabada de un planteamiento defensivo objeto del debate- se unió la restricción del derecho a la prueba pertinente -derecho instrumental que integra la garantía de defensa procesal- en función al nuevo enfoque fáctico y jurídico propuesto por la Fiscalía con motivo de la acusación complementaria. En esta perspectiva, resultaba ineludible, primero, el examen ampliatorio de los peritos cuestionados en relación a los términos de la acusación complementaria; y, segundo, de conformidad con los artículos 181, apartado 3, y 378, numeral 7, del Código Procesal Penal, los debates periciales entre los peritos cuyos dictámenes se contradecían (peritos Oré Curi, Tumba Chamba, Estacio Torres, Samillán Rivadeneyra y Bazán Castillo -números 6556/15, IC

Ir al índice

N° 676-2015-REG POL.ICA-DIVICAJ-DEPCRI y 3663/15-, de un lado; y, Leiva Pimentel e Infante Zapata Informes periciales de restos de disparos de parte y de tipo médico criminalístico-, de otro) -el debate se ordenará, incluso de oficio-. No se cumplió con el rigor necesario el deber de esclarecimiento que impone la Ley al órgano jurisdiccional -la prueba pericial debió agotarse y para ello el Tribunal tenía las facultades para la comprobación correspondiente, actuando pruebas de oficio conforme al artículo 385, numeral 2, del citado Código, dada su utilidad e indispensabilidad-.

En tal virtud, este motivo de casación debe prosperar.

§ 4. DEL CUARTO MOTIVO DE CASACIÓN: MOTIVACIÓN INCOMPLETA

DECIMOTERCERO. Que, según el casacionista, la sentencia de vista no advirtió ciertas contradicciones en las declaraciones en los menores hijos del imputado y de la agraviada, las cuales sin embargo no fueron analizadas. Empero, en los folios treinta y ocho al cuarenta de dicha sentencia se examinó rigurosamente la posible falta de fiabilidad del testimonio de los tres menores hijos del imputado y de la agraviada.

Se dio cuenta del informe pericial de parte de la psicóloga Silvia Rojas Regalado y de su examen en la audiencia de apelación, el cual se valoró cumplidamente haciéndose mención no solo a lo expuesto por dicha perito de parte sino al contenido de las declaraciones cuestionadas y al contexto en que se profirieron. El juicio de fiabilidad se llevó a cabo, por lo que no es posible considerar que la motivación, en este punto central, fue insuficiente o incompleta.

DECIMOCUARTO. Que distinto es el caso de si el análisis judicial del informe y de las explicaciones de dicha perito de parte sería o no el correcto -el defecto de motivación, como sustento del examen casacional de la garantía específica de motivación, no comprende este punto-. Como se trata de pericia de opinión que se erige en prueba personal no es posible un examen alternativo y autónomo por este órgano de casación. La coherencia y logicidad del razonamiento del Tribunal de Apelación no está en discusión, y sobre la existencia del mismo no cabe duda que la Sala Superior cumplió con formular o expresar el razonamiento correspondiente.

Por ende, este motivo debe rechazarse.

§ 5. DE LA CONCLUSIÓN

DECIMOQUINTO. Que, en atención a que únicamente se aceptó el motivo casacional referido a la inobservancia de precepto constitucional: defensa procesal, solo cabe un juicio rescindente. Es menester la realización de un nuevo debate oral o audiencia (artículo 433, apartados 1 y 2, del Código Procesal Penal), ocasión en que puntualmente se citarán a los peritos señalados en el duodécimo fundamento jurídico para el examen pericial correspondiente y, en su caso, el debate pericial pertinente. En este error jurídico debe concentrarse preponderantemente el nuevo juicio oral.

Ir al índice

De otro lado, estando al tiempo de privación procesal de la libertad (veintiuno de julio de dos mil quince), es de aplicación el artículo 435 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por inobservancia de precepto constitucional -garantía del debido proceso-, vulneración de la garantía de motivación y quebrantamiento de precepto procesal, interpuesto por el encausado TAK QUAN LAU LAU contra la sentencia de vista de fojas mil setecientos cincuenta y seis, de treinta y uno de enero de dos mil dieciocho. **II.** Declararon **FUNDADO** el citado recurso de casación por inobservancia del precepto constitucional –garantía de defensa procesal- interpuesto por el encausado TAK QUAN LAU LAU contra la sentencia de vista de fojas mil setecientos cincuenta y seis, de treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas mil ciento cincuenta y dos, de tres de abril del dos mil diecisiete, lo condenó como autor material del delito de parricidio en agravio de Sandra Jennifer Sifuentes Salcedo a veinticinco años de pena privativa de libertad e inhabilitación, así como al pago de ciento ochenta mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la mencionada sentencia de vista en lo que respecta al acusado Tak Quan Lau Lau; y, reponiendo la causa al estado en que se cometió el vicio: **ANULARON** en este extremo la sentencia de primera instancia **III. ORDENARON** se realice nuevo juicio oral de primera instancia conforme a lo dispuesto en el decimoquinto fundamento jurídico. **IV. MANDARON** se proceda con la inmediata libertad del recurrente, que se efectivizará siempre y cuando no exista mandato de detención preliminar o prisión preventiva emanada de autoridad competente; oficiándose. **V. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

LA ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA Y EL DERECHO A LA PRUEBA CASACIÓN N° 317-2018-ICA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
NAYKO TECHY CORONADO SALAZAR[1]

1. SUMILLA

El presente artículo desarrolla un análisis de la figura de la acusación complementaria y el derecho a probar como consecuencia de su planteamiento, a partir de la Casación N.°317-2018/ICA, que aborda dicha figura como uno de sus fundamentos. El análisis efectuado comprende desde la descripción normativa, su aplicación práctica, los problemas que se presentan en la casuística, su contexto de viabilidad, sus efectos, entre otros puntos. Todos estos aspectos materia de análisis parten de su tratamiento normativo en el artículo 374.2 del CPP y de detalles puntuales citados en la referida casación.

2. INTRODUCCIÓN

La acusación complementaria es una figura procesal que se presenta exclusivamente durante el juicio oral, en que se despliega la actividad probatoria sobre la base de la acusación fiscal escrita y que ha sido controlada en la etapa intermedia. Al ser una figura específica y de menor incidencia en los juicios orales a nivel nacional, su contenido y desarrollo en los estudios jurídico-procesales se viene forjando a partir de la propia casuística. De este modo, existen diversas aproximaciones analíticas en torno a ella. Este artículo se traza el mismo propósito: ahondar en su estudio para una mejor aplicación práctica y sobre todo establecer uniformidad en la interpretación normativa, de manera que conlleve a una mayor predictibilidad judicial.

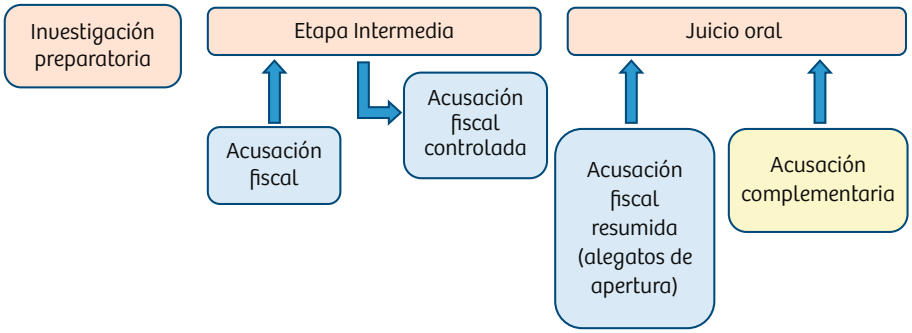
3. ¿QUÉ ES LA ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA?

Es una figura procesal cuya entidad se inserta en la etapa de juzgamiento. Su génesis, formación, consolidación y presentación en el plenario es una potestad del Ministerio Público. Consiste en la ampliación de la acusación fiscal mediante la incorporación de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que modifique la calificación legal o que integre un delito continuado (artículo 374.2 del CPP).

Con el fin de identificar su ubicación en esta etapa procesal, graficamos entonces el curso de la acusación fiscal y su co-existencia con la acusación complementaria:

1 Jueza del Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Magister en Ciencias Penales por la UNMSM.

Ir al índice



Expuesta de esta forma, se tiene que, si en el proceso penal no se presenta acusación complementaria, la sentencia del caso debe pronunciarse acogiendo o no el contenido de la acusación fiscal controlada (componentes fáctico, jurídico y probatorio), con base en una efectiva actividad probatoria y de conformidad con el principio de congruencia. Por el contrario, si se presentara acusación complementaria en el pleno del juicio, basado este en la acusación fiscal, la sentencia deberá pronunciarse en sentido positivo o negativo respecto de aquellas, pudiendo específicamente acogerse una u otra, en el caso de ser excluyentes (homicidio culposo u homicidio doloso); una y parte de la otra, en el caso de no ser excluyentes (robo con agravantes 1 y 2, y robo con agravantes 3 y 4); una y otra, en el caso de ser inclusivas (hurto simple y su agravante 1); o ninguna. En vista de ello, podemos afirmar que una vez saneada la acusación fiscal en la etapa intermedia, esta es inmutable hasta la sentencia en la fase del juicio, salvo que se presentara acusación complementaria o desvinculación judicial (potestad del juez de recalificación jurídica de los hechos materia de acusación fiscal), figura que por cierto amerita otro análisis que examine su contenido.

En relación a su ámbito descriptivo, debemos señalar que la acusación complementaria debe cumplir formalidades en cuanto a su presentación y tramitación en el juicio oral:

1) Debe ser presentada por escrito ante el juez de juicio y en el mismo acto del plenario (artículo 374 del CPP). Es decir, no ocurre como en el caso de la acusación fiscal, que se presenta por la mesa de partes del juzgado correspondiente para el posterior conocimiento de las partes, sino que el fiscal en pleno acto de audiencia de juicio la invoca y presenta ante el juez; para lo cual, sin ser una exigencia formal y por un tema de diligencia y concentración de actos, acompaña copias del documento en el mismo número de las partes del proceso, presentes en la audiencia, para su entrega.

2) El fiscal, en el mismo acto de presentación del escrito de acusación complementaria, debe proceder con la exposición y fundamentación en el plenario, para conocimiento del juez y los demás sujetos procesales (ya sea que los vincule directa o indirectamente o que no lo haga).

3) A continuación, el juez, invocando el artículo 374.3 del CPP, que se refiere a la posibilidad de suspensión de la audiencia por un plazo máximo de cinco días, para la preparación

Ir al índice

de la defensa, la evaluación del ofrecimiento de medios probatorios y la realización de una nueva declaración del acusado (en el caso de haber declarado anteriormente o de la declaración del acusado en puridad, todo en el marco de la acusación complementaria), así como instar a las partes a que se pronuncien. Seguidamente, con pedido de suspensión de audiencia o no, el juez debe propiciar la continuación de las incidencias en otra sesión conforme al plazo máximo otorgado para que no resulte afectado el debido proceso (plazo razonable) y sobre todo para poder garantizar el derecho de defensa.

4) Reasumida la siguiente sesión de audiencia de juicio, el juez debe escuchar los pronunciamientos de las demás partes procesales si estas lo consideran así, para posteriormente formular preguntas respecto del ofrecimiento de medios probatorios para el control de admisión. Resuelto ello, se proseguirá a preguntar al acusado, sujeto a la acusación complementaria, si declarará en el tracto de esta figura procesal. De hacerlo o no, se proseguirá igualmente con la actuación de los medios probatorios admitidos para el efecto. Con ello concluye aquel sub-procedimiento de la acusación complementaria presentada en juicio.

5) Se retoma el acto procesal que se venía realizando en el juicio oral, antes de la presentación de la acusación complementaria.

4. ¿EXISTEN LÍMITES DE OPORTUNIDAD PARA SU PRESENTACIÓN EN JUICIO ORAL?

La sentencia casatoria materia de comentario precisamente nos trae un primer punto de análisis en el considerando quinto de sus fundamentos de hecho: *"Que, en el curso del nuevo juicio oral iniciado el doce de enero de dos mil dieciséis (...) el Fiscal Provincial cuando la causa se encontraba en el paso inicial del período decisorio (alegatos del Fiscal), formuló acusación complementaria, en cuya virtud varió el título de intervención delictiva del imputado (...) de autor mediato a autor directo o material. (...) En mérito a esta acusación complementaria, excepcionalmente se reabrió el período probatorio (...)".*

Lo anterior nos conduce a dilucidar si la acusación complementaria tiene límites temporales (mínimo y máximo) para su presentación en el juicio o es que puede ser presentada en cualquier momento de este último. El artículo 374.2 del CPP, que trata sobre esta figura procesal, dispone al inicio de su texto lo siguiente: "2. *Durante el juicio el Fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria (...)";* esto otorga el indicativo que la acusación complementaria podría ser presentada en cualquier acto procesal que comprende el juicio oral, sobre todo si tenemos en cuenta que, por ejemplo, la figura de la desvinculación judicial tratada en el inciso primero del mismo artículo señala: *"Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad (...)".* De ahí que para esta última figura la propia norma procesal señala un límite máximo, hasta antes de culminar la actividad probatoria, limitación expresa que no se presenta en cuanto a la acusación complementaria. Siendo así, de forma preliminar parece que la solución

Ir al índice

al problema se daría por una interpretación literal de la norma: no hay límite temporal mínimo ni máximo durante la realización del juicio oral para la presentación de la acusación complementaria, que abarca desde su instalación hasta la sentencia.

No obstante lo anterior, en una interpretación sistemática, se tiene que el artículo 374.3 del CPP establece que como consecuencia de la presentación de la acusación complementaria, se recibirá una "nueva declaración del imputado", lo que nos ubica en una mínima actividad probatoria como el hecho de haberse recibido la declaración del acusado al inicio del debate probatorio conforme se tiene del artículo 375[2] del CPP, y que, a su vez, presenta la exigencia de contar con la activación del debate probatorio como límite mínimo o menor posible.

Lo anterior descarta de plano que pueda presentarse acusación complementaria durante los actos iniciales del juicio, como en su instalación, en la presentación de los alegatos de apertura que constituyen el resumen de la acusación fiscal controlada en la etapa intermedia; tampoco en la fase de aceptación o no de cargos por parte del acusado que pueda propiciar una sentencia de conformidad; ni durante el ofrecimiento de nueva prueba. Con todo es necesario fijar como límite temporal mínimo, el inicio de la actividad probatoria en sí.

Por otro lado, en relación al límite temporal máximo para presentar una acusación complementaria en juicio, si bien la norma procesal no lo señala expresamente; sin embargo, el artículo 386 del CPP da el mayor indicativo de preclusión de etapas, al señalar: *"1. Concluido el debate probatorio, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden: a) Exposición oral del fiscal; b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil; c) Alegatos del abogado defensor del acusado; d) Autodefensa del acusado".* A partir de ello se tiene que, una vez iniciada la etapa de los alegatos de clausura, el proceso no puede retrocederse hasta la actividad probatoria, puesto que ésta ya finalizó. De ocurrir esto último, no se encontraría sustento para la presentación de una acusación complementaria a nivel de los alegatos de clausura o una vez finalizada la actividad probatoria; como ha ocurrido en el caso examinado de la casación en cuestión, en el que, al inicio de los alegatos de clausura del fiscal, se presentó acusación complementaria que condujo a "reabrirse" el período probatorio. En ese sentido, consideramos que la acusación complementaria debe tener como límite temporal máximo de presentación hasta el momento anterior a culminar la actividad probatoria. Insistir en lo contrario, implicaría presentar esta acusación al finalizar los alegatos de clausura, en la autodefensa material o incluso antes de leerse la sentencia, lo que afectaría el orden y la preclusión de los actos procesales del juicio oral.

¿DEBE EFECTUARSE UN CONTROL JUDICIAL PARA SU PROCEDIBILIDAD?

El considerando séptimo de los fundamentos de derecho de la sentencia casatoria en cuestión señala: *"Que, en estas condiciones, no existió un cambio ilícito de la calificación*

2 Este artículo prescribe: "Orden y modalidad del debate probatorio. 1. El debate probatorio seguirá el siguiente orden: a) Examen del acusado; b) Actuación de los medios de prueba admitidos; y c) Oralización de los medios probatorios (...)".

Ir al índice

jurídica o legal de los hechos. No se mutó por completo los hechos, ni se trató de un factum radicalmente distinto; sólo se cambió parte de la ejecución típica del mismo (...) de autoría mediata se pasó a autoría material por exclusión de un individuo en el acto de disparar a la agraviada (...)".

La glosa anterior nos permite abordar un tema interesante en cuanto a la existencia de un control judicial ante la presentación de la acusación complementaria en el acto del juicio. Para tal efecto nos remitimos al objeto de la referida figura procesal: la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no se haya mencionado en su oportunidad (acusación fiscal) y que modifique la calificación legal o integre un delito continuado. Al respecto, debemos distinguir dos niveles de control judicial en las audiencias: aquel que la propia norma preceptúa como paso procedimental (resolución de incidentes promovidos por las partes, ofrecimiento de nueva prueba o prueba excepcional, retiro de acusación, entre otros); y aquel otro que sin regularlo como estamento procedimental, se ubica en el ámbito de discrecionalidad al emitir un control de procedibilidad o no.

El caso en análisis trata de una acusación complementaria presentada en un juicio oral desarrollado en la ciudad de Ica, en que la acusación fiscal comprendió al procesado como presunto autor (mediato) del delito de parricidio, por haber ordenado la muerte de su cónyuge a través de una tercera persona. Con esta figura procesal, el Ministerio Público comprendió al acusado como presunto autor (directo) del mismo delito, en agravio de su cónyuge. De haberse presentado alguna oposición a tal acusación complementaria por no encontrarse la defensa conforme con el título de imputación, ¿esto acarrearía un pronunciamiento de control judicial? Desde nuestro punto de vista y por el objeto de cuestionamiento (aspecto sustancial), consideramos que no es un motivo suficiente para producirse este control, tanto más si la acusación complementaria es una potestad exclusiva del fiscal en juicio; por lo que cualquier aspecto material, en cuestión, sobre la acusación complementaria debe resolverse en sentencia.

Situación diferente se presenta cuando, por ejemplo, una acusación complementaria evidencia, durante su sustentación oral en el plenario, que comprende, por su objeto, a terceras personas no acusadas en el juicio o terceros no considerados parte agraviada; hechos meridianamente desvinculados con los que son objeto de debate; o, en razón del factor temporal, que se presentara antes de iniciar los alegatos de apertura o durante los alegatos de clausura. La respuesta ante los citados casos corresponde a un control judicial de procedibilidad, sea peticionado por las partes o ejercido incluso de oficio.

Con lo que se tiene que el control judicial que debe efectuarse ante la presentación de una acusación complementaria, es excepcional, y siempre y cuando el caso lo amerite; de lo contrario, no será necesario el control judicial en este estamento procesal sino en la sentencia, en la que se dará respuesta a las posturas esgrimidas por las partes en el debate al interior del sub-procedimiento de acusación complementaria.

5. ¿SU PLANTEAMIENTO EN JUICIO SOLO HABILITA A LA DEFENSA A PRESENTAR SOLICITUDES PROBATORIAS?

Ir al índice

El fundamento noveno de los fundamentos de derecho de la sentencia casatoria en análisis señala: *"(...) el artículo 374, apartado 3) del Código Procesal Penal, que estipula en lo pertinente: ´En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o prepara la defensa´. Este precepto solo reconoce el derecho de formular solicitudes probatorias por la defensa, la que puede ofrecer nuevas pruebas (...)".*

El texto señalado anteriormente nos ubica en el ámbito del derecho a probar que tienen las partes en el marco del sub-procedimiento de acusación complementaria. Así se tienen los siguientes aspectos a tratar:

1) Un primer aspecto identificado es determinar si solo la defensa del acusado tiene el derecho a ofrecer medios probatorios en el nuevo contexto, o si es que también pueden hacerlo los demás sujetos procesales. Según la casación en análisis, ese derecho solo correspondería a la defensa, lo cual es llamativo si se tiene en cuenta que la propia norma procesal estipula que "las partes" tienen el derecho de pedir la suspensión del juicio para "ofrecer nuevas pruebas"; entendiéndose por partes a los sujetos procesales partícipes en el contradictorio. Ello implica que no solo el propio representante del Ministerio Público, que invocó y sustentó la acusación complementaria, pueda, en una siguiente sesión, escuchar los pronunciamientos de las demás partes, sino también sustentar su ofrecimiento de nuevos medios probatorios en el marco invocado. De este modo podrán también hacerlo, el actor civil o tercero civil si estuvieran constituidos, así como la (s) defensa (s) de los acusados; según el principio de igualdad procesal contenido en el artículo IV del título preliminar del CPP.

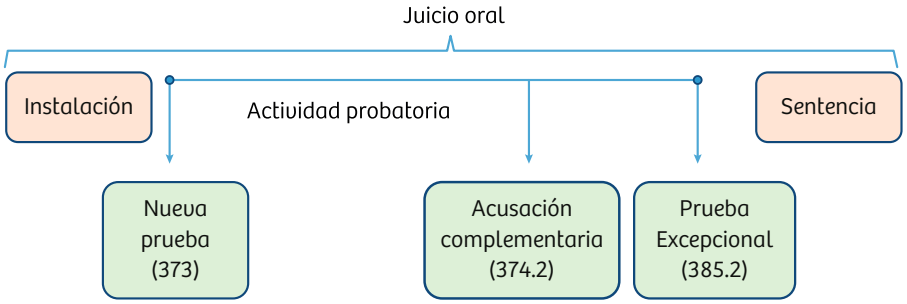
   Otro tema también relevante es que, ante la presentación de una acusación complementaria, al tener como objeto un nuevo hecho o circunstancia nueva, vinculada al hecho matriz, resulta altamente probable que el Ministerio Público ofrezca medios probatorios precisamente para sustentar dichos nuevos elementos fácticos o circunstanciales. Ante esto no podría limitársele el derecho a probar. Adicionalmente, si bien todas las partes tienen el derecho de postular la admisión de medios probatorios nuevos, no es menos cierto que la defensa tiene un rol preponderante en este nuevo marco de acusación complementaria, conforme a la garantía del derecho de defensa; lo cual, como hemos mencionado, no implica limitar a otro (s), del derecho a probar.

2) Un tema adicional sobre este derecho lo encontramos en lo que puede ser objeto de ofrecimiento como "nueva prueba" con el planteamiento de la acusación complementaria. En realidad estos términos aparecen en diversas figuras procesales del CPP, que permiten la postulación probatoria: así en la propiamente "nueva prueba", contenida en su artículo 373[3] del CPP; la "prueba excepcional" del artículo

3 *Este artículo estipula: "Solicitud de **nueva prueba.** 1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer **nuevos medios de prueba**. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación (...)".*

Ir al índice

385.2[4]; y aun en la "acusación complementaria" del artículo 374.2[5]; sin embargo, su admisión no tiene parámetros formales como los exigidos en la "nueva prueba", como el factor temporal (que se haya conocido con posterioridad a la audiencia de control de acusación) o el factor de re-evaluación de lo no admitido en etapa intermedia; y en la "prueba excepcional", el factor material, esto es, que se trate de nuevos medios probatorios que surjan del debate y sean fundamentales para esclarecer la verdad. Por tanto, su admisión debe estar delineada por las características de admisión de prueba en general (pertinencia, conducencia y utilidad), vinculadas al marco de la acusación complementaria. Así podemos graficar la ubicación consecutiva de dichas figuras procesales:



Por tanto, los nuevos medios probatorios a los que se refiere la norma procesal en la acusación complementaria, no están delimitados por su temporalidad o porque previamente hayan sido rechazados para reintentarse su admisión; sino que aluden a su conexión con el nuevo hecho o circunstancia nueva, sin romper la ligazón con el hecho matriz, cuya característica de "novedad" estriba en no haber sido actuado anteriormente durante el juicio. Así no resulta relevante si es que se ofreció con anterioridad y fue rechazado, o si aparece como recaudo de la carpeta fiscal y pudo haber sido ofrecido en su oportunidad; así también, puede ofrecerse como "nueva prueba", la ampliación del examen de un testigo o perito que haya declarado en el juicio. Todo ello siempre en la línea de ser un medio probatorio conducente, pertinente y útil, conforme así también lo señala la sentencia casatoria objeto de análisis. Por lo que, superado el debate de admisibilidad probatoria, de acuerdo al principio de igualdad, el juez debe emitir el respectivo control judicial.

---

4 *El texto del referido artículo es el siguiente: "Otros medios de prueba y prueba de oficio: (...) 2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de* ***nuevos medios probatorios*** *si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad (...)".*

5 *El referido artículo establece: "Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal: (...) 3. En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer* ***nuevas pruebas*** *o preparar la defensa (...)".* ***[lo resaltado en negrita es nuestro]***

Ir al índice

6. ¿ES POSIBLE REALIZARSE UNA RECALIFICACIÓN JURÍDICA DE HECHOS COMO SUSTENTO DE LA ACUSACIÓN COMPLEMENTARIA?

Este es un tema interesante que se desprende del sustento fáctico de la sentencia de casación N.°317-2018/ICA. En este caso, de la descripción de causar la muerte a la cónyuge por intermedio de un tercero que disparó el arma de fuego en su perjuicio, se tiene la descripción de causar la muerte a la cónyuge de forma directa, por ser el acusado quien disparó la referida arma. Pues bien, en este caso estamos ante un nuevo hecho vinculado al hecho matriz (causar la muerte a la cónyuge), el que a su vez cambia la calificación legal de presunto autor mediato a presunto autor directo. Por lo que el caso en cuestión se presenta como uno del tipo de objeto de una acusación complementaria.

En efecto, la norma procesal peruana señala que el nuevo hecho o circunstancia nueva debe tener como consecuencia "modificar la calificación legal o integrar un delito continuado". Otros sistemas procesales comparados con la misma fórmula de inclusión de un nuevo hecho o uno no comprendido en la acusación, posibilitan ampliarla para lo cual la denominan *"ampliación de la acusación"*[6]. En esencia presentan un mismo contenido, pero con algunos añadidos, por ejemplo, el CPP de Honduras, en ese punto, señala en específico *"modifica la calificación legal o la pena del delito"*[7]; y el CPP de El Salvador, sobre el mismo tópico: *"modifica la calificación legal o la pena del mismo hecho, integra un delito continuado o modifica los términos de la responsabilidad civil"*[8].

Desde luego se tiene una relevante diferencia en las funciones del agente acusador y del juzgador, pues conforme a la interpretación normativa, la variación de los fácticos de la acusación (ampliación, adición, modificación, precisión relevante) corresponde a la función exclusiva del Ministerio Público, mientras que el juzgador no tiene la potestad de incidir en la modificación de los hechos de la acusación por enmarcarse ello en las bases del principio acusatorio; más si en relación a la variación de la calificación jurídica del hecho, la norma procesal peruana habilita al juez a poder anunciar tal recalificación a las partes como una posibilidad, lo que constituye la figura de la desvinculación judicial, contenida en el artículo 374.1 del CPP.

Entonces surgen los siguientes postulados y pregunta, en medio de ambos roles, con las siguientes variables:

- El fiscal sí puede variar los hechos de la acusación.
- El juez no puede variar los hechos de la acusación.
- El juez sí puede variar la calificación jurídica de los hechos de la acusación.
- ¿El fiscal puede variar la calificación jurídica de los hechos de la acusación?

6 Así, por ejemplo los Códigos Procesales Penales de Costa Rica, el Salvador u Honduras.

7 Artículo 321 del CPP de Honduras, cuerpo legal emitido el 30 de diciembre de 1999.

8 Artículo 384 del CPP de El Salvador, cuerpo legal emitido el 1 de octubre de 2010.

Ir al índice

La respuesta a esta última pregunta, la ubicamos en dos ámbitos:

1) El fiscal no puede variar la calificación jurídica de los mismos hechos de la acusación, en virtud de que la norma procesal es expresa y se tiene que la modificación legal se da a partir de un nuevo hecho o circunstancia nueva. De tal manera que, al no existir el presupuesto inicial, no se tiene la consecuencia jurídica. Un ejemplo de imposibilidad de recalificación jurídica basada en los mismos hechos constituiría un concurso ideal de delitos.

2) El fiscal sí puede variar la calificación jurídica de los mismos hechos de la acusación. Un primer sustento se presenta con la habilitación que tiene el fiscal de ejecutar lo más amplio (cambiar hechos) frente a ejecutar lo menos amplio (recalificación jurídica de los mismos hechos), ante lo cual no tendría impedimento. Otro fundamento se da en el sentido de que en caso no se tenga variabilidad de los hechos, las circunstancias dadas sobre estos, sí pueden variar en niveles mayores, medios o mínimos. Por tanto, es posible que no se presente un cambio del hecho principal (ejemplo, la muerte de la cónyuge mediante dos disparos de arma de fuego en la cabeza), pero pueden variar las circunstancias: "no fue con una pistola sino con un revólver" (nivel mayor), "no fue con pistola marca A, sino marca B" (nivel medio); "no fueron disparos de forma consecutiva e inmediata sino de forma consecutiva y mediando una breve pausa" (nivel menor). Al final no deja de ser un parricidio por causar la muerte a la cónyuge con dos disparos de arma de fuego en la cabeza (mismos hechos); sin embargo, puede distinguirse un nivel particular de modificación de circunstancias hasta incluso imperceptible.

Un fundamento adicional lo ubicamos en el sentido que pueden darse casos de recalificación jurídica relevantes sobre el mismo fáctico que permanece inmutable, y que el fiscal debe considerar comprender en una acusación complementaria ante la posibilidad que el caso se decante en su determinación por la recalificación jurídica y no por la primigenia figura. Más aún cuando se tenga la posibilidad que el juez no utilice la desvinculación judicial para aquella recalificación. Así, por ejemplo, se tiene el caso de A que golpea con un objeto contundente (piedra grande) al agraviado, quien se encuentra en el piso por haber sido empujado por B. En la acusación fiscal, A es autor y B cómplice primario de lesiones graves. El fiscal mediante acusación complementaria, amplía su acusación y comprende a A y B como coautores de lesiones graves, título de imputación que incrementa el reproche penal para el considerado anteriormente cómplice primario. Nótese que en este último caso el hecho y sus circunstancias aparecen como si fueran los mismos; sin embargo, el cambio de título de imputación de cómplice primario a coautor tiene una connotación fáctica como circunstancia nueva, esto es, pasa de un apoyo necesario para la comisión del delito a ser parte del accionar físico que ocasionó las lesiones graves; además se destaca que la envergadura de reproche penal es significativa. De la misma manera, podría ocurrir en un caso de asesinato y feminicidio, en el que los hechos no cambian por el sujeto a quien se le causó la muerte, por ejemplo, una anciana, pero puede ser que la interpretación o significado normativo de ciertos elementos del tipo penal como el dolo en el agente, sean relevantes para la determinación del delito.

Ir al índice

En consecuencia, nuestra consideración es por el segundo ámbito de análisis, esto es, que el fiscal sí puede, mediante una acusación complementaria, recalificar jurídicamente los mismos hechos, desde la perspectiva de nuevas circunstancias (en cualquiera de sus niveles) por elementos del tipo penal, del título de imputación, del grado de desarrollo del delito, entre otros, que sea relevante para la función acusadora como para la garantía del derecho de defensa.

Sobre estos últimos aspectos sobre los hechos y la calificación jurídica, en general, podemos citar a los profesores Taruffo y Nieva Fenoll. Así el primero ilustra: *"Un hecho definido valorativamente por el derecho puede y debe ser probado como verdadero o falso en su dimensión empírica antes de ser evaluado para poder decir que existe como un hecho cargado de valor. La conclusión que se puede extraer de las observaciones anteriores es que el concepto de ´hecho´ es muy complejo y que los hechos suelen estar cargados de derecho y cargados de valor. (...) Las proposiciones acerca de la dimensión empírica de un hecho pueden y deben ser distinguidas de las valoraciones y las calificaciones jurídicas sobre ese hecho (...)"*[9]. Así también el profesor español Nieva Fenol señala: *"Simplemente, la parte acusadora expondrá los hechos y su calificación jurídica, aunque de manera provisional y muy sucinta dado que durante el proceso dicha calificación puede modificarse, con los límites que se verán posteriormente, y que son idénticos a los límites que tiene el Tribunal para dictar sentencia. Es decir, no pueden producirse mutaciones en la imputación -fácticas o jurídicas- que impidan el ejercicio del derecho de defensa del imputado"*[10].

En el primer caso citado, se destaca la naturaleza de un "hecho", y como este tiene imbricado un contenido jurídico y de valor; lo que está íntimamente ligado a lo concerniente a una recalificación jurídica como tal. En el segundo caso, resalta el hecho de que sea tanto una variación fáctica como una jurídica, lo importante es garantizar el derecho de defensa. Finalmente agregamos que la forma de resolución de un caso a nivel del juicio oral no puede soportar aspectos sorpresivos en su determinación, sino que todo aquello que pueda tener consecuencias jurídicas finales en su resolución, debe ser previamente anunciado o delimitado, sea por el fiscal a través de la acusación complementaria o por el juez por medio de la desvinculación judicial.

Por lo que, desde nuestra perspectiva, la acusación complementaria puede comprender lo siguiente: un nuevo hecho, que a su vez, genere una nueva figura delictiva (como un concurso real de delitos); una nueva circunstancia, que propicie por ejemplo una recalificación jurídica del hecho (otra figura penal -que incluye un concurso ideal de delitos-cambio de título de imputación o del grado de desarrollo del delito), una modalidad agravante o atenuante del delito; e incluso la posibilidad -debatible- de plantear una imputación alternativa o subsidiaria a través de ella; además de un delito continuado.

9 TARUFFO, Michele. *Teoría de la Prueba.* Lima, Ara Editores, 2015, pp. 13-14.

10 NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso Penal.* Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2017. p. 324.

Ir al índice

7. CONCLUSIONES

1) La acusación complementaria debe tener como límite temporal mínimo para su presentación en el juicio oral, el inicio de la actividad probatoria; y como límite temporal máximo, hasta antes de la culminación de la referida actividad probatoria.

2) El juez de juzgamiento, en casos excepcionales, debe efectuar un control judicial de admisibilidad, de la acusación complementaria, a pedido de parte o incluso de oficio, siempre que se trate de aspectos formales evidenciados en el plenario sobre su objeto (inclusión de terceros como acusados o agraviados, hechos desvinculados con el hecho matriz, etc.) o del factor temporal (presentados antes o después de la actividad probatoria).

3) No solo la defensa puede postular la admisión de nuevos medios probatorios en torno a la acusación complementaria presentada, sino también el Ministerio Público, el actor civil, el tercero civil u otros sujetos procesales, a efectos de ejercer su derecho a probar.

4) Las solicitudes de admisión de "nueva prueba" en el marco de la acusación complementaria no se rigen por los presupuestos de temporalidad (nueva prueba del artículo 373 del CPP) o de materialidad (prueba excepcional del artículo 385.2 del CPP), sino que se rigen por las características de admisión de prueba en general (pertinencia, conducencia y utilidad) vinculadas a la acusación complementaria.

5) El fiscal puede, mediante acusación complementaria, recalificar jurídicamente los mismos hechos objeto de acusación, con base en la mutabilidad de "las circunstancias" que puede comprender aspectos fácticos como elementos del tipo penal, del título de imputación, del grado de desarrollo del delito u otros.

Ir al índice

17

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
SENTENCIA DE CASACIÓN N.° 552-2018/CAÑETE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Violación sexual. Pericia médico legal. Relevancia

Sumilla: **1.** En efecto, no se oralizó el certificado médico legal, pese a que se dispuso su lectura en la fase respectiva del juicio oral, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los artículos 379 y 383, apartado 1, literal c), del Código Procesal Penal. Se incumplió, pues, una exigencia del procedimiento formal de actuación probatoria respecto de la ejecución de un medio de prueba pericial. **2.** El punto estriba en analizar si la omisión y, consiguiente incumplimiento, origina la nulidad de las sentencias de mérito y la retroacción de actuaciones. A estos efectos debe analizarse si tal omisión desencadena irremediablemente la nulidad de la sentencia y de los juicios realizados. La regla es si examinado el proceso en su conjunto existen medios de prueba suficientes que justifiquen, excluyendo la prueba no ejecutada, la condena impuesta. **3.** En materia de ineficacia de los actos procesales, y cuando se trata de prescindencia de normas esenciales del procedimiento, propiamente de un acto de prueba, que forma parte de un conjunto de medios de prueba ejecutados, debatidos y valorados, se debe apreciar si, por ello, una de las partes careció de las razonables oportunidades de postular lo que a su derecho convenga o perdió indebidamente esas oportunidades. **4.** El análisis conjunto de la prueba de cargo actuada –de cuya licitud respecto de su obtención (fuente de prueba) y de su actuación (medio de prueba) –, con exclusión del medio de prueba no ejecutado en el juicio (prueba pericial de integridad sexual), constituye base suficiente para estimar que se enervó la presunción constitucional de inocencia. Existe prueba fiable, plural, coincidente entre sí, lícita y suficiente para justificar una sentencia condenatoria.

Ir al índice

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veinticuatro de julio de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado SERGIO EUDES HUAYLLA TOROMANYA contra la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa, de nueve de octubre de dos mil diecisiete, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales J.C.J.Q. a la pena de cadena perpetua y tratamiento ambulatorio, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Provincial Provisional de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mala – Cañete a fojas treinta y cinco formuló acusación contra Sergio Eudes Huaylla Toromanya por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de iniciales J.C.J.Q.

∞ El Juzgado de Investigación Preparatoria de Chilca mediante auto de fojas quince, de veintiuno de abril de dos mil diecisiete, declaró la procedencia del juicio oral.

∞ El Segundo Juzgado Penal Colegiado, tras el juicio oral, privado y contradictorio, con fecha nueve de octubre de dos mil diecisiete, dictó la respectiva sentencia de primera instancia de fojas noventa, que condenó a Sergio Eudes Huaylla Toromanya como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales J.C.J.Q. a la pena de cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada.

SEGUNDO. Que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete emitió la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho. Ésta, por mayoría, confirmó la sentencia de primera instancia de fojas noventa, de nueve de octubre de dos mil diecisiete.

∞ Contra la referida sentencia de vista el abogado del encausado Huaylla Toromanya interpuso recurso de casación.

TERCERO. Que las sentencias de mérito declararon probado lo siguiente:

A. En el mes de julio de dos mil trece, cuando el menor agraviado J.R.J.Q., de ocho años de edad, quien vivía con su madre Layme Quiñonez Sedano en el inmueble ubicado en la avenida los Libertadores, Manzana R uno, Lote nueve, del Asentamiento Humano quince

Ir al índice

de enero del distrito de Chilca, provincia de Cañete – Lima, ingresó al predio colindante por la parte trasera donde vivía el encausado Sergio Eudes Huaylla Toromanya, de diecinueve años de edad, y su hermano menor de edad, el infractor Britaldo Geremías Jayo Toromanya, cuyo domicilio era Manzana R uno, Lote doce, del mismo Asentamiento Humano y distrito –en esa fecha no había división de los predios–. Además, existía un vínculo familiar entre el agraviado y los antes citados, pues son primos de la madre del menor. Es del caso que el infractor Britaldo Geremías Jayo Toromanya lo agarró, jaló de la mano y llevó hacia una parte del terreno contiguo de una señora, que en esa fecha no se encontraba cercado y había solo un toldo viejo. El citado infractor le bajó el pantalón al menor J.R.J.Q., mientras él se bajó el short, y le introdujo el pene en el ano. Tal conducta fue percibida por el encausado Sergio Eudes Huaylla Toromanya, quien lejos de auxiliarlo también procedió a violarlo analmente. Luego el menor se retiró del lugar, no sin antes ser amenazado por sus agresores para que no contara nada de lo sucedido.

B. La violación se repitió dos veces más. La segunda ocasión, antes que finalice el mes de julio de dos mil trece, en el mismo lugar, en cuya oportunidad se le acercaron el imputado y el infractor y lo llevaron nuevamente al mismo lugar, donde lo violaron analmente. La violación se repitió tiempo después, pero esta vez solo intervino el infractor Britaldo Geremías Jayo Toromanya.

C. Asimismo, en otras oportunidades el encausado Sergio Eudes Huaylla Toromanya hizo sufrir el sexo oral al menor J.R.J.Q., lo que sucedió en el interior del inmueble de éste y cuando no se encontraba su hermano.

CUARTO. Que el abogado del encausado Huaylla Toromanya en su recurso de casación de fojas ciento ochenta y cinco, de uno de marzo de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de precepto procesal, en los términos del artículo 429, incisos 1 y 2, del Código Procesal Penal.

∞ El abogado del encausado de Huaylla Toromanya alegó que se vulneraron los principios de inmediación, oralidad y contradicción en materia probatoria; que la pericia médico legal debió actuarse en el juicio, pero el informe pericial ni siquiera se oralizó en el acto oral, luego de haberse prescindido de la concurrencia de la perito médico legal; que no se dio cumplimiento al artículo 383 apartado 1, literal c), del Código Procesal Penal; que, por tanto, se incurrió en causal de nulidad insubsanable, conforme al artículo 150, literal d), del Código acotado.

QUINTO. Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y tres, de cuatro de julio de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró parcialmente bien concedido el citado recurso. Solo aceptó la causal de quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal).

∞ La causa de pedir relevante, objeto de control casatorio, se centra en la denuncia de quebrantamiento de preceptos procesales y está referida a la prueba pericial médico legal.

Ir al índice

Es de rigor, por tanto, examinar la realidad del posible incumplimiento de precepto procesal y su efectiva trascendencia en el conjunto de la prueba valorada por el Tribunal Superior.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día diecisiete de julio del presente año, ésta se realizó con la concurrencia del abogado del encausado, Doctor Héctor Barrón Campoblanco, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. Que el ámbito del presente de casación se circunscribe a un presunto quebrantamiento de preceptos procesales, en concreto del artículo 393, apartado 1, del Código Procesal Penal. Afirmó el impugnante que al acto oral no concurrió la médico legista autora del certificado médico legal de integridad sexual; que se dispuso la lectura del referido informe médico legal al prescindirse del examen pericial ante la inconcurrencia de quien lo expidió; que, sin embargo, dicho informe médico legal no se oralizó, por lo que –a su juicio– se quebrantó el artículo 383, apartado 1, literal c, del Código Procesal Penal; que, siendo así, tal infracción –concluyó– es causal de nulidad insubsanable conforme al artículo 150 del citado Código.

PRIMERO. Que de las actuaciones del proceso se advierte que, en efecto, el Ministerio Público ofreció como medios de prueba en la etapa intermedia, entre otros, el examen de la perito médico legista Noelia Romely Lizárraga Santos, autora del certificado médico legal de fojas sesenta y cuatro, de veinte de julio de dos mil quince, y el visionado del Disco Compacto –en adelante, CD– que contenía la entrevista única en cámara gessel del agraviado J.C.J.Q. –la entrevista única, por lo demás, aparecía transcripta en el acta de fojas setenta y nueve, de once de agosto de dos mil quince–. Ambos medios de prueba fueron admitidos por resolución oral de fojas cincuenta y cuatro, de veintiuno de abril de dos mil diecisiete.

∞ En el curso del juicio oral, ante la inasistencia de la perito médico legista Lizárraga Santos, por resolución oral no objetada de fojas cincuenta y dos/cincuenta y tres, de seis de septiembre de dos mil diecisiete, se prescindió de su actuación y, acto seguido, se dispuso la lectura del certificado médico legal en la fase correspondiente del enjuiciamiento [resolución número seis, de fojas cincuenta y tres, de la misma fecha] –oralización de prueba documental y documentada–. De igual manera, no pudo visionarse el CD que contenía la entrevista única en cámara gessel del agraviado J.C.J.Q. por encontrarse dañado, por lo que, ante su imposibilidad, por resolución oral de fojas sesenta y cinco, de veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete, se prescindió de esta diligencia probatoria y en la sesión del seis de septiembre de ese año [fojas sesenta y seis] se dio lectura al acta de entrevista en cámara gessel].

Ir al índice

∞ En la sentencia de vista se indicó, en el párrafo veintiocho [folio veintitrés], que del examen de lo acaecido en la sesión de veintiséis de septiembre de dos mil diecisiete no se advierte la oralización del certificado médico legal número cero cero tres tres dos cero-EIS. En efecto, elevado el CD en cuestión, de la sesión señalada, como fluye del oficio de fojas ochenta y cuatro del cuaderno de casación, [fojas ochenta y siete, recibido el veinte de noviembre de dos mil dieciocho], consta que, en efecto, tal certificado médico legal no se oralizó.

SEGUNDO. Que, ahora bien, examinado el contexto del juicio y la sentencia de vista recurrida, se tiene lo siguiente:

1. Se oralizó la declaración de cargo del agraviado J.C.J.Q. –indicó que fue violado anal y bucalmente por el imputado–.

2. Se examinó a la perito psicóloga Guezly Margarita Pomahuilca Rodríguez respecto del protocolo de pericia psicológica cero cero trece cero ocho guion dos mil quince guion PSC –concluyó que el menor narró el atentado sexual del que fue víctima y que, al examen, presentó afectación emocional y alteración del desarrollo psicosexual asociada a experiencia negativa de tipo sexual–.

3. Se tomó la declaración de la denunciante Layme Quiñoez Quiñoez Sedano, madre del agraviado –testigo de referencia que ratificó lo sucedido a partir de la versión de su hijo–.

4. Se oralizó el acta de inspección fiscal respecto del lugar en que ocurrió la violación anal, que es compatible con lo expuesto por la víctima.

∞ Es de resaltar que en el juicio de apelación el encausado Huaylla Toromanya aceptó los hechos, pero afirmó que ocurrieron en dos mil diez, cuando tenía dieciséis años de edad –no en el año dos mil trece, como se declaró probado en las sentencias de mérito–, y que es consciente de los actos que realizó contra el agraviado, pero no está conforme con la pena que se le impuso [véase la Sección Segunda (desarrollo de la audiencia de apelación de sentencia), punto séptimo (preguntas aclaratorias por la Sala Penal de Apelaciones), último párrafo, del folio siete de la sentencia de vista].

∞ El certificado médico legal de fojas sesenta y cuatro, de veinte de julio de dos mil quince, concluyó que el agraviado J.C.J.Q., al examen, presentó signos de acto contra natura antiguo, signos de lesiones traumáticas extra genitales recientes y lesiones compatibles a las ocasiones por agente contundente duro.

TERCERO. Que es obvio que, en efecto, no se oralizó el certificado médico legal, pese a que se dispuso su lectura en la fase respectiva del juicio oral, conforme a lo dispuesto por la concordancia de los artículos 379 y 383, apartado 1, literal c), del Código Procesal Penal. Se incumplió, pues, una exigencia del procedimiento formal de actuación probatoria respecto de la ejecución de un medio de prueba pericial.

Ir al índice

∞ El punto es, empero, si la omisión y, consiguiente incumplimiento, origina la nulidad de las sentencias de mérito y la retroacción de actuaciones. El motivo de quebrantamiento procesal, desde la perspectiva casacional, exige que los defectos incurridos sean de nivel máximo que ocasionen la nulidad procesal (artículo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal). A estos efectos debe analizarse si tal omisión (no actuación de un medio de prueba admitido) desencadena irremediablemente la nulidad de la sentencia y de los juicios realizados (de primera instancia y de apelación). Es claro, por lo demás, que la regla es si examinado el proceso en su conjunto existen medios de prueba suficientes que justifiquen, excluyendo la prueba no ejecutada, la condena impuesta. Al respecto, el artículo 432, apartado 3, del Código Procesal Penal preceptúa que: *"Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyen en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria".*

CUARTO. Que es de precisar que, en materia de ineficacia de los actos procesales, y cuando se trata de prescindencia de normas esenciales del procedimiento, propiamente de un acto de prueba, que forma parte de un conjunto de medios de prueba ejecutados, debatidos y valorados, se debe apreciar si, por ello, una de las partes careció de las razonables oportunidades de postular lo que a su derecho convenga o perdió indebidamente esas oportunidades [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros: *Derecho Procesal– Introducción,* Segunda Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002, p. 351].

∞ Así, el Tribunal Constitucional Español, en la STCE 48/1984, acotó que existe indefensión cuanto la actuación de los órganos judiciales "[…] *entraña menoscabo del derecho a intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto* […], *así como del derecho a realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales".*

∞ En el presente caso, como se tiene expuesto, no se actuó un medio de prueba ofrecido por el acusador público y, pese a ello, se valoró un informe pericial no sometido a lectura y debate. El efecto jurídico, tras constatarse el error del tribunal de instancia, es excluir del material probatorio tal informe pericial médico legal; pero, lo determinante es determinar si, pese a esta omisión, existen medios de prueba válidos, legítimamente incorporados en el juicio (artículo 391, numeral 1, del Código Procesal Penal), que permitan fundar una sentencia condenatoria.

QUINTO. Que, como se ha destacado en los dos primeros parágrafos del fundamento jurídico segundo de esta sentencia, no solo consta ***(i)*** la sindicación del agraviado –directa, precisa y circunstanciada–, la declaración referencial de la denunciante y la pericia psicológica –que corroboran lo expuesto por el menor agraviado–, al igual que el acta de inspección fiscal del lugar donde ocurrió la violación sexual, sino también ***(ii)*** la propia admisión del imputado recurrente en sede de apelación, aunque con el agregado de que los hechos ocurrieron años antes del que indicó el menor –este último dato, sin embargo, no tiene base acreditativa alguna y ni siquiera fue objeto de una causa pedir casacional–. La agresión sexual, además, no solo fue anal, sino asimismo bucal –*factum* último que, por cierto, no puede demostrarse

Ir al índice

pericialmente–. Es de relievar, por otro lado y solo como un dato complementario, que el imputado no cuestionó las conclusiones del informe o certificado médico legal, respecto de su mérito científico o pericial; su defensa de fondo no incluyó este aspecto.

∞ En consecuencia, el análisis conjunto de la prueba de cargo actuada –de cuya licitud respecto de su obtención (fuente de prueba) y de su actuación (medio de prueba)–, con exclusión del medio de prueba no ejecutado en el juicio (prueba pericial de integridad sexual), constituye base suficiente para estimar que se enervó la presunción constitucional de inocencia. Existe prueba fiable, plural, coincidente entre sí, lícita y suficiente para justificar una sentencia condenatoria.

∞ Por consiguiente, la sentencia de vista y, por extensión, la sentencia de primera instancia no pueden anularse, más allá del error incurrido respecto de la apreciación de un informe pericial no sometido a contradicción en el juicio oral, el cual, en suma, debe excluirse de la valoración del conjunto de la prueba actuada. El motivo casacional del imputado debe desestimarse y así se declara.

SEXTO. Que corresponde un pronunciamiento expreso sobre las costas. El artículo 505 del Código Procesal Penal precisa que las costas se establecerán por cada instancia, las que serán liquidadas por el Secretario cursor. El pronunciamiento es de oficio y motivado, conforme estatuye el artículo 497, apartado 2, del Código Procesal Penal.

∞ Si bien las costas están a cargo del vencido, el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso (artículo 497, numeral 3, del Código Procesal Penal). Esto último es lo que debe destacarse en el presente caso. Es verdad no se actuó una prueba y, por ello, en esta sede se excluyó del proceso, aunque un análisis total del mismo arrojó un resultado negativo.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado SERGIO EUDES HUAYLLA TOROMANYA. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y tres, de veintiuno de febrero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas noventa, de nueve de octubre de dos mil diecisiete, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales J.C.J.Q. a la pena de cadena perpetua y tratamiento ambulatorio, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. **II. DISPUSIERON** se remitan los actuados al Tribunal Superior de origen para que por ante el órgano jurisdiccional competente continúe la ejecución procesal de la sentencia condenatoria. **III. EXIMIERON** al recurrente al pago de las costas del proceso. **IV. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por vacaciones de la señora jueza suprema Chávez Mella. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ir al índice

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
PRINCIPE TRUJILLO
CASTAÑEDA ESPINOZA
SEQUEIROS VARGAS

Ir al índice

LA POSIBILIDAD DE PRESCINDIR DE LA PRUEBA PERICIAL MÉDICO LEGAL EN LOS DELITOS SEXUALES
CASACIÓN N° 552-2018-CAÑETE

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
SILVIA NOEMÍ HUISA ALVARADO[1]

1. SUMILLA:

La Casación N° 552-2018-Cañete establece la posibilidad prescindir de la prueba pericial médico legal en el delito de violación sexual, sosteniendo el criterio de libre valoración de pruebas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

2. MARCO TEÓRICO

Según Castillo Alva[2], "para abrir una investigación preliminar solo se requiere la exitencia de una *noticia criminis* verosímil que genere una situación de sospecha de que se ha cometido en delito por una persona. Una sospecha racional obliga a las autoridades a una investigacion". En los delitos contra la libertad sexual, como podría ser violación sexual de menor de edad[3].

Así, el art. 337, CPP dispone: "El Fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley". Por ello, ante una denuncia por el delito de violación sexual, durante las investigaciones preliminares -que correspode realizar actos urgentes e inaplazables- se parte por recibir la declaración de la víctima, someter a la evaluación de integridad sexual ante el médico legista del instituto de Medicina Legal, a fin de obtener base probatoria y corroborar el delito denunciado.

Al respecto, la pericia o prueba pericial constituye una importante herramienta cuando se requiera de un conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica o artística[4]. Según Cafferata (1998) la prueba pericial es el medio probatorio con el cual se intenta sostener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba (p. 53).

---

1 Fiscal Adjunta Provincial del Callao. Egresada de la Maestria en Derecho Procesal de la Universidad San Martin de Porres, estudios de Doctorado en la UNFV.

2 CASTILLO ALVA, Jose Luis. "El fummus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional". En: Carmen Vasquez Rojas (coordinadora) Hechos y Razonamiento probatorio. Zela, Lima, 2019, p.214.

3 Artículo 173° del Código Penal modificado por la Ley N° 30838 (04 de agosto del 2018), establece: "El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua".

4 Articulo 172 del CPP.

Ir al índice

Cabe indicar que "las instituciones que oficialmente realizan las pericias médico legales, psicológicas y psiquiátricas, biológicas, toxicológicas, antropológicas, ingenieriles, de identificación, entre otras, son el Ministerio Público a través del Instituto de Medicina Legal y La Policía Nacional a través de la Dirección de Criminalística, División de Laboratorio Central en los Departamentos de Medicina Forense"[5].

Sin embargo, en la práctica algunos resultados del exámen médico legal no reflejan los hechos denunciados, como cuando se concluye: hímen complaciente[6], desfloración antigua, no existe lesiones extra genitales, o en el caso de un análisis del hisopado vaginal resulte que no existe restos de espermatozoides. Así también, sucede cuando se denuncia violación sexual por medio de grave amenaza, no se requiere el exámen médico legal, para demostrar la resistencia de la víctima mediante una lesión.

Ante la ausencia o deficiencia del resultado del certificado médico legal en relación a un delito contra la libertad sexual, implicará mayor esfuerzo al Fiscal como persecutor del delito, como recabar otros elementos de convicción a fin de corroborar la versión de la víctima sexual, con la finalidad de esclarecer la verdad de los hechos y obtener un caso éxitoso. Caso contrario, ante el déficit de la prueba pericial médico legal, y bajo el criterio que la percia médico legal es la prueba principal o privilegiada se resolverá el archivo del caso con un pronunciamiento de -no ha lugar a formalizar investigación preparatoria-; prevaleciendo asi el criterio de una prueba formal y dejando a la víctima sexual mas vulnerable ante la impunidad.

Este último razonamiento, ha coincidido con cierta jurisprudencia, que indica: "es requisito sine qua non el reconocimiento médico legal en el que se acredite en foma fehaciente el perjuicio sexual sufrido. El simple dicho de la agraviada sin prueba que lo acredite no es suficiente para imponer una condena". (Exp. N° 166-90 I.SPS)[7]. En este caso, se sobrevaloró y se consideró como prueba única el exámen médico legal para determinar el delito de violación sexual.

Analizando otra jurisprudencia mas reciente, en el Expediente N° 214779-2018-PA/TC de fecha 05 de marzo del 2019; sobre un delito de violación sexual hacia una mujer en estado de inconciencia o imposibilidad de resistir, el cual, frente a las diligencias realizadas a nivel preliminar como la declaración indagatoria, testimonial, certificado médico legal 082459-E-IS y visualización de videos de seguridad del hospital, el Fiscal optó por archivar la investigación, lo cual fue confirmado por el Fiscal Superior, prescindiendo de las diligencias propuestas por la agraviada –cabe precisar que de la lectura del caso, no se señaló cual fue el resultado de la pericia médico legal; lo que lleva a inferir que el resultado de la pericia médico legal fue insuficiente-. Ante tal decisión, la denunciante –agraviada- recurrió ante el Tribunal Constitucional, quien sostuvo que era necesario realizar otras diligencias como

5 TAPIA VIVAS, Gianina. *Valoración Judicial de prueba en los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.* Tesis para oprtar el titulo de Doctor. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. 2005.

6 El resultado de himen complaciente evidencia haberse practicado el acto sexual sin dejar lesiones y solo se rompe con el parto vaginal.

7 SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Comentarios sistemáticos y desarrollo juriprudencial al Codigo Penal Peruano.* Volumen I. Perú. Editores del Centro E.I.R.L., 1era edición, 2020, p.839

Ir al índice

practicar una pericia biológica a la muestra del contenido vaginal de la agraviada a fin de establecer si se consumó o no el acto sexual. Esta decisión hace notar que ante la ausencia o insuficiencia de una pericia -exámen médico legal-, se puede acudir a otros medios de prueba para llegar a la verdad de los hechos denunciados.

La valoración de la prueba pericial, en otros delitos como el de falsificación de documento, uso de documento falso, nuestra jurisprudencia ha sostenido que resulta innecesario se practique una pericia de grafotecnia, tanto mas si estaba suficientemente demostrado el "uso de documento falso" con la carta remitida por el propio Notario Público Aurelio Díaz Rodríguez, (...) en donde indicó categóricamente, que tanto los sellos, la firma y el documento denominado Poder especial por escritura pública a favor de doña Blanca Azaucena Mendoza Hernández (...) no le pertenecen, no han sido elaborados en su Notaria, tratándose de una falsificación de sus sellos y de su firma y del documento en si". De ese modo, se desmitifica que la prueba pericial de grafotecnia sea considerada como prueba obligatoria o principal para este tipo delito, sino que igual forma permite suplir con otros medios de prueba.

Al respecto, cabe precisar que 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 parte del contenido pericial (STSE 1/1997, de 28 de octubre)"[8]. Lo que permite concluir que el resultado de la prueba pericial debe ser valorada en su conjunto con los demás medios probatorios a fin de determinar la condena o absolución del imputado. Asi la sentencia a analizar determina los criterios a tener en cuenta para confirmar la condena del delito de violación sexual, ante la ausencia de la pericia -exámen médico legal-, acudiendo a otros medios de prueba.

3. ITINERARIO DEL PROCESO

Antecedentes

Este caso versa sobre el delito de violación sexual en perjuicio de un menor de edad de 8 años; que fue realizado por un familiar de 19 años de edad, quien vivía en un predio colindante, conjuntamente con su hermano menor de edad –infractor-. Ambos, en reiteradas oportunidades practicaron sexo anal al menor agraviado, en la parte posterior de un predio cercano al que residían y otras, en el interior del domicilio del encausado, quien también hizo sufrir al menor agraviado sexo oral. Los hechos fueron denunciados por la madre del menor agraviado, a partir de la narración que éste le hizo.

8 Acuerdo Plenario N° 4-2015-CIJ-116 de las Salas Penales y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de fecha 02 de octubre de 2015 (fundamento diecisiete).

Ir al índice

Imputación concreta

El Fiscal Provincial Provisional de la Primera Fiscalia Provincial Penal Corporativa de Mala-Cañete formuló acusación contra Sergio Eudes Huaylla Toromanya como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor identificado con las iniciales J.C.J.Q.

El Segundo Juzgado Penal colegiado, en juicio oral, privado y contradictorio dictó sentencia condenando a Sergio Eudes Huaylla Toromanya como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio del menor de iniciales J.C.J.Q. a cadena perpetua, tratamiento terapéutico, y fijo la suma de cinco mil soles por concepto de reparación civil.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia antes referida, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cañete, emitió sentencia de vista, confirmando sentencia de primera instancia.

El recurso de casación

El abogado del sentenciado interpone recurso de Casación argumentando lo siguiente:

a) Inobservancia del precepto constitucional y quebrantamiento del precepcto procesal, en los términos del articulo 429, inciso 1 y 2 del Código Procesal Penal.

b) Se vulneró los principios de inmediación, oralidad y contradicción en materia probatoria.

c) La pericia médico legal debió actuarse en el juicio, pero el informe pericial ni siquiera se oralizó en el acto oral, luego de haberse prescindido de la concurrencia de la perito médico legal.

d) No se cumplió con el articullo 383 apartado 1, literal c) del Código Procesal Penal, habiendose incurrido en causal de nulidad insubsanable, conforme el articulo 150, literal d) del Código acotado.

La Corte Suprema admitió el referido recurso solo por la causal prevista en el articulo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal, en relación al quebrantamiento de preceptos procesales específicamente a la prueba pericial médico legal. El incumplimiento del precepto procesal y su efectiva trascendencia en el conjunto de prueba valorada por el Tribunal Superior.

Argumentos de la sentencia de casación

La Sala Penal Permanente señala que:

1) Se oralizó la declaración de cargo del agraviado J.C.J.Q. en la cual indicó que fue violado via anal y bucal por el imputado.

Ir al índice

2) Se examinó a la perito psicóloga Guezly Margarita Pomahuilca Rodríguez, quien emitió el protocolo de pericia psicológica N°-PSC, concluyendo que el menor narró el atentado sexual que fue víctima, presentando afectación emocional y alteración del desarrollo psicosexual asociada a experiencia negativa de tipo sexual.

3) Se tomó la declaración de la denunciante Layme Quiñones Sedano, madre del agraviado, testigo de referencia, quien ratificó lo sucedido a partir de la versión de su hijo.

4) Se oralizó el acta de inspección fiscal, respecto del lugar donde ocurrió la violación sexual, lo que fue compatible con la versión de la víctima.

5) El certificado médico legal concluyó que el agraviado J.C.J.Q. presentaba signos de actos contra natura antiguo, signos de lesiones traumáticas extragenitales recientes y lesiones compatibles ocasionadas por agente contundente duro. Sin embargo, no se oralizó el certificado médico legal, pese a que se dispuso su lectura en la fase respectivas del juicio oral conforme lo dispuesto por la concordancia de los artículos 379 y 383, apartado 1, literal c) del Código Procesal Penal; incumpliendo la exigencia del procedimiento formal de actuación probatoria respecto de la ejecución de un medio de prueba pericial.

La sentencia casatoria que de establecer que no se actuó un medio de prueba ofrecido por el acusador público, y pese a ello se valoró el informe pericial no sometido a lectura y debate, el efecto jurídico luego de constatarse el error del tribunal de instancia debería ser excluir del material probatorio -informe pericial médico legal-. De ser así, tal omisión y el incumplimiento originaria la nulidad de las sentencias de mérito y la retroacción de actuaciones. Para el quebrantamiento procesal exige que los defectos incurridos sean de nivel máximo que ocasionen la nulidad procesal (articulo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal). Sin embargo, también sostuvo que era importante determinar si pese a esta omisión existen medios de prueba válidos legítimamente incorporados en el juicio articulo 391, numeral 1, del Código Procesal Penal que permita fundar una sentencia condenatoria.

Es así que, luego del análisis conjunto de la prueba de cargo actuada señaló que la licitud respecto su obtención (fuente de prueba) y de su actuación (medio de prueba) con exlclusión de medio de prueba no ejecutado en el juicio (prueba pericial de integridad sexual) constituye base suficiente para estimar que se enervó la presunción constitucional de inocencia; ya que existe prueba fiable, plural, coincidente entre si, lícita y suficiente para justificar una sentencia condenatoria. Por tanto, la sentencia de vista y sentencia de primera instancia no pueden anularse, mas allá del error incurrido, debiendo excluirse -informe pericial médico legal- de la valoración del conjunto de la prueba actuada.

4. ANÁLISIS Y COMENTARIO

De lo anterior cabe resaltar dos puntos importantes de la Casación N° 552-2018 Cañete, en primer lugar en qué casos no corresponde declarar la nulidad de la sentencia a pesar que existió un error en las sentencias cuestionadas al haberse valorado la prueba (informe pericial) que no fue actuada, ni oralizada; y de otro lado, los criterios de valoración de la prueba en los delitos sexuales para vencer el principio constitucional de inocencia.

Ir al índice

Respecto, el primer punto, se advierte que el recurso de casación fue admitida en virtud al articulo 429, inciso 2, del Código Procesal Penal, que prevé: "Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad".

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado cuando no merece sancionar con nulidad un caso a pesar que se haya valorado un medio probatorio no actuado en juicio, aplicando el principio de trascendencia de las nulidades; en el siguiente tenor "se vulnera el derecho a probar cuando habiéndose dispuesto en el propio proceso la actuación o incorporación de determinado medio probatorio, ello no es llevado a cabo (cfr. SSTC 6075-2005-PHC/TC, 00862-2008-PHC/TC), y que si bien dicha omisión resulta atentatoria del debido proceso, puede darse el caso de que el medio probatorio no tenga una relevancia tal que amerite la anulación de lo actuado, en atención, por ejemplo, a la valoración de otros medios de prueba, lo que no es más que una manifestación del principio de trascendencia que informa la nulidad procesal" (cfr. SSTC 0271-2003-AA/TC aclaración, 0294-2009-PA/TC, fundamento 15, entre otros).

En ese mismo sentido, nuestra jurisprudencia aplicando el "Principio de Trascendencia de las nulidades", sostuvo "no solo importa verificar la simple infracción de la norma, sino que ésta haya ocasionado una afectación real a alguna de las partes, que se cause efectiva indefensión material" (Casación N° 709-2016/Lambayeque, fundamento noveno). Como se podrá apreciar ambos pronunciamientos coinciden en la aplicación del principio de transcendencia de nulidad[9].

En la sentencia casatoria examinada, efectivamente incurrió en error procesal, al valorar la prueba pericial médico legal, que si bien fue ofrecido por el Ministerio Público y admitido en la etapa intermedia; sin embargo, no se examinó al Perito en juicio, por su inasistencia; tampoco, se oralizó el documento expedido por el Perito (informe pericial) a fin de someterlo al contradictorio. Pese a todas las omisiones, el informe pericial fue valorado en la sentencia de vista para confirmar una sentencia condenatoria.

De ese modo, se habría cometido una infracción al articulo 383, apartado 1, literal c) del CPP, que establece: "Sólo podrán ser incorprados al juicio para su lectura: (...) c) los informes o dictamenes periciales, asi como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir a juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes (...)".

Sin embargo, en sede casatoria subsanando el error incurrido por las instancias judiciales excluyó dicha prueba, y mas bien consideró que existía prueba suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia, como la sindicación del agraviado –directa, precisa

9 Principio de trascendencia solo se puede interponer el recurso cuando una de las partes haya sido efectivamente agraviada, en tal sentido, tal afectación debe nacer de actos procesales o resoluciones jurídicamente perjudiciales.

Ir al índice

y circunstanciada-, la pericia psicológica, el acta de inspección fiscal del lugar donde ocurrieron los hechos, la admisión del imputado. Por tanto, considerando la aplicación del "principio de trascendencia de nulidad", aun cuando se excluyera dicho medio probatorio, esto no alteraría el resultado de la decisión contenida en la sentencia de vista de condena.

Esta decisión consideramos que satisface la administración de justicia garantizando el uso óptimo de los recursos y evitar dilaciones innecesarias; y de otro lado, resulta acorde con las políticas institucionales del Poder Judicial sobre la prioridad y celeridad en el trámite de los procesos judiciales en materia de delitos de violación sexual, violencia familiar y feminicidio establecido en la Resolucion Administrativa N° 302-2018P-PJ de fecha 16 de agosto de 2018.

En el proceso penal la valoración de la prueba esta orientada a determinar la culpabilidad o inocencia del acusado por el hecho incriminado, partiendo de desvirtuarse la presunción de inocencia regulada en el literal e), numeral 24, del articulo 2° de la Constitución Politica del Perú, desplegando para ello una actividad probatoria con las garantías procesales; y seguidamente, verificar si del examen de las pruebas aportadas y actuadas en el juicio oral permitan emitir una sentencia condenatoria.

Así, nuestro Código Procesal Penal, en el numeral 1, del artículo 158, establece que los jueces valoraran los medios y órganos de prueba en base a las siguientes reglas: "(la lógica, la ciencia, y las máximas de la experiencia (...)". En esa misma línea, el inciso 2, del artículo 393 del mismo cuerpo normativo implícitamente obliga al Juez de juzgamiento que no puede prescindir de los estándares de valoración de los medios probatorios y en consecuencia de los conocimientos científicos. Respecto la prueba por indicios en el numeral 3, del mismo cuerpo normativo, señala: "La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes éstos sean plurales, concordantes y convergentes, asi como que no presenten contraindicios consistentes".

Nuestra jurisprudencia ha sostenido "la prueba indiciaria, puede justificar se enerve legítimamente la presunción de inocencia, pero a condición de que se cumpla acabadamente determinados requisitos, tales como los indicios o hechos base que estén definitivamente probados, que los indicios sean graves, plurales, concordantes y convergentes entre sí, sin contrainidicios consistentes, y que la regla de la inferencia responda cabalmente a los cánones de la lógica, la ciencia o la experiencia" (Recurso de Nulidad N° 152-2015/Junín, fundamento décimo segundo).

En los delitos de violación sexual, se debe tener en cuenta que estos se suelen cometer en forma clandestina, teniendo como único testigo a la víctima. En ese sentido la Corte Interamericana ha considerado estando a la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 89).

Ir al índice

En ese mismo sentido, la Corte Suprema ha establecido ciertos criterios o estándares de valoración[10], en los delitos sexuales –las cuales desde la perspectiva criminalística, la mayoría de veces es de comisión clandestina, secreta o encubierta, la víctima se encuentra sola, aislada y con pocas posibilidades de ofrecer resistencia- en tal sentido, la declaración de la víctima resulta ser la mas importante, ante la ausencia de testigos. Por tanto, ésta declaración es considerada prueba válida de cargo y sobre todo suficiente para enervar la pesunción de inocencia de un encausado, siempre que reuna las siguientes exigencias: i) **persistencia**, ha de observarse coherencia y solidez en el relato de la agraviada, el cual debe ser constante en el curso del proceso; ii) **verosimilitud** en tanto la incriminación debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria; iii) **ausencia de incredibildiad subjetiva**, es decir, que las relaciones entre agraviada y encausado no pueden estar basadas en sentimiento de odio, resentimiento, venganza, revancha, enemistad u otro móvil espurio que puedan incidir en la parcialidad de la declaración, por ende, le nieguen aptitud para generar certeza. Todo ello a fin de superar el control de credibilidad del testimonio de la agraviada.

Los criterios que se ha de tener en cuenta en los delitos sexuales "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 u objeto análogo; c) 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 la condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental"[11].

Otros medios probatorios como el informe pericial psicológico permite corroborar el testimonio único de la víctima. Asi, el Acuerdo Plenario N° 4-2015/CIedJ-116, estableció: "una de las pruebas que se pueden utilizar al acontencer delitos contra la libertad sexual es la pericia psicológica sobre la credibildiad 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 prestablecidos que serian característicos de relatos que dan cuenta, de forma fidedigna, respecto de cómo sucedieron los hechos" (fundamento veintiocho). Asimismo, la valoración de ésta prueba evidencia las condiciones en la que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe, analizando que la prueba es acorde a los estándares fijados por la comunidad científica.

Así también, la valoración de la prueba científica de ADN en los delitos sexuales "cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con

10 Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116 de las Salas Penales y Trabsitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de fecha 30 de septiembre del 2005.

11 Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, citado en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Comentarios sistemáticos y desarrollo juriprudencial al Codigo Penal Peruano.* Volumen I. Perú. Editores del Centro E.I.R.L, 1era edición, 2020, p.569.

Ir al índice

la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado"[12]. En la Casación 337-2016-Cajamarca, Sala Penal Permanente, ha señalado la valoración de la pericia antropológica a fin de determinar la relevancia intercultural-posibilidad de comprensión de la ilicitud del encausado y su implicancia en la graduación de la pena, conforme lo establece el articulo 15° del Código Penal, referido de comprensión culturalmente condicionado, "conforme el informe antropológico que detalla en el caso particular existe actividad sexual desde los 12 a 14 años en promedio según la encuesta y registros, existiendo un pleno arraigo al modelo de vida cultural rural (...) la posibilidad de comprensión del encausado, a fin de internalizar el significado de lo prohibido de su accionar, se vio disminuida por la pertenencia a culturas de los caserios rurales".

Incluso el informe social realizado en la vivienda de la agraviada a fin de determinar los condiciones de vulnerabilidad y/o hacinamiento cuando el delito es cometido dentro del escenario familiar. Otro elemento, ha considerar la pericia psicológica y perfil psicosexual del imputado.

Con ello, queremos resumir que el Fiscal, puede recurrir a diferentes medios de prueba a fin de corroborar la versión incriminatoria de la agraviada, y será el Juez que a través de la libre valoración de la prueba determinará la sanción o absolución del imputado. Así como en la sentencia examinada se motivó que existía "prueba suficiente", considerando la declaración de la víctima, la pericia psicológica, la inspección fiscal sobre el lugar de los hechos y otros medios probatorios. Empero, la declaración de la víctima coincidía con el acervo probatorio que habia sido incorporado al proceso, las mismas que fueron consideradas como fiable, plural, coincidente entre sí, lícita y suficiente para derrotar la presunción constitucional de inocencia. Criterio acorde a los estándares de valoración de prueba a nivel nacional e internacional, en la cual no se limita a la prueba tasada, como la prueba pericial -examen médico legal-; sino mas bien refuerza la necesidad del Ministerio Público de seguir trabajando bajo la debida diligencia para el acopio de medios probatorios en delitos tan graves que dañan gravemente a la víctima.

5. CONCLUSIONES

1. Nuestra reiterada jurisprudencia actual a descartado el criterio de la prueba privilegiada o prueba tasada -prueba pericial médico legal- en los delitos sexuales, considerando el sistema de libre valoración de la prueba.

2. Los jueces gozan de la libertad en la apreciación de la prueba, sin embargo ello no obedece a la arbitrariedad o a la aceptación de criterios personales no contrastables, sino que debe guiarse por ciertas pautas del sentido común dando razones a su decisión.

12 Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433 (fundamento décimo).

Ir al índice

3. Los delitos sexuales suelen ocurrir en la clandestinidad, teniendo como único testigo a la propia víctima, de ahí la importancia de recurrir a otros medios de prueba, aplicando la prueba indiciaria.

4. La debida diligencia debe ser bien practicada por los Fiscales en la investigación de delitos sexuales, agotando todos los esfuerzos y acopiar suficientes medios de prueba para evitar la impunidad del delito denunciado.

5. La sentencia de casación brinda un gran aporte a los operadores de justicia en cuanto al sistema de valoración de pruebas por indicios que ha de tener en cuenta en los delitos sexuales.

6. Los criterios que se debe tener en cuenta al resolver en ultima instancia tomando en cuenta el "principio de trancendencia de la nulidad", lo que favorece al sistema de justicia, optimizando los recursos y obtener seguridad jurídica en el plazo mas breve, sobre todo cuando se trata de delitos tan graves como los violación sexual.

Ir al índice

18

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO CASACIÓN N.° 553-2018/LAMBAYEQUE
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Presunción de inocencia, prueba pericial, allanamiento y prueba ilícita

Sumilla. **1.** La garantía de presunción de inocencia, entendida como regla de prueba, exige como dos de sus elementos que integran su contenido constitucionalmente garantizado –entre otros elementos debidamente reconocidos–, primero, que la declaración de culpabilidad se sustente en verdadera prueba –prueba es lo que la ley dice que es prueba–; y, segundo, que en la actividad de obtención de la fuente de prueba y/o actuación del medio de prueba no se incurra en una ilicitud relevante sin las debidas garantías procesales–inutilización de la prueba ilícita–. **2.** La valoración judicial debe realizarse sobre el íntegro de lo ocupado por la policía y, sin perjuicio de efectuarse un examen individual, debe formularse un examen conjunto de la prueba pericial y de las demás pruebas –personales y documentadas– Consta en autos un dictamen pericial en forma, que da cuenta de parte lo ocupado y que corresponde a pasta básica de cocaína y, además, de bienes que denotan una actividad asociada a la comercialización de droga. Un perito designado por la institución policial, se presentó al juicio oral y se sometió a contradicción, ratificando en especial el contenido del análisis de descarte y pesaje de droga. **3.** Puede haber un concepto estricto de *flagrancia delictiva*, como uno extensivo que comprende la cuasi flagrancia y la flagrancia ficta. El artículo 259 del Código Procesal Penal tiene una definición legal o auténtica de flagrante delito, en la que comprende estos tres supuestos, aunque en los últimos supuestos (apartados 3 y 4) su delimitación es en extremo flexible o amplio. A los efectos de la diligencia de allanamiento y registro, atento al derecho fundamental en debate: inviolabilidad de domicilio, solo es posible concebirla en los casos de flagrancia estricta y de cuasi flagrancia, asociada esta última al

Ir al índice

momento en que se persigue al imputado sin solución de continuidad y se advierte su presencia en el predio donde estaba o de donde salía tras su fuga. **4.** Según los hechos declarados probados, la policía observó la presencia del imputado con motivo de un presunto pase de drogas, quien al percatarse de la intervención policial se dio a la fuga. Éste se encontraba en la reja de acceso del inmueble allanado, en el piso se encontraron cigarrillos usados que contenían cocaína básica –signo inequívoco, en esas circunstancias, de una actividad vinculada a las drogas–, y huyó subiéndose a los techos de ese inmueble y de otros contiguos. Luego, es patente que se dio una situación de flagrancia delictiva estricta, pues el reo estaba en el patio del predio cuestionado, de donde huyó.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, once de setiembre de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional interpuesto por el abogado del encausado MARCO ANTONIO OLANO POLO contra la sentencia de vista de fojas ciento sesenta y ocho, de veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y dos, de doce de enero de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por seis años, así como al pago de cuatro mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el señor Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas –sede Chiclayo–, culminada la investigación preparatoria, mediante requisitoria de fojas una, de veintiséis de junio de dos mil diecisiete, formuló acusación contra MARCO ANTONIO OLANO POLO como autor del delito de tráfico ilícito drogas en agravio del Estado. El Juzgado de Investigación Preparatoria, culminada la etapa intermedia, dictó el auto de enjuiciamiento de veinticuatro de agosto de dos mil diecisiete.

∞ El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Chiclayo y Ferreñafe por auto de fojas veintidós, de veintitrés de octubre de dos mil diecisiete, citó al juicio oral correspondiente.

∞ El citado Juzgado Penal Colegiado, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha doce de enero de dos mil dieciocho, dictó la respectiva sentencia de primera instancia, por la

Ir al índice

que condenó a Olano Polo como autor del delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes (artículo 296 y 297, primer párrafo, ordinal 4, del Código Penal, modificado por Decreto Legislativo 1237, de 26 septiembre 2015) en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por seis años, así como al pago de cuatro mil soles por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. Que interpuesto recurso de apelación por la defensa del encausado Olano Polo [fojas noventa y dos, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho], la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lambayeque, previo cumplimiento del procedimiento impugnativo, emitió la sentencia de vista de fojas ciento sesenta y nueve, de veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y dos, de doce de enero dos mil dieciocho.

TERCERO. Que los hechos declarados probados son los siguientes:

A. Ante Notas de Inteligencia e Informaciones Confidenciales la Policía Nacional decidió la realización de la pertinente operación de interdicción de tráfico ilícito de drogas. Es así que el día veintidós de abril de dos mil dieciséis, como a las diecinueve horas con cuarenta minutos, en circunstancias que el personal policial transitaba por el Pueblo Joven Elías Aguirre – Chiclayo advirtió una actividad de venta de droga, la misma que era realizada por el encausado Olano Polo, quien se encontraba con otro sujeto en la reja de acceso del inmueble, ubicado en la manzana A, lote diecisiete, del Pueblo Joven Elías Aguirre – Chiclayo. Este último, no identificado, se encontraba en la parte exterior del mismo a bordo de una motocicleta. Ambos, al percatarse de la presencia policial, emprendieron la huida.

B. El segundo sujeto era de contextura delgada, de aproximadamente un metro con setenta centímetros, y vestía un polo color blanco y un pantalón jean color azul, quien al notar la presencia policial huyó a bordo de una moto lineal color negro, a quien no se pudo capturar. Sin embargo, cuando el personal policial fue tras él, notó en el frontis de la vivienda antes mencionada, en el espacio que encierra la reja protectora de fierro color negro, cuatro cigarrillos marca "Caribe" armados tipo pitillo, que contenían pasta básica de cocaína. Asimismo, los policías se percataron de la presencia del encausado Olano Polo, alias "Choyo" –a quien, ciertamente, pudieron identificar–, el mismo que raudamente subía las escaleras del predio con dirección a los pisos superiores y que luego corría por los techos. Dicho encausado logró escapar, pero recién con fecha diecinueve de junio de dos mil diecisiete –cerca de un año después– fue capturado y puesto a disposición judicial.

C. La Policía al realizar la diligencia de entrada (allanamiento) y registro) del inmueble en cuestión, hallaron (***i***) en el pasadizo, sobre el piso, dos hojas de papel periódico que contenía encima pasta básica de cocaína, con un peso de ciento cuarenta y siete, punto seiscientos treinta y siete gramos. Además, (***ii***) en el dormitorio del segundo piso se descubrieron tres bolsas de polietileno transparente que contenían doscientos cincuenta y un envoltorios de papel bond blanco tipo kete, de pasta básica de cocaína, con un peso

Ir al índice

de cincuenta y tres, punto doscientos treinta y nueve gramos, y una bolsa de polietileno rosada anudada a uno de los extremos con pasta básica de cocaína con un peso de veintiséis, punto seiscientos veintiséis gramos. Igualmente, (***iii***) en el primer nivel del antes señalado domicilio, en la sala comedor, se encontró una balanza de cinco kilos color naranja; y, (***iv***) en el segundo piso, se descubrió un taper que en su interior existían setenta y cuatro monedas de un nuevo sol, diecinueve monedas de cincuenta céntimos, un billete de veinte soles; todos los cuales, al ser sometidos al examen de adherencia, arrojó como resultado positivo para cocaína.

CUARTO. Que la defensa del encausado Olano Polo en su recurso de casación de fojas ciento ochenta y cuatro, de doce de abril de dos mil dieciocho, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1 y 5, del Código Procesal Penal).

∞ Argumentó, específicamente, que se valoró indebidamente el análisis de descarte y pesaje de droga número ciento cinco diagonal dos mil dieciséis, pues no es una prueba química definitiva; que, por tanto, no puede declararse probado el favorecimiento al consumo ilegal de drogas; que el allanamiento fue ilícito; que la prueba testifical de cargo es contradictoria y, además, insuficiente.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y uno, de cuatro de julio de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso formulado por la defensa del encausado Olano Polo por el motivo de inobservancia de precepto constitucional.

∞ El objeto del examen relevante se centró en la inobservancia de precepto constitucional, referido tanto a la presunción de inocencia cuanto, por extensión, al debido proceso, en función a la inutilización de prueba ilícita al realizarse –según la denuncia impugnativa– una entrada y registro inconstitucional; que, de otro lado, se habría valorado como prueba pericial lo que no es tal, de suerte que igualmente se inobservó la garantía de presunción de inocencia.

∞ No se trata de un punto de doctrina jurisprudencial porque no aparece que las sentencias citadas en su amparo fueran vinculantes.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día cuatro de setiembre de dos mil diecinueve, ésta se realizó con la concurrencia del abogado del encausado recurrente, doctor Jorge Luis Vásquez Limo, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan en la audiencia de la lectura de la sentencia programada el día de la fecha.

Ir al índice

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la garantía de presunción de inocencia, entendida como regla de prueba, exige como dos de sus elementos que integran su contenido constitucionalmente garantizado –entre otros elementos debidamente reconocidos–, primero, que la declaración de culpabilidad se sustente en verdadera prueba –prueba es lo que la ley dice que es prueba–; y, segundo, que en la actividad de obtención de la fuente de prueba y/o actuación del medio de prueba no se incurra en una ilicitud relevante o sin las debidas garantías procesales –inutilización de la prueba ilícita–. Normativamente tal definición está reconocida en el artículo II, apartado 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal. La presunción de inocencia, como se sabe, es un derecho reaccional del imputado –no precisado de un comportamiento activo por su titular– que abarca dos extremos fácticos: existencia real del hecho punible e intervención del imputado en su comisión; de suerte que nadie puede ser condenado sin pruebas de cargo válidas.

∞ En el presente caso, por el ámbito del recurso de casación examinado, atento a las dos denuncias que realiza, solo corresponde realizar, lo que se denomina un "juicio sobre la prueba" –control de su legalidad–, no un "juicio de suficiencia" –existencia de pruebas inculpatorias concluyentes– y, menos, un "juicio sobre la razonabilidad de la motivación" –exigencia de inferir razonablemente (sana crítica judicial) desde los medios de prueba válidos los hechos y la culpabilidad del imputado según el discurso del órgano jurisdiccional de mérito; es decir, si este discurso en que reside la valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad– (confróntese: Sentencia del Tribunal Supremo Español de treinta de julio de dos mil trece, que fija los tres controles que se pueden realizar a partir de esta garantía; y, STSE 25/2015, de tres de febrero, que concreta el control en esta materia y que no supone nueva valoración de la prueba).

SEGUNDO. Que la primera denuncia casacional se refiere a que no existiría una verdadera prueba pericial que determine que los hallazgos realizados en la intervención policial correspondan a pasta básica de cocaína o cocaína.

∞ El aporte pericial consiste: **1.** En el análisis preliminar y pesaje de droga cuatrocientos setenta y dos diagonal dos mil dieciséis de fojas cincuenta y nueve (adherencias de cocaína en los billetes y monedas, así como en el taper). **2.** En el análisis preliminar y pesaje de droga quinientos setenta y cinco diagonal dos mil dieciséis de fojas sesenta (restos de cocaína en los cuatro cigarrillos ocupados). **3.** Dictamen químico de drogas cuatrocientos setenta y dos diagonal dos mil dieciséis de fojas sesenta y uno, que ratificó el primer análisis pericial cuatrocientos setenta y dos diagonal dos mil dieciséis y, además, concluyó que en la balanza ocupada constaba sustancia parduzca en diferentes partes de su exterior, así como un billete y monedas con adherencias de pasta básica de cocaína. **4.** Análisis de descarte y pesaje de droga ciento cinco diagonal dos mil dieciséis de fojas sesenta y tres, que arrojó positivo para pasta básica de cocaína con un peso neto de: cincuenta y tres punto doscientos treinta y nueve gramos, veintiséis punto seiscientos veintiséis gramos y ciento cuarenta y siete punto seiscientos treinta y siete gramos, respectivamente.

Ir al índice

∞ El análisis de descarte y pesaje de droga ciento cinco diagonal dos mil dieciséis fue materia del examen pericial en el plenario, sede en que el perito químico Plasencia Rebaza reiteró el pesaje de lo ocupado y de que se trató de pasta básica de cocaína (el citado perito, en igual sentido, se pronunció respecto al dictamen químico de drogas cuatrocientos setenta y dos diagonal dos mil dieciséis). Así se precisó en los folios catorce y dieciséis de la sentencia de primera instancia; y, en la sentencia de vista se enfatizó que en el informe pericial aludido no se señaló que se trató de un análisis provisional (fundamento jurídico sexto).

∞ Debe quedar claro que la prueba pericial no aporta al proceso aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos. En el presente caso, lo que la información pericial aportó fue que las sustancias halladas –¡estos son los hechos! – integran el *corpus criminis* del delito de tráfico ilícito de droga, que se trata de pasta básica de cocaína.

TERCERO. Que, primer lugar, la valoración judicial debe realizarse sobre el íntegro de lo ocupado por la policía y, sin perjuicio de efectuarse un examen individual, debe formularse un examen conjunto de la prueba pericial y de las demás pruebas –personales y documentadas– (artículo 393, apartado 2, del Código Procesal Penal). En segundo lugar, consta en autos un dictamen pericial en forma –el cuatrocientos setenta y dos diagonal dos mil dieciséis–, que da cuenta que parte de lo ocupado y que corresponde a pasta básica de cocaína y, además, de bienes que denotan una actividad asociada a la comercialización de droga –por adherencias de cocaína–. En tercer lugar, como se trata de informes periciales institucionales –emitidos por expertos funcionarios que integran un organismo especializado de la Policía Nacional–, un perito designado por la institución policial, se presentó al juicio oral y se sometió a contradicción, ratificando en especial el contenido del análisis de descarte y pesaje de droga ciento cinco diagonal dos mil dieciséis. En cuarto lugar, cuando los peritos comparecen al juicio –que sería lo habitual, salvo el caso de informes periciales institucionales no observados que tienen un sentido mayormente documental–, el juez dispone de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan, al punto que lo que depende de la inmediación no puede ser revisado en el recurso de casación –así: artículo del 425, apartado 2, Código Procesal Penal, que no solo ha de entenderse para el recurso de apelación, sino que extiende a todo recurso vertical (Sentencia del Tribunal Supremo Español de diecinueve de diciembre de dos mil dos)–.

CUARTO. Que, en consecuencia, se está ante un medio de prueba pericial (informe y ratificación plenarial) que puede estimarse completo. No se presentan defectos serios que impidan calificarlo, formalmente, de prueba pericial, y tampoco defectos internos que lo descalifiquen para formar convicción judicial sobre la realidad de la droga ocupada y su peso.

∞ Este motivo de casación no puede prosperar y así se declara.

QUINTO. Que la segunda denuncia casacional se circunscribe a la realización de una diligencia de allanamiento, registro y ulterior ocupación de bienes presuntamente delictivos,

Ir al índice

que se calificó de ilícita porque no medió flagrancia delictiva. En pureza, el primer acto de ingreso y registro del predio –según lo expuesto por el casacionista– fue inconstitucional y, por ende, el segundo acto, de ocupación de los bienes delictivos, por ser prueba derivada o indirecta, también será ilícita, y, por ende, ambos actos deben ser inutilizados o excluidos para formar la convicción judicial.

SEXTO. Que, sobre este punto, es de rigor puntualizar: **1.** El artículo 2, ordinal 9, de la Constitución, al consagrar la inviolabilidad de domicilio como derecho fundamental, estipula, en lo pertinente que: *"Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración"*–solo la existencia de una previa orden judicial o, en su defecto, la flagrancia delictiva autorizan la entrada y registro domiciliario: ese es su contenido constitucionalmente garantizado–. **2.** El artículo 214, numeral 1, del Código Procesal Penal, en esta misma línea prescribe que el allanamiento y registro domiciliario pueden realizarse sin previo mandato judicial en los casos de flagrante delito o inminente peligro de su perpetración. **3.** El efecto jurídico o sanción procesal frente al incumplimiento de estos preceptos (en pureza, autorizaciones) –siempre debe procederse cuando se restrinja un derecho fundamental en estricto cumplimiento de la ley y ejecutarse con la debidas garantías para el afectado: artículo 202 del Código Procesal Penal– es la declaración de inutilización de la prueba obtenida por ese medio inconstitucional, como lo prevé el artículo 159 del Código Procesal Penal.

∞ El punto esencial en materia de inviolabilidad domiciliaria es que constituye un auténtico derecho fundamental, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de la persona dentro del espacio limitado que ella elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 22/1984, de diecisiete de febrero).

∞ Asimismo, es claro que la flagrancia autoriza la entrada y registro de un domicilio –entendido en sentido constitucional, obviamente más amplio que el previsto en el Derecho civil, como da cuenta el artículo 214, apartado 1, del Código Procesal Penal: "[…] *casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recintos habitados temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado,* […]"–. Ésta se predica del delito y autoriza la excepcional intervención policial respecto de ese delito, y no cualquier otra, salvo los casos de hallazgo casual o inevitable. Tal autorización, empero, es razonable en tanto y en cuanto exista aún tal situación (flagrancia delictiva) y la necesidad y urgencia de la intervención policial en relación con el mismo. Habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la posterior actuación policial excede del ámbito de injerencia autorizada por dicha flagrancia (confróntese: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 22/2003, de diez de febrero).

SÉPTIMO. Que en el presente caso, como es patente, no medió orden judicial previa de allanamiento, registro e incautación. Por consiguiente, debe examinarse si se está ante un supuesto de delito flagrante, que desde luego es lo opuesto a delito clandestino. Puede haber un concepto estricto de flagrancia delictiva, como uno extensivo que comprende la cuasi

Ir al índice

flagrancia y la flagrancia ficta. El artículo 259 del Código Procesal Penal tiene una definición legal o auténtica de flagrante delito, que comprende estos tres supuestos, aunque en los últimos supuestos (apartados 3 y 4) su delimitación es en extremo flexible o amplio.

∞ Ahora bien, a los efectos de la diligencia de allanamiento y registro, atento al derecho fundamental en debate: inviolabilidad de domicilio, solo es posible concebirla en los casos de flagrancia estricta y de cuasi flagrancia, asociada esta última al momento en que se persigue al imputado sin solución de continuidad y se advierte su presencia en el predio donde estaba o de donde salía tras su fuga.

∞ Así las cosas, debe entenderse que, a los fines de entrada y registro domiciliario, existirá flagrancia siempre que se cumplan dos notas sustantivas y dos notas adjetivas. En el primer caso, se requiere (***i***) inmediatez temporal –la acción delictiva se está desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento de su percepción o intervención– e (***ii***) inmediatez corporal–el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito que proclamen su directa intervención en el mismo–. En el segundo caso, se necesita de (***iii***) percepción directa y efectiva del hecho por el efectivo policial –visto directamente o percibido de otro modo por material fotográfico o fílmico–, y de (***iv***) necesidad urgente de la intervención policial (Sentencia del Tribunal Supremo Español 472/1997, de catorce de abril). Es imperativo, entonces, que para la legalidad constitucional de la diligencia de allanamiento y registro se advierta la presencia del delincuente en el mismo teatro de los hechos cometiendo un delito o huyendo inmediatamente tras su comisión –formará parte del teatro de los hechos el domicilio allanado y registrado–, sin que a ello obste que se logre arrestarlo o que consiga fugar.

OCTAVO. Que, según los hechos declarados probados –no corresponde a la casación modificar la reconstrucción probatoria del hecho, sino advertir si ésta se realizó o no incurriéndose en algún vicio relevante por vulnerar las reglas de prueba–, la policía observó la presencia del imputado Olano Polo con motivo de un presunto pase de drogas, quien al percatarse de la intervención policial se dio a la fuga. Éste se encontraba en la reja de acceso del inmueble allanado, en el piso se encontraron cigarrillos usados que contenían cocaína básica –signo inequívoco, en esas circunstancias, de una actividad vinculada a las drogas–, y, acto seguido, huyó subiéndose a los techos de ese inmueble y de otros contiguos. Luego, es patente que se dio una situación de flagrancia delictiva estricta, pues el reo estaba en el patio del predio cuestionado, de donde huyó.

∞ El ingreso al domicilio en este marco inmediato no fue ilícito. Se produjo en un contexto de flagrancia delictiva y las actividades de averiguación inmediatamente realizadas, sin solución de continuidad, dieron cuenta de que ese domicilio era dedicado a la preparación de paquetes de droga para su comercialización.

∞ No se incurrió en un supuesto de prueba ilícita. La intervención policial fue en flagrancia delictiva. Este motivo de casación debe desestimarse y así se declara.

NOVENO. Que no integra la pretensión impugnativa el juicio de tipicidad ni el juicio de medición de la pena. En consecuencia, no cabe pronunciamiento alguno al respecto.

Ir al índice

DÉCIMO. Que, en vista, que no son de recibo los motivos de casación planteados por el imputado, corresponde imponerle el pago de las costas conforme a lo dispuesto por el artículo 504, apartado 2, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional interpuesto por el abogado del encausado MARCO ANTONIO OLANO POLO contra la sentencia de vista de fojas ciento sesenta y ocho, de veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y dos, de doce de enero de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación por seis años, así como al pago de cuatro mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. **II.** En consecuencia, **NO CASARON** la referida sentencia de vista. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que se continúe con la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el órgano jurisdiccional competente. **IV. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por licencia del señor juez supremo Figueroa Navarro. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CASTAÑEDA ESPINOZA
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

LA LICITUD DE LA PRUEBA OBTENIDA EN ALLANAMIENTO Y REGISTRO DOMICILIARIO REALIZADO EN SUPUESTOS DE FLAGRANCIA CASACIÓN N° 553-2018-LAMBAYEQUE

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
WILLIAM ENRIQUE ARANA MORALES[1]

I. SUMILLA:

En la casación 553-2018/Lambayeque, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, si entrar al desarrollo de la prueba ilícita, establece los presupuestos sustantivos y adjetivos que deben concurrir para que en los supuestos de flagrancia, la Policía realice allanamientos y registros domiciliarios sin autorización judicial previa; y a partir de ello, establece la licitud o legitimidad de las pruebas obtenidas a partir de un ingreso y registro constitucional de domicilio y descarta la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita.

II. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DESARROLLADOS EN LA CASACIÓN 553-2018/LAMBAYEQUE:

1. EL CASO:

Ante informaciones de Inteligencia de la Policía Nacional, se decidió la realización de la pertinente operación de interdicción de tráfico ilícito de drogas. Es así que el día 22 de abril del 2016, como a las 19.40 horas, en circunstancias que el personal policial transitaba por el Pueblo Joven Elías Aguirre – Chiclayo advirtió una actividad de venta de droga, la misma que era realizada por el encausado Olano Polo, quien se encontraba con otro sujeto en la reja de acceso del inmueble, ubicado en la manzana A, lote 17, del referido Pueblo Joven. Este último, no identificado, se encontraba en la parte exterior del mismo a bordo de una motocicleta. Ambos, al percatarse de la presencia policial, emprendieron la huida.

El segundo sujeto era de contextura delgada, y al notar la presencia policial, huyó a bordo de una moto lineal color negro, a quien no se pudo capturar; sin embargo, cuando el personal policial fue tras él, notó, en el frontis de la vivienda antes mencionada, en el espacio que encierra la reja protectora de fierro color negro, cuatro cigarrillos marca "Caribe" armados tipo pitillo, que contenían pasta básica de cocaína. Asimismo, los policías se percataron de la presencia del encausado Olano Polo, alias "Choyo" –a quien, ciertamente, pudieron identificar–, el mismo que raudamente subía las escaleras del predio con dirección a los pisos superiores y que luego corría por los techos. Dicho encausado logró escapar, pero recién con fecha 19 de junio de dos mil diecisiete –cerca de un año después– fue capturado y puesto a disposición judicial.

1 Fiscal Adjunto Superior de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Apelaciones de La Libertad.

Ir al índice

La Policía al realizar la diligencia de entrada (allanamiento y registro) del inmueble en cuestión, hallaron (i) en el pasadizo, sobre el piso, 2 hojas de papel periódico que contenía encima pasta básica de cocaína, con un peso de 147.637 gramos. Además, (ii) en el dormitorio del segundo piso se descubrieron tres bolsas de polietileno transparente que contenían doscientos cincuenta y un envoltorios de papel bond blanco tipo kete, de pasta básica de cocaína, con un peso de 53.239 gramos, y una bolsa de polietileno rosada anudada a uno de los extremos con pasta básica de cocaína con un peso de 26.626 gramos. Igualmente, (iii) en el primer nivel del domicilio señalado, en la sala comedor, se encontró una balanza de cinco kilos color naranja; y, (iv) en el segundo piso, se descubrió un taper que en su interior existían 74 monedas de un nuevo sol, 19 monedas de cincuenta céntimos, 1 billete de veinte soles; todos los cuales, al ser sometidos al examen de adherencia, arrojó como resultado positivo para cocaína.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

En base a los hechos antes descritos, el imputado fue condenado en primera y segunda instancia como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, y es por ello que la defensa del imputado formula recurso de casación contra la sentencia de vista, argumentando que se habría incurrido en la inobservancia del precepto constitucional referido a la presunción de inocencia y al debido proceso (motivo de casación previsto en el artículo 429 inciso 1 del CPP), debido a que se habría utilizado y valorado una prueba ilícita obtenida mediante una entrada y registro inconstitucional al domicilio del intervenido, debido a que, según la defensa, no habría mediado flagrancia delictiva.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA CASACIÓN:

3.1. Presunción de inocencia, debido proceso y legitimidad de la prueba.

Para contextualizar la importancia de la legitimidad de la prueba en el proceso penal, es necesario vincular su estudio a dos de las garantías más importantes en la configuración del sistema procesal penal, tales como, el derecho a la presunción de inocencia y la garantía del debido proceso, pues, como veremos a continuación, todo lo relativo a la prueba se relaciona con tales garantías.

En la casación 553-2018/Lambayeque, la Corte Suprema establece que la garantía de presunción de inocencia, entendida como regla de prueba, exige como dos de sus elementos que integran su contenido constitucionalmente garantizado –entre otros elementos debidamente reconocidos–, primero, que la declaración de culpabilidad se sustente en verdadera prueba –prueba es lo que la ley dice que es prueba–; y, segundo, que en la actividad de obtención de la fuente de prueba y/o actuación del medio de prueba no se incurra en una ilicitud relevante o sin las debidas garantías procesales –inutilización de la prueba ilícita–.

Así mismo, afirma que la presunción de inocencia, como derecho del imputado abarca dos extremos fácticos: existencia real del hecho punible e intervención del imputado en su comisión; de suerte que nadie puede ser condenado sin pruebas de cargo válidas.

Ir al índice

La presunción de inocencia además de ser una regla sobre la prueba, también constituye una garantía, por la cual el imputado debe recibir un trato digno a lo largo del proceso penal, y ello supone el respeto del debido proceso como una garantía fundamental, cuyo contenido se puede definir a partir de las normas que desarrollan este precepto de orden constitucional. Por ello, para fines prácticos del operador jurisdiccional que apunta a tomar decisiones que contribuyan con la justicia en el proceso penal, es necesario conocer, analizar y observar las normas de desarrollo del debido proceso.

En este orden de ideas y regresando al tema de la presunción de inocencia como regla de prueba y que impone, además, la sujeción estricta a las reglas del debido proceso, debemos reconocer que la búsqueda y obtención de los medios y fuentes de prueba en proceso penal, debe realizarse observando procedimientos legítimos, que suponen: a) el respeto de los preceptos constitucionales referidos al proceso penal, b) el respeto de los derechos fundamentales de la persona, y c) la sujeción a las normas legales que desarrollan tales preceptos y derechos en el marco del Nuevo código procesal penal del 2004 (En adelante CPP).

3.2. El principio de legitimidad de la prueba en el CPP

La prueba se encuentra regulada por la Constitución, por los tratados internacionales y por el CPP, y como tal debe entenderse que, para acceder a las fuentes de prueba, y obtener los medios de prueba, se deben respetar las garantías y los derechos que establecen las normas antes indicadas, ya que de lo contrario se podría viciar su valor probatorio para el proceso penal; así mismo, la actuación probatoria que se producirá en el debate del juicio, se debe realizar respetando las garantías que impone la Constitución y la ley.

Son precisamente las "prohibiciones probatorias" las que realmente constituyen el núcleo esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho, no solo en cuanto implica respeto a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en la tramitación de un proceso penal, sino también en cuanto es, o debe ser respetuoso con los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal, que constituyen un límite que no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito[2].

En nuestro ordenamiento procesal penal, el artículo VIII del Título preliminar del CPP en su inciso 1 establece las condiciones para la factibilidad de valoración de los medios de prueba, pues la norma prescribe: "Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo"; siendo que de realizar una interpretación a contrario sensu, resulta que si el medio probatorio fue obtenido o incorporado al proceso por un procedimiento ilegítimo, ese medio probatorio no podrá ser valorado por el Juez al momento de emitir la sentencia.

2 MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal Penal del enemigo. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 18 y 19

Ir al índice

A partir de este principio se puede establecer que en la búsqueda y obtención de las fuentes y medios de prueba, si bien se puede hacer uso de diversas estrategias de investigación, de técnicas tradicionales y de nuevas técnicas de investigación, así como hacer uso de medidas que restringen derechos fundamentales; se deben observar también los preceptos constitucionales referidos a la prueba, a los derechos fundamentales de la persona, y las normas legales que desarrollan estas garantías fundamentales; pues de lo contrario, la prueba obtenida carecerá de validez para el proceso penal.

En concordancia con el significado del principio de legitimidad de la prueba antes esbozado, en el fundamento SEXTO de la casación estudiada, se afirma que el efecto jurídico o sanción procesal frente al incumplimiento de estos preceptos (en pureza, *autorizaciones*), es la declaración de inutilización de la prueba obtenida por ese medio inconstitucional, como lo prevé el artículo 159 del CPP.

3.3. La prueba ilegal en el proceso penal

Aun cuando a lo largo del texto de la casación estudiada, no se advierte un desarrollo explícito del concepto de prueba ilegal, es necesario revisar las normas que la desarrollan en el marco del CPP, así como los aportes de la jurisprudencia y la doctrina, a fin de poder valorar si es jurídicamente correcto el análisis del caso desarrollado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

Para el profesor Pablo Talavera, existen dos posturas para definir la prueba ilícita, una amplia y una estricta, y reconoce que el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 2053-2003-HC/TC se refiere a la prueba obtenida o actuada con vulneración a derechos fundamentales o a la legalidad procesal, y reconoce que, en otro momento, el Tribunal adoptó una postura más estricta (Expediente N° 00655-2010-PHC/TC), en la que se restringe el concepto de prueba ilícita a aquella que se obtiene con vulneración de un derecho fundamental[3].

De estas dos posturas, se debería adoptar aquella que resulte compatible con las normas del NCPP, pues, los pronunciamientos de TC son anteriores a su entrada en vigencia y además corresponden a un periodo, en el que las normas que regulan el proceso penal no contemplaban pautas para el tratamiento de la prueba ilícita.

El artículo VIII del Título preliminar del CPP (en delante T.P.), prescribe el principio de legitimidad de la prueba en el proceso penal, razón por la cual, es necesario realizar una interpretación respecto a su contenido y a sus alcances jurídicos para los fines prácticos que interesan al operador jurídico.

En primer lugar, el inciso 1 del artículo VIII del T.P., establece las condiciones para hacer viable la valoración de los medios de prueba, pues la norma prescribe: "Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento

3 TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba penal, Lima: Edit. Instituto Pacífico, 2017, Pág. 228-229.

Ir al índice

constitucionalmente legítimo"; siendo que de realizar una interpretación a contrario sensu de este precepto, resulta que, si el medio probatorio fue obtenido o incorporado al proceso por un procedimiento ilegítimo, ese medio probatorio no podrá ser valorado por el Juez al momento de emitir la sentencia.

Por su parte, en el inciso 2 del artículo VIII T.P. incorpora la denominada regla de exclusión de la prueba ilícita; pues la referida norma prescribe: "Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

Para interpretar correctamente esta norma, resulta necesario estudiar la estructura o configuración de los derechos fundamentales a la que hace alusión expresa la referida norma.

En cuanto al concepto derechos fundamentales (En adelante DDFF) existen diversas posturas teóricas, algunas que abarcan más derechos que otras; sin embargo, siguiendo un criterio que tienda a asegurar y garantizar un mayor ámbito de respeto de los derechos de la persona, consideramos conveniente acoger el criterio más amplio, tal como lo plantea Gálvez Muñoz, quien afirma que los Derechos Humanos que aparecen recogidos en la parte dogmática de la Constitución, y que consecuentemente forman parte del Derecho interno, reciben la denominación de derechos fundamentales[4].

En el Estado Constitucional de Derecho se garantiza el respeto de los derechos fundamentales, pero ello no significa que estos sean absolutos y no admitan ningún tipo de limitación; pues, por el contrario, la regla es que los derechos son susceptibles de ser limitados, siendo la excepción que solo algunos de ellos puedan considerarse absolutos.

Conforme lo señala Edgar Carpio Marcos, los derechos fundamentales, en cuanto elementos de un ordenamiento como es la Constitución, están sujetos a límites, ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su misma clase, ya sea con la finalidad de permitir la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales[5].

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que, "ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección" (STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005, fundamento 12).

El que los derechos fundamentales no sean absolutos y que admitan ciertas limitaciones, no significa tampoco que la potestad de persecución penal, de investigación o averiguación de

4 GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Aranzadi, Navarra, 2003, p. 81)

5 CARPIO MARCOS, Edgar. "La interpretación de los derechos fundamentales". En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Constitucional. Tomo I, Porrúa, México D.F., 2005, p. 350).

Ir al índice

la verdad o de sanción de los delitos, sea ilimitada; sino que las intromisiones en este ámbito solo podrán realizarse con las debidas garantías, debiendo cumplirse ciertos presupuestos[6].

Las medidas que restringen DDFF reguladas en el CPP constituyen un conjunto de medidas que limitan derechos del imputado que merecen un tratamiento adecuado en el plano fáctico y, para ello, es indispensable que primero se tengan en claro sus alcances en el plano teórico. Por restricción de DDFF debe entenderse una limitación que, sin afectar el contenido esencial del derecho, haga posible o permita contribuir al esclarecimiento de la verdad, y de ser necesario se haga efectiva la pretensión punitiva del Estado, para no dejar en la impunidad hechos con relevancia penal y a los responsables de estos. Estos intereses propios del proceso penal tienen estrecha relación con intereses constitucionalmente protegidos, tales como: el orden público, la seguridad pública, la seguridad ciudadana, el interés nacional, etc.

La definición anterior nos permite hacer una clara delimitación entre dos categorías procesales penales que resultan de mucha importancia para resolver la problemática planteada, pues no es lo mismo hablar de "restricción de derechos fundamentales" que de "violación de derechos fundamentales", pues en el marco del Estado de Derecho se admite limitar los derechos, pero ello no implica que se pueda trastocar el contenido esencial del derecho o el núcleo duro del mismo; puesto que la afectación de ese núcleo esencial, supone un desconocimiento de los elementos indispensables para la recognoscibilidad del derecho como fundamental, y en consecuencia suponen una negación de la vigencia de este.

Del mismo criterio es la profesora María Ángeles Pérez Marín, quien afirma que es indispensable distinguir entre la auténtica "vulneración", que no debe producirse jamás, y la mera "afectación" de estos derechos, que en ningún caso pueden ser entendidos como absolutos, porque al tratarse, en la mayoría de las ocasiones, de derechos fundamentales relativos, han de ser ponderados para determinar si pueden sufrir algún tipo de limitación en aras de la investigación de los hechos[7].

En resumen, cuando se obtenga una prueba mediante la violación del contenido esencial de un derecho fundamental, se habrá obtenido una prueba ilegal, y a partir de lo previsto por el artículo VIII del TP inciso 1 y 2, en concordancia con lo prescrito por el artículo 159 del CPP, dicha prueba carecerá de valor probatorio y no podrá ser valorado por el Juez de Juzgamiento, ni utilizado como sustento de una sentencia de condena; e incluso esta prueba debería ser excluida desde la investigación, como se sostiene en el acuerdo plenario 4-2010/CJ-116 –a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente; o desde la etapa intermedia, pues de acuerdo con lo prescrito por el artículo 155 del CPP, el Juez –refiriéndose al Juez de la Investigación Preparatoria que dirige la etapa intermedia-, podrá excluir las pruebas prohibidas por la ley.

6 MORENO CATENA, Víctor. "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de los derechos fundamentales durante la investigación penal". En, GOMEZ COLOMER, Juan. Prueba y proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, Pág. 79.

7 PÉREZ MARIN, María. Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 19 y 20.

Ir al índice

A pesar de que en la fundamentación jurídica de la casación estudiada no se realiza un desarrollo, respecto a la postura que adopta la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sobre la prueba ilícita, en el fundamento jurídico SEXTO de la casación estudiada, deja en claro que en materia de allanamientos y registros domiciliarios, el punto esencial de análisis se refiere a que la inviolabilidad domiciliaria constituye un auténtico derecho fundamental, establecido para garantizar el ámbito de privacidad de la persona dentro del espacio limitado que ella elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 22/1984, de diecisiete de febrero). En tal sentido, y a partir de este argumento se puede afirmar que la casación se adscribe a la concepción restringida de prueba ilícita, pues deja en claro que la ilicitud de la prueba se relaciona con la afectación a un derecho fundamental.

Por otro lado, en materia de prueba ilícita es oportuno referirnos a la doctrina de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), según la cual: "La exclusión no solo alcanza a la prueba originaria, practicada ilícitamente, sino también a todas aquellas pruebas, que, aunque hayan sido obtenidas lícitamente, tienen su origen, es decir derivan, de informaciones o datos obtenidos como consecuencia de la actuación probatoria ilícita inicial"[8].

A partir del texto del inciso 2 del artículo VIII del TP apreciamos que se ha acogido la doctrina del efecto reflejo o de los frutos del árbol envenenado, pues según el texto de la norma, la regla de exclusión de la prueba ilícita no se refiere a la prueba obtenida directamente a partir de la violación del contenido esencial un derecho fundamental, sino que además se excluye o se niega el valor de las pruebas que indirectamente han sido obtenidas con tal afectación del derecho fundamental. Por ejemplo: si se produce un allanamiento y registro domiciliario ilegal en el que se incauta una agenda donde hay anotaciones de los lugares donde se esconde droga y armas de las personas involucradas en el delito, y luego se allana esos locales con autorización judicial, y en ellos se encuentra la droga; tenemos que reconocer que la regla de exclusión de la prueba ilícita no solo alcanza a la agenda, sino también a la droga, ya que indirectamente ha sido obtenida con violación del contenido esencial de un derecho fundamental.

La referencia a esta doctrina la realizamos, para realizar una precisión, pues en el QUINTO fundamento de derecho de la casación, se resume uno de los argumentos del recurso de casación formulado por la defensa del imputado, quien afirma: "el primer acto de ingreso y registro del predio fue inconstitucional y, por ende, el segundo acto, de ocupación de los bienes delictivos, por ser prueba derivada o indirecta, también será ilícita, y, por ende, ambos actos deben ser inutilizados o excluidos para formar la convicción judicial".

Sobre el argumento del recurso de casación formulado por la defensa del imputado es necesario precisar, que se incurre en un error de concepto, pues si afirmamos que el ingreso

8 VILLEGAS PAIVA, Elky. La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamentos, efectos y excepciones. En: HERRERA GUERRERO, Mercedes y VILLEGAS PAIVA, Elky. La prueba en el proceso penal, Pacífico, Lima, 2015, Pág. 233).

Ir al índice

y registro al predio es inconstitucional, la incautación de bienes delictivos en dicho acto, sería por sí prueba ilícita, es decir, directamente ilícita, sin que exista necesidad de recurrir a la doctrina del efecto reflejo o de los frutos del árbol envenenado para afirmar la ilicitud de dicha prueba.

3.4. El allanamiento en el proceso penal

El allanamiento como institución procesal se encuentra regulado en el capítulo V del título III de la sección II del NCPP, referido a "Búsqueda de pruebas y restricción de derechos fundamentales", y que, como tal, supone el ingreso y registro a un inmueble, por parte de la autoridad competente en la investigación, con estrictos fines de averiguación de un delito.

El allanamiento es una medida útil para la búsqueda de información probatoria, que implica una restricción a derechos como la inviolabilidad del domicilio o la intimidad, siendo que su regulación en el CPP permite afirmar que por regla general este exige de una resolución judicial autoritativa previa, y que, excepcionalmente, se podría realizar sin la autorización judicial en los casos que establece la norma (flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración); pues de conformidad con lo prescrito por el artículo 214 del CPP, fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración –supuestos en los que no se exige resolución judicial previa pero sí confirmatoria judicial *ex post*–, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto. Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden judicial constarán detalladamente en el acta.

Fuera de los casos de flagrancia, el allanamiento requiere de una autorización o resolución judicial previa, que se emite a solicitud o a requerimiento del Fiscal encargado de la investigación; y por este motivo, cuando se ejecute el allanamiento sin contar con la autorización judicial previa, será necesario que el Fiscal requiera la confirmación judicial, para asegurar la emisión de una resolución judicial (ex post) que afirme la legitimidad de la prueba obtenida a partir del allanamiento y registro de un inmueble; ya que, para ello el Juez realiza un control de legalidad del allanamiento, y ello requerirá en principio, que el allanamiento se haya realizado en situación de flagrancia o de peligro inminente de perpetración de un delito, pues de lo contrario, el Juez declarará infundado el requerimiento de confirmatoria.

En el fundamento jurídico SEXTO de la casación estudiada, luego de reconocer a la inviolabilidad domiciliaria como un auténtico derecho fundamental, se afirma que atendiendo a la posibilidad que contempla el inciso 1 del artículo 214 del CPP, que exceptúa de la autorización judicial previa, al allanamiento y registro domiciliario, realizado en supuestos de flagrancia y de peligro inminente de perpetración del delito, se reconoce la legitimidad de la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, siempre que se configuren tales supuestos.

Ir al índice

Aplicando tal fundamento, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema argumenta que, en el caso propuesto, se evidencia que no ha mediado orden judicial previa de allanamiento, registro e incautación, por consiguiente, debería examinarse si se está ante un supuesto de delito flagrante.

Por otro lado, en la casación la Sala Penal reconoce que si bien en el artículo 259 del CPP se regula hasta tres supuestos de flagrancia (flagrancia propiamente dicha, cuasi flagrancia y presunción legal de flagrancia); sin embargo, se afirma que a los efectos de la diligencia de allanamiento y registro sin autorización judicial, solo es posible concebirla en los casos de flagrancia estricta y de cuasi flagrancia, asociada esta última al momento en que se persigue al imputado sin solución de continuidad y se advierte su presencia en el predio donde estaba o de donde salía tras su fuga.

Este aporte de la referida casación lo consideramos acertado, porque en la flagrancia el agente es sorprendido en plena comisión del delito y, por tanto, es legítimo restringir el derecho a la inviolabilidad del domicilio a fin de procurar la detención del agente y la intervención de los bienes u objeto relacionados con el delito; y en el caso de la cuasi flagrancia, porque el agente acaba de cometer el delito y se encuentra huyendo, justificándose, en tal caso, la restricción del derecho a la inviolabilidad del domicilio, para procurar la captura del agente y la incautación de los bienes relacionados con el delito. Así mismo, consideramos acertado descartar la posibilidad de realizar un ingreso y registro de inmuebles sin autorización judicial para los otros supuestos de flagrancia previstos en los incisos 3 y 4 del artículo 259 del CPP, pues en tales supuestos el concepto de flagrancia se flexibiliza y extiende en demasía, además que carecen de la connotación de urgencia o peligro por la demora que impone el precepto general contenido en el artículo 203 inciso 3 del CPP.

Como un segundo aporte de la casación, y siguiendo los lineamientos desarrollados por el Tribunal Supremo Español, para los fines del allanamiento y registro domiciliario se establecen dos exigencias sustantivas y dos exigencias procesales. **En cuanto a las primeras** se exige: **inmediatez temporal** – que la acción delictiva se está desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento de su percepción o intervención– e **inmediatez corporal** –el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito que proclamen su directa intervención en el mismo–. **En el segundo caso**, se necesita de percepción directa y efectiva del hecho por el efectivo policial –visto directamente o percibido de otro modo por material fotográfico o fílmico–, y de (iv) necesidad urgente de la intervención. Es imperativo, entonces, que para la legalidad constitucional de la diligencia de allanamiento y registro se advierta la presencia del delincuente en el mismo teatro de los hechos cometiendo un delito o huyendo inmediatamente tras su comisión –formará parte del teatro de los hechos el domicilio allanado y registrado–, sin que importe que se logre arrestarlo o que consiga fugar.

En base a las exigencias anotadas, se afirma en la casación que, según los hechos declarados probados, la policía observó la presencia del imputado Olano Polo con motivo de un presunto pase de drogas, quien al percatarse de la intervención policial se dio a la fuga. Éste se encontraba en la reja de acceso del inmueble allanado en el piso se encontraron

Ir al índice

cigarrillos usados que contenían cocaína básica –signo inequívoco, en esas circunstancias, de una actividad vinculada a las drogas–, y, acto seguido, huyó subiéndose a los techos de ese inmueble y de otros contiguos. Luego, es patente que se dio una situación de *flagrancia delictiva* estricta, pues el reo estaba en el patio del predio cuestionado, de donde huyó. En tal sentido, se concluye acertadamente que el ingreso al domicilio en este marco inmediato no fue ilícito. Se produjo en un contexto de flagrancia delictiva y las actividades de averiguación inmediatamente realizadas, sin solución de continuidad, dieron cuenta de que ese domicilio era dedicado a la preparación de paquetes de droga para su comercialización.

4. PARTE RESOLUTIVA

Declararon INFUNDADO el recurso de casación por inobservancia de precepto constitucional interpuesto por el abogado del encausado MARCO ANTONIO OLANO POLO contra la sentencia de vista de fojas ciento sesenta y ocho, de veintiocho de marzo de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuarenta y dos, de doce de enero de dos mil dieciocho, lo condenó como autor del delito de tráfico ilícito de drogas con agravantes en agravio del Estado.

En consecuencia, NO CASARON la referida sentencia de vista.

5. CONCLUSIONES:

El presupuesto para considerar ilegal una prueba, es que se haya obtenido con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, por lo que en el caso concreto se plantea como problema a resolver en el recurso de casación, determinar si se ha producido una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, a partir de un ingreso y registro domiciliario practicado por la policía, que trajo como consecuencia el hallazgo e incautación de bienes relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas.

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio puede ser restringido por las agencias del Estado, a través de la figura del allanamiento y registro domiciliario, que bien podría realizarse con una autorización judicial o sin contar con la autorización judicial, en los casos de flagrancia delictiva o de peligro inminente de perpetración de un delito.

Para establecer la legitimidad de un allanamiento y registro domiciliario en los casos de flagrancia delictiva, deben concurrir ciertas condiciones sustantivas y adjetivas, como son: a) La inmediatez temporal, referida a que el delito se esté cometiendo o se acaba de cometer; b) La inmediatez personal, que exige que el sujeto agente se encuentre en el lugar de comisión del hecho o se encuentre huyendo de él; c) La percepción directa por parte de la autoridad policial que realiza la intervención del sujeto agente; y d) La necesidad de la intervención por razones de urgencia. En tal sentido, las pruebas obtenidas como consecuencia de una medida de allanamiento y registro domiciliario realizado sin autorización judicial en supuestos de flagrancia, son lícitas, siempre que se den los presupuestos sustantivos y adjetivos ya señalados.

Ir al índice

19

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO CASACIÓN N.° 666-2018/CALLAO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Delitos de peculado y falsedad genérica

Sumilla. 1. Se ha producido la causal de extinción de la acción penal prevista en el artículo 78, inciso 1, del Código Penal (muerte del imputado). Como se trata de un impedimento procesal, se puede deducir de oficio. No es posible que la causa continúe su tramitación cuando el imputado falleció, pues no tendría ningún efecto procesal. **2.** Las reglas de suspensión de la acción penal están contempladas en el artículo 84 del Código Penal, así como en el artículo 339, numeral 1, del Código Procesal Penal, precepto último que dispone que *"La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal"*. La regla precedente, aun cuando está prevista en el Código Procesal Penal, es una disposición de derecho material, pues regula un aspecto básico de la institución de la prescripción penal –suspensión de los plazos– y con él la posibilidad o no de la aplicación en concreto de una sanción penal, la cuestión de la punibilidad. Siendo así, el factor de aplicación no es la fecha de la actuación procesal, sino la fecha de comisión del delito (concordancia de los artículos 6 del Código Penal y VII, numeral 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal). Solo si a la fecha de perpetración del delito ya estaba vigente el artículo 339, numeral 1, del Código Procesal Penal, es posible aplicarla (juicio de vigencia normativa). **3.** El alcance de la presunción de inocencia se circunscribe a todos los elementos fácticos que integran el comportamiento del imputado –realidad material del acto que se ha enjuiciado, al hecho objetivo en sí–, y a la intervención delictiva del imputado en su comisión. No se extiende a los juicios de valor, ni a los ánimos, ni se proyecta a la culpabilidad entendida en sentido propio. La presunción de inocencia es ajena, por tanto, al terreno de los elementos subjetivos del delito –tampoco a la subsunción jurídica–, los cuales se extraen en todo

Ir al índice

caso de los datos objetivos y mediante juicios de inferencia. Su cauce casacional es el de infracción de precepto material. **4.** Como la asignación de funciones tiene un carácter normativo estricto impuesto por el Derecho objetivo, es menester desde luego tomar en consideración tanto las disposiciones del Reglamento de Organización y Funciones y del Manual de Organización y Funciones, así como específicamente el convenio cuestionado, y, en especial, la legislación de la materia, preceptos que los imputados, dados sus cargos, estaban en la obligación de conocer –ese conocimiento, sin duda alguna, se les atribuye por ser inherente al ejercicio de las gerencias que dirigían–.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de agosto de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública: los recursos de casación por inobservancia del precepto constitucional, infracción de precepto material y quebrantamiento de precepto procesal, interpuestos por las defensas de los encausados **1.** JULIO MODESTO PALZA PALZA, **2.** SALVADOR CASTAÑEDA CÓRDOVA, **3.** JORGE FERNANDO VILLARREAL RUIZ, **4.** CARLOS ANTONIO SOLÍS GAYOSO, **5.** PATRICIA ELIZABETH RODRÍGUEZ FLORES, **6.** ROBERTO JAVIER MIRANDA MAURIZ, **7.** ÁNGEL RAFAEL REVILLA DÁVILA, **8.** ALDO ENRIQUE ESQUIVEL SUYÓN, **9.** GAUDENCIO BRUNO DEBENEDETTI VARGAS MACHUCA, **10.** WILLIAM CÉSAR SANTILLÁN NÚÑEZ, **11.** LUIS ALBERTO ARAMBULO ZAPATA. **12.** ALEJANDRO ANDONAIRE HERNÁNDEZ, **13.** JACKELINE ARANA GONZALES, **14.** LUIS ITOKAZU PORTUGUEZ, **15.** CORPUS FERMÍN CANCHIZ AGUILAR, **16.** JOSÉ FERNANDO ACHICAHUALA MOYA, **17.** HUGO RICARDO LA CRUZ SALVADOR, Y **18.** FREDDY WILLIAM PRADO CHÁVEZ, contra la sentencia de vista de fojas tres mil setecientos ochenta y cuatro, de doce de enero de dos mil dieciocho, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ochocientos seis, de seis de febrero de dos mil diecisiete, (*i*) condenó a Salvador Castañeda Córdova, como autor, y a Carlos Antonio Solís Gayoso, Julio Modesto Palza Palza, Jorge Fernando Villarreal Ruiz y Gaudencio Bruno Debenedetti Vargas Machuca, como cómplices, del delito de peculado doloso en agravio del Estado; (***ii***) condenó a Gaudencio Bruno Debenedetti Vargas Machuca, William César Santillán Núñez, Alejandro Andonaire Hernández, Ángel Rafael Revilla Dávila, Jackeline Arana Gonzales, Luis Itokasu Portuguez, Corpus Fermín Canchiz Aguilar, Hugo Ricardo La Cruz Salvador, Freddy William Prado Chávez, José Fernando Achicahuala Moya, Patricia Elizabeth Rodríguez Flores, Roberto Javier Miranda Muriz y Aldo Enrique Esquivel Suyón como autores del delito de falsedad genérica en agravio del Estado; (***iii***) impuso a Castañeda Córdova, Solís Gayoso, y Villareal Ruiz cinco años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación, a Palza Palza cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años y dos años y seis meses de inhabilitación, y a Debenedetti Vargas Machuca ocho años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación, así como a todos ellos el pago solidario

Ir al índice

de cuatrocientos mil soles por concepto de reparación civil; (iv) impuso a Santillán Núñez, Andonaire Hernández, Revilla Dávila, Arana Gonzales, Itokasu Portuguez, Canchiz Aguilar, La Cruz Salvador, Prado Chávez, Achicahuala Moya, Rodríguez Flores, Miranda Muriz y Esquivel Suyón tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y al pago solidario de catorce mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que las sentencias de mérito declararon probados los siguientes hechos:

1. El día veinte de marzo de dos mil siete se suscribió el convenio Interinstitucional y de servicio especializado entre la Municipalidad del Callao y la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante acuerdo de consejo número cero cero cero sesenta, de treinta y uno de marzo de dos mil siete. El objetivo de dicho convenio era "fortalecer una alianza estratégica de colaboración y respeto mutuo a sus respectivas funciones entre la Municipalidad y la Policía Nacional del Perú, a fin de garantizar una eficaz labor en el control y fiscalización del tránsito y transporte del Callao, así como la ubicación, captura e internamiento de vehículos con orden de captura".

2. La cláusula octava, referida a la compensación económica, establecía la constitución de tres fondos:

∞ Primer fondo. Constituido por el veinte por ciento de las multas pagadas de la aplicación de las papeletas por infracción de tránsito impuestas durante el servicio ordinario por el personal policial de las dependencias de policía y control de tránsito del Callao y secciones de transito de las comisarias del lugar donde se aplica la infracción. Este fondo se transferiría al Ministerio del Interior.

∞ Segundo fondo. Constituido por el veinte por ciento del monto total de lo recaudado por la aplicación de papeletas impuestas por parte del personal policial que presta el servicio individualizado estando de franco o vacaciones durante los operativos especiales de control de tránsito. El fondo era intangible, constituye recursos propios de la Municipalidad del Callao y era destinado para cubrir los gastos que demanden los operativos especiales. Se distribuía de la siguiente manera: ***a)*** cincuenta y cinco soles por turno de seis horas para cada efectivo policial, abonado a la cuenta de cada efectivo policial; y, ***b)*** el saldo restante era destinado para financiar los gastos que demande el apoyo logístico a brindar a la Región Policial Callao, de conformidad al requerimiento que esta efectué.

∞ Sobre el segundo fondo, fijado en el literal b antes citado, se abonó la suma de trescientos cuarenta y cinco mil soles a favor del encausado Debenedetti Vargas Machuca en catorce armadas, que iban entre los diez a treinta mil soles mensuales.

Ir al índice

Sobre estos montos, mediante libro de caja para administrar el fondo del convenio suscrito por la Municipalidad y la Policía Nacional del Perú, obran copias certificadas que pretenden justificar los gastos de los montos entregados en acciones de inteligencia, pago a confidentes, y diversas donaciones mediante declaraciones juradas de diversas personas, quienes están procesadas.

∞ Tercer fondo. Constituido por el cuarenta por ciento del pago de las multas por infracciones al Reglamento Nacional de Administración del Transporte, Reglamento del servicio de taxi Callao, Reglamento del Servicio de Transporte Publico Especial de Pasajeros con vehículos motorizados y no motorizados, y demás multas administrativas impuestas por personal policial que presta servicio individualizado en los operativos especiales de transportes en apoyo de la Gerencia General de Transporte Urbano de la Municipalidad del Callao. De dicho fondo se asignaba diez soles a cada policía por hora efectiva de trabajo. Esta suma se abonaba mensualmente en la cuenta individual abierta por los efectivos policiales, a cuyo efecto se remitía a la entidad bancaria la planilla de pagos correspondiente.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite del proceso, se tiene lo siguiente:

1. La acusación de fojas una, de veintisiete de diciembre de dos mil doce, imputo, a (***i***) Salvador Castañeda Córdova, como autor, y a Carlos Antonio Solís Gayoso, Julio Modesto Palza Palza, Jorge Fernando Villarreal Ruiz y Gaudencio Bruno Debenedetti Vargas Machuca, como cómplices, del delito de peculado doloso en agravio del Estado; (***ii***) a Gaudencio Bruno Debenedetti Vargas Machuca, William César Santillán Núñez, Alejandro Andonaire Hernández, Ángel Rafael Revilla Dávila, Jackeline Arana Gonzales, Luis Itokasu Portuguez, Corpus Fermín Canchiz Aguilar, Hugo Ricardo La Cruz Salvador, Fredy William Prado Chávez, José Fernando Achicahuala Moya, Patricia Elizabeth Rodríguez Flores, Roberto Javier Miranda Muriz y Aldo Enrique Esquivel Suyón como autores del delito de falsedad genérica en agravio del Estado.

2. La sentencia de primera instancia de fojas dos mil ochocientos seis, de seis de febrero de dos mil diecisiete, declaró probado la comisión de los delitos de peculado doloso y el delito de falsificación de documentos.

3. En mérito a los recursos de apelación de fojas dos mil novecientos noventa y dos, de trece de febrero de dos mil diecisiete, fojas tres mil diecinueve, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil veintisiete, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil noventa, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil ciento veintiuno, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil ciento treinta y seis, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil ciento cincuenta y cuatro, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil ciento setenta y uno, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil ciento ochenta y siete, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil doscientos seis, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil doscientos veinticinco, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil doscientos cuarenta y cuatro, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil doscientos sesenta y cuatro, de veintitrés de febrero de dos mil

Ir al índice

diecisiete, tres mil doscientos noventa y seis, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil trescientos veintidós, de trece de febrero de dos mil diecisiete, tres mil trescientos cuarenta y dos, de trece de febrero de dos mil diecisiete y tres mil trescientos sesenta y dos, de trece de febrero de dos mil diecisiete, interpuestos por los abogados de los encausados, el representante del Ministerio Publico y la Procuraduría.

4. Culminado el trámite impugnativo, la Sala de Apelaciones Permanente emitió la sentencia de vista de fojas tres mil setecientos ochenta y cuatro, de doce de enero de dos mil dieciocho, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ochocientos seis, de seis de febrero de dos mil diecisiete, (***i***) condenó a Salvador Castañeda Córdova, como autor, y a Carlos Antonio Solís Gayoso, Julio Modesto Palza Palza, Jorge Fernando Villarreal Ruiz y Gaudencio Bruno Debenedetti Vargas Machuca, como cómplices, del delito de peculado doloso en agravio del Estado; (***ii***) condenó a Gaudencio Bruno Debenedetti Vargas Machuca, William César Santillán Núñez, Alejandro Andonaire Hernández, Ángel Rafael Revilla Dávila, Jackeline Arana Gonzales, Luis Itokasu Portuguez, Corpus Fermín Canchiz Aguilar, Hugo Ricardo La Cruz Salvador, Fredy William Prado Chávez, José Fernando Achicahuala Moya, Patricia Elizabeth Rodríguez Flores, Roberto Javier Miranda Muriz y Aldo Enrique Esquivel Suyón como autores de la comisión del delito de falsedad genérica en agravio del Estado; (***iii***) impuso a Castañeda Córdova, Solís Gayoso y Villareal Ruiz cinco años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación, a Debenedetti Vargas Machuca ocho años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación, así como a todos ellos el pago solidario de cuatrocientos mil soles por concepto de reparación civil; (***iv***) impuso a Santillán Núñez, Andonaire Hernández, Revilla Dávila, Arana Gonzales, Itokasu Portuguez, Canchiz Aguilar, La Cruz Salvador, Prado Chávez, Achicahuala Moya, Rodríguez Flores, Miranda Muriz y Esquivel Suyón tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y al pago solidario de catorce mil soles por concepto de reparación civil; e, (***v***) impuso a Palza Palza cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y dos años y seis meses de inhabilitación; con lo demás que al respecto contiene

5. Contra esta sentencia de vista las defensas de los encausados promovieron recursos de casación.

TERCERO. Que todos los recurrentes mencionaron el acceso excepcional al recurso de casación y citaron, al efecto, el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal.

∞ Al respecto, se tiene lo siguiente:

1. La defensa del encausado Palza Palza en su recurso de casación de fojas tres mil ochocientos noventa y dos, de veintidós de enero de dos mil dieciocho, invocó como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 4 y 5, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de

Ir al índice

casación pidió se determine si los funcionarios de la Municipalidad como cómplices deben responder por todo.

2. La defensa del encausado Castañeda Córdova en su recurso de casación de fojas tres mil novecientos veintitrés, de veintidós de enero de dos mil dieciocho, invocó como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se precise el alcance de la imputación subjetiva (dolo) en el cumplimiento de un mandato superior y de un convenio institucional aprobado por la Municipalidad, y si tal ausencia importa una vulneración de la garantía de presunción de inocencia.

3. La defensa de los encausados Rodríguez Flores, Miranda Muriz y Revilla Dávila en su recurso de casación de fojas tres mil novecientos noventa y tres, de veinticinco de enero de dos mil dieciocho, invocaron como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pideron se fije los parámetros para la valoración de la prueba por indicios, determine cómo debe motivarse cuando el órgano jurisdiccional decide apartarse de un Acuerdo Plenario, y se estipule la correcta delimitación entre obligatoriedad del conocimiento de las normas y la garantía de presunción de inocencia.

4. La defensa del encausado Villarreal Ruiz en su recurso de casación de fojas tres mil novecientos noventa y tres, de veinticinco de enero de dos mil dieciocho, invocó como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se analice la conducta del cómplice desde el incremento del riesgo para establecer la tipicidad de su comportamiento, así como la imputación subjetiva (dolo), y si es suficiente la acreditación de la infracción del rol o deber legal por parte del funcionario para considerarlo culpable del delito.

5. La defensa del encausado Solís Gayoso en su recurso de casación de fojas cuatro mil cuarenta y dos, de veinticinco de enero de dos mil dieciocho, invocó como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se determine si la sola infracción de deberes de control de un funcionario público es suficiente para imputarse complicidad en el delito, cuál debe ser la disposición aplicable más favorable en el tiempo y si la circunstancia agravante de pluralidad de agentes es solo aplicable a los casos de ejecución plural simultánea.

6. La defensa del encausado Esquivel Suyón de fojas cuatro mil sesenta, de veinticinco de enero de dos mil dieciocho, invocó como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material y vulneración de la garantía

Ir al índice

de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se fije los criterios para la aplicación de la prueba por indicios, se determine los criterios para que el juez se aparte de un Acuerdo Plenario, y se precisen las pautas para el plazo de prescripción en el delito de falsedad genérica.

7. La defensa del encausado Debenedetti Vargas Machuca en su recurso de casación de fojas cuatro mil noventa, de veintiséis de enero de dos mil dieciocho, invocó como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1 y 5, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se determine la obligatoriedad de una pericia contable para determinar la realidad del delito de peculado, si un perito no inscrito en el REPEJ ni estar habilitado profesionalmente puede realizar pericias, si es procedente la suspensión de la prescripción en los casos de la Ley número 29574 para un delito cometido antes de su entrada en vigor, y si cabe estimar que existe incongruencia si existe diferencias entre el agravio del recurrente y la sentencia de vista.

8. La defensa de los encausados Santillán Núñez, Andonaire Hernández, Arana Gonzales, Itokazu Portuguez, Prado Chávez, Achicahuala Moya, La Cruz Salvador y Canchiz Aguilar en su recurso de casación de cuatro mil ciento cuarenta y ocho, de veintiséis de enero de dos mil dieciocho, invocaron como causales de casación: inobservancia de precepto constitucional, infracción de precepto material, vulneración de la garantía de motivación y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal). Desde el acceso excepcional al recurso de casación pidió se fijen los parámetros para examinar la prueba por indicios, se indiquen los parámetros para la aplicación de la ley procesal en el tiempo al entrar en vigor el Código Procesal Penal en el Callao, se estipulen los criterios para el apartamiento de los Acuerdos Plenarios y se establezcan los parámetros para delimitar la obligatoriedad del conocimiento de la norma y la garantía de presunción de inocencia.

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos treinta y siete, de veinticuatro de setiembre de dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

A. La causal por inobservancia del precepto constitucional, infracción de precepto material y quebrantamiento de precepto procesal: artículo 429, numerales 1, 2 y 3, del Código Procesal Penal.

B. Los motivos aceptados de casación son: (***i***) la interpretación y aplicación de las reglas de imputación objetiva y subjetiva en función al tipo penal de peculado doloso, así como los criterios jurídicos para determinar el título de intervención delictiva tanto de la autoría cuanto de la complicidad –en este último punto, corresponderá fijar qué conductas son de exigir para el juicio de tipicidad objetiva y subjetiva, y su relación con la conducta de los autores–; (***ii***) el correcto alcance de las reglas de prescripción del delito de falsedad genérica en relación con las disposiciones legales que determinaron la entrada en vigor

Ir al índice

del Código Procesal Penal en el Distrito Judicial del Callao; (***iii***) la relación entre hechos subjetivos y la garantía de presunción de inocencia; (***iv***) la necesidad de determinar, en el delito de peculado, la existencia de la apropiación y de su cuantía a partir de una prueba pericial, que ha de ser elaborada por profesionales idóneos; y, (***v***) el alcance del principio de congruencia procesal en sede de apelación.

QUINTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –con la presentación de alegatos ampliatorios por los encausados–, se expidió el decreto de fojas quinientos treinta y siete, de veintisiete de junio de dos mil diecinueve, que señaló fecha para la audiencia de casación el día siete de agosto último.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de los señores defensores Immer Durand Rojas, Santiago Unzueta San Miguel, Segundo Soraluz Díaz, David Altaraz Marín, Jorge Linares Muñoz, Luis Alberto Otárola Peñaranda y Giovana Pérez Arenas.

∞ No concurrió el defensor del impugnante Esquivel Suyón encausado por delito de falsedad genérica. El recurso del encausado Arambulo Zapata condenado por delito de falsedad genérica, no fue admitido.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuado ese día y continuado el debate días posteriores, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. Que si bien mediante la Ejecutoria Suprema de fojas cuatrocientos treinta y siete, de veinticuatro de setiembre de dos mil dieciocho, se aceptó, entre otros, el recurso de casación interpuesto por el encausado Debenedetti Vargas Machuca, es del caso tener presente que dicho procesado falleció, como consta de la Ficha RENIEC correspondiente, que corre anexa en el cuadernillo de casación.

∞ Siendo así, se ha producido la causal de extinción de la acción penal prevista en el artículo 78, inciso 1, del Código Penal (muerte del imputado). Como se trata de un impedimento procesal, se puede deducir de oficio. No es posible que la causa continúe su tramitación cuando el imputado falleció, pues no tendría ningún efecto procesal.

∞ Por tanto, así debe declararse y archivar la causa en este extremo.

PRIMERO. Que, con exclusión del ex encausado Debenedetti Vargas Machuca –ya fallecido–, trece encausados han sido condenados por delito de falsedad genérica en agravio del Estado. Se trata de: **1.** Santillán Núñez, **2.** Andonaire Hernández, **3.** Revilla Dávila, **4.** Arana Gonzales, **5.** Itokazu Portuguez. **6.** Arambulo Zapata, **7.** Prado Chávez, **8.** La Cruz Salvador, **9.** Canchiz

Ir al índice

Aguilar, **10.** Achicahuala Moya. **11.** Rodríguez Flores, **12.** Miranda Mauriz, y **13.** Esquivel Suyón. Este delito, según el artículo 438 del Código Penal, está sancionado con un máximo de cuatro años de pena privativa de libertad.

SEGUNDO. Que, conforme a la sentencia de vista recurrida, los documentos cuestionados (*corpus delicti* de la falsedad material) corresponden, en su conjunto, a los meses de febrero a diciembre de dos mil ocho. Las reglas de prescripción están previstas en el Código Penal, y según la concordancia de los artículos 80 y 83 del citado Código, la acción penal se extingue extraordinariamente por prescripción si al tiempo ordinario transcurrido se le agrega una mitad. Es decir, seis años el presente caso.

∞ Es de aclarar que conforme a la Disposición número cuatro, de once de mayo de dos mil doce, de formalización y continuación de la investigación preparatoria, las diligencias preliminares se iniciaron el veinticinco de julio de dos mil once y continuaron el dos de noviembre de ese año, por lo que a partir de primera fecha se interrumpió el plazo de prescripción, lo que exigía entender que irremediablemente la prescripción operó a los seis años de la comisión del delito –en dos mil catorce–.

∞ Ahora bien, las reglas de suspensión de la acción penal están contempladas en el artículo 84 del Código Penal, así como en el artículo 339, numeral 1, del Código Procesal Penal, precepto último que dispone que *"La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal"*. La regla precedente, aun cuando está prevista en el Código Procesal Penal, es una disposición de derecho material, pues regula un aspecto básico de la institución de la prescripción penal –suspensión de los plazos– y con él la posibilidad o no de la aplicación en concreto de una sanción penal, la cuestión de la punibilidad. Siendo así, el factor de aplicación no es la fecha de la actuación procesal, sino la fecha de comisión del delito (concordancia de los artículos 6 del Código Penal y VII, numeral 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal). Solo si a la fecha de perpetración del delito ya estaba vigente el artículo 339, numeral 1, del Código Procesal Penal, es posible aplicarla (juicio de vigencia normativa).

TERCERO. Que, en el presente caso, la regla del artículo 339, numeral 1, del Código Procesal Penal entró en vigencia a nivel nacional mediante la Ley número 29574, de diecisiete de septiembre de dos mil diez, cuya primera disposición complementaria y final, estatuyó que el Código Procesal Penal entraría en vigencia a los ciento veinte días de publicada la ley; esto es, el diecisiete de enero de dos mil once, para los delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos conexos (artículos 1 y 2). Y, como el artículo 339, numeral 1, del referido Código es un precepto material que incorporó una causal adicional a la suspensión de la acción penal, bajo ningún concepto puede aplicarse retroactivamente. En el año dos mil ocho no estaba en vigencia el aludido artículo 339, numeral 1, del Código Procesal Penal.

∞ En tal virtud, se aplicó una disposición legal no vigente y, en su consecuencia, se estimó incorrectamente que la acción penal no se había extinguido (infracción de un precepto penal material: artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal). Debe ampararse este motivo casacional y declararse la extinción de la acción penal por prescripción. Dada su

Ir al índice

favorabilidad y estando todos los condenados en la misma situación jurídica, es de rigor extenderla a todos ellos –incluso al encausado inasistente Esquivel Suyón, así como, al encausado Arambulo Zapata cuyo recurso fue inadmitido–, por mandato del artículo 408, numeral 1, del Código Procesal Penal.

CUARTO. Que, en cuanto al delito de peculado doloso por apropiación, las sentencias de mérito declararon probado que, como consecuencia de la ejecución del convenio Interinstitucional y de servicio especializado entre la Municipalidad del Callao y la Policía Nacional del Perú, el recurrente Castañeda Córdova, Gerente General de Administración de la Municipalidad Provincial del Callao durante el año dos mil ocho, dispuso se efectúen pagos periódicos de manera personal al ex encausado Debenedetti Vargas Machuca por un monto total de trescientos cuarenta y cinco mil soles (catorce comprobantes de pago y cheques a cargo del Scotiabank) –el ex encausado Debenedetti Vargas Machuca solicitó mediante sendos oficios la transferencia de tales fondos–. Las aludidas transferencias se concretaron a través de la intervención de los encausados Villarreal Ruiz, Gerente General de Transporte Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao, Solís Gayoso, Gerente de Tesorería de la Municipalidad Provincial del Callao, y Palza Palza, Gerente de Contabilidad de la Municipalidad Provincial del Callao. El convenio, sin embargo, solo autorizaba el apoyo logístico (aporte de bienes y servicios), de suerte que no imponía la obligación de la Municipalidad de entregar dinero en efectivo a quien dirigía la Sub Región Callao.

∞ El encausado Castañeda Córdova dispuso de los caudales públicos bajo su administración –se le imputó intervención delictiva a título de autor–. El imputado Villarreal Ruiz, como conducta de cooperación, expidió dos memorandos, por los que solicitaba a Castañeda Córdova las acciones para que se concrete el abono de diversos montos. El acusado Solís Gayoso visó indebidamente trece comprobantes de pago y trece cheques para el ex encausado Debenedetti Vargas Machuca. El procesado Palza Palza visó catorce comprobantes de pago, con los que se efectuó la transferencia de fondos a favor de Debenedetti Vargas Machuca –a los tres últimos imputados se les atribuyó intervención delictiva a título de cómplices–.

∞ La legislación presupuestaria nacional y, en su mérito, los informes de los órganos técnicos de la Policía Nacional, así como el Acuerdo de Concejo 108-2008, de veintiocho de abril de dos mil ocho, establecían que el dinero en cuestión debía ingresar, de la Municipalidad al Ministerio del Interior, para su incorporación como Recursos Directamente Recaudados asignados a la función policial.

QUINTO. Que el artículo 432, apartado 2, del Código Procesal Penal dispone, primero, que la competencia de esta Sala se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida; y, segundo, que el Tribunal Supremo está sujeto de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos. Luego, no se trata, mediante el recurso de casación, de realizar una nueva reconstrucción de los hechos y, por tanto, de examinar autónomamente la prueba actuada para variarlos.

∞ El control indirecto de los hechos solo puede realizarse, desde una perspectiva externa, vía la denuncia de la inobservancia de la presunción de inocencia y de la presencia de

Ir al índice

defectos constitucionales de motivación, pero siempre referidos a las reglas, jurídicas y no jurídicas –pero recogidas legalmente (leyes lógicas, conocimientos científicos o máximas de experiencia: artículos 158, apartado 1, y 393, apartado 2, del Código Procesal Penal)–, sobre la prueba y la formación interna de la motivación.

SEXTO. Que uno de los puntos aceptados para el examen casacional es el referido a la relación entre los hechos subjetivos y la garantía de presunción de inocencia. Se cuestiona, por varios imputados, que el dolo no se probó en la forma legalmente correcta. Empero, el alcance de la presunción de inocencia se circunscribe a todos los elementos fácticos que integran el comportamiento del imputado –realidad material del acto que se ha enjuiciado, al hecho objetivo en sí–, y a la intervención delictiva del imputado en su comisión. No se extiende a los juicios de valor, ni a los ánimos, ni se proyecta a la culpabilidad entendida en sentido propio. La presunción de inocencia es ajena, por tanto, al terreno de los elementos subjetivos del delito –tampoco a la subsunción jurídica–, los cuales se extraen en todo caso de los datos objetivos y mediante juicios de inferencia (conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español –en adelante, STSE– 615/2005, de doce de mayo). Su cauce casacional es el de infracción de precepto material.

SÉPTIMO. Que, siempre dentro de la denuncia de inobservancia de la garantía de presunción de inocencia, se mencionó la ausencia de una prueba pericial para determinar la cuantía en el delito de peculado doloso por apropiación. Es acotar, sobre el punto, que, según consta de la sentencia de primera instancia y de los Informes Especiales correspondientes, que en autos se anexaron y valoraron tales Informes, tanto de la Oficina de Control Institucional de la Municipalidad del Callao como de la Oficina de Control Institucional de la Policía Nacional del Perú; luego, no se puede afirmar que se careció de actividad pericial para la determinación del perjuicio público.

∞ Sin embargo, más allá de esta afirmación, es de enfatizar que la prueba pericial solo será necesaria cuando se requiera una interpretación de los hechos que demanden el concurso de un especialista o cuando los hechos solo puedan ser descubiertos y explicados interna y/o contextualmente a través de la intermediación de un perito (conforme: artículo 172, numeral 1, del Código Procesal Penal).

∞ Por consiguiente, en términos abstractos, cuando la determinación de la cantidad apropiada o desviada es patente, a partir de documentos previamente asegurados u ocupados, que dan un monto preciso, así enunciado y que ha sido materia de acusación y juicio, el concurso o nombramiento de peritos no es de recibo –no se erige en una *conditio sine que non* para verificar judicialmente el hecho afirmado–. La ausencia de pericia, en estos casos, no genera indefensión material alguna, desde que se identificó el monto de lo apropiado y la fuente-medio de prueba que sustentó y verificó esta afirmación.

∞ La garantía de presunción de inocencia no se ha conculcado. Este motivo debe desestimarse.

OCTAVO. Que el encausado Palza Palza denunció en casación la falta de congruencia entre lo pedido en sede de apelación y lo resuelto en la sentencia de vista –propiamente, es un

Ir al índice

problema de exhaustividad, de falta de decisión sobre una petición relativa a la estimación del recurso, no de congruencia–. Afirmó que no se hizo mención al agravio referido a la aplicación de la Directiva 6-121-DIRGEN/EMG-207-B, de trece de junio de dos mil siete, que fue mencionada en el Informe Especial de la Oficina de Control Institucional, que permite a las Unidades Policiales que no son Unidades Ejecutoras que capten fondos, los cuales deben depositarlos en el Banco de la Nación (fojas tres mil ochocientos noventa y cuatro).

∞ Esta causa de pedir impugnativa no es de recibo. En efecto, lo indebido del procedimiento seguido entre los funcionarios municipales y el ex encausado Debenedetti Vargas Machuca, como Jefe de la Sub Región Policial Callao, se afirmó desde las exigencias de preceptos con rango de ley e informes específicos de la propia Policía Nacional, incluso a partir de un Acuerdo del Concejo Municipal. El convenio no permitía el flujo de dinero directo al Jefe de la Sub Región Callao –solo apoyo logístico– sino al Ministerio del Interior. Así lo señaló la sentencia de vista, consecuentemente, es patente que el argumento del indicado encausado de suyo fue desestimado porque la conclusión judicial hacía inviable esta petición impugnativa defensiva.

NOVENO. Que, finalmente, queda definir los alcances de la imputación por delito de peculado doloso por apropiación contra Castañeda Córdova (Gerente General de Administración de la Municipalidad Provincial del Callao), en su calidad de autor; y, contra Villarreal Ruiz (Gerente General de Transporte Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao), Solís Gayoso (Gerente de Tesorería de la Municipalidad Provincial del Callao), y Palza Palza (Gerente de Contabilidad de la Municipalidad Provincial del Callao) –ha sido excluido del proceso, por fallecimiento, el encausado Debenedetti Vargas Machuca–. En esta perspectiva, propia del recurso de casación por infracción de precepto material, y dados los hechos declarados probados por los órganos jurisdiccionales de instancia, corresponde analizar, desde las exigencias de imputación objetiva y subjetiva del delito de peculado doloso por apropiación, si el juicio de subsunción era correcto o incorrecto desde la perspectiva jurídico penal.

DÉCIMO. Que, reiterando lo que ya se indicó en la Ejecutoria Suprema 2124-2018/Lima, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, el delito de peculado doloso requiere que el agente no solo sea funcionario público sino que tenga disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional a título de percepción, administración o custodia –incluso varios funcionarios pueden tener la disponibilidad jurídica de los bienes, lo que involucra una compleja actividad en donde se combinan no sólo la disponibilidad material sino la jurídica–. Se tutela el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público –el perjuicio patrimonial es inherente al tipo penal–.

∞ De igual manera, el delito de peculado es un delito de infracción de deber, que se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada, por lo que el dato relevante no es si el obligado coadyuvó para la producción del resultado típico, sino el quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva. Debe demostrarse que el funcionario público competente cumplió o no

Ir al índice

con su deber positivo y que materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo.

∞ Se está, en todo caso, ante un delito cometido en el seno de una Municipalidad Provincial, que como toda actividad compleja organizada o estructura jerárquicamente organizada se nutre de reglas de jerarquía y de la división del trabajo, de suerte que el punto de partida es la noción de competencia. Es importante destacar que los imputados son gerentes, integran la escala mayor burocrática de la Municipalidad, por lo que cada uno de ellos tenía asignadas funciones específicas; y, es en este nivel, que rige el principio de confianza, en cuya virtud el garante primario podría confiar en el correcto desempeño de la actividad del garante especializado.

UNDÉCIMO. Que, como la asignación de funciones tiene un carácter normativo estricto impuesto por el Derecho objetivo, es menester desde luego tomar en consideración tanto las disposiciones del Reglamento de Organización y Funciones y del Manual de Organización y Funciones, así como específicamente el convenio cuestionado, y, en especial, la legislación de la materia, preceptos que los imputados, dados sus cargos, estaban en la obligación de conocer –ese conocimiento, sin duda alguna, se les atribuye por ser inherente al ejercicio de las gerencias que dirigían–.

∞ Este análisis fue realizado por la Oficina de Control Institucional de la Municipalidad Provincial del Callao, que emitió el Informe Especial Reformulado 001-2011-MPC-GGAI, de uno de diciembre de dos mil once [fojas seiscientos diecisiete y siguientes], debidamente debatido y examinado en la sentencia de primera instancia. Esta pericia institucional concluyó que se entregó al ex imputado Debenedetti Vargas Machuca directamente fondos por trescientos cuarenta mil soles, sin que dichos fondos ingresen a través de su trámite regular y directamente a la Policía Nacional del Perú como institución o Unidad Ejecutora correspondiente –y sin que ésta conozca de lo recibido por aquél–. A estos efectos los gerentes involucrados no observaron el marco normativo sobre contabilidad, tesorería y sistemas presupuestales. Las citas de las normas presupuestales y administrativas (ROF y MOF) revelan con claridad que, de consuno, se entregó montos dinerarios municipales a quien no debía hacerse y siguiendo un conducto ilícito.

∞ En esa misma línea los órganos, de control institucional y disciplinario, de la Policía Nacional concluyeron que no debió entregarse dinero en efectivo al ex encausado Debenedetti. Así se tiene, también ofrecidos, debatidos y examinados en el juicio oral y en la sentencia de primera instancia, primero, el Informe número 011-2010-CGR-OCI-PNP-E4, de diez de abril de dos mil once [fojas seiscientos ochenta y tres], que señaló que los fondos debieron ser tramitados por intermedio de la Unidad Ejecutora 009 – VII-DIRTEPOL- LIMA; que no se rindió cuenta en forma oportuna y efectiva; y, segundo, el Informe Disciplinario 001-2011-IGPNP-DIRINDEC-EE.01, de diez de enero de dos mil once [fojas ochocientos dos], que los fondos en cuestión fueron administrados unilateralmente por el ex encausado Debenedetti Vargas Machuca, y con infracción de la legislación presupuestal, de Contraloría y de Tesorería, sin rendir cuenta de ellos.

Ir al índice

DUODÉCIMO. Que es patente, entonces, que la conducta desarrollada por los gerentes imputados importó una objetiva infracción a sus deberes funcionales y permitió que fondos municipales, materialmente, se aparten de la Municipalidad y no cumplan el fin convencional asignado. Su conducta no solo infringió deberes funcionales sino materialmente afectó el control patrimonial de la Municipalidad –su conducta riesgosa se concretó en una lesión–. Hacer precisamente lo que no debían realizar desde las exigencias legales y reglamentarias y, con ello, apartar del erario municipal dinero público tipifica el delito de peculado doloso. El conocimiento de la ilegalidad de su proceder es palmario, pues debían conocer las reglas que guían su función. Cada uno en el ámbito de su competencia infringió sus deberes funcionales y materializaron la afectación patrimonial a la Municipalidad. Su actuación en un marco de una actividad compleja organizada, en el que lo ejecutado por uno se complementa, autónomamente, por lo realizado por el otro, permite inferir razonablemente que se actuó, en el primer sujeto, como autor, y en los restantes como cómplices –el control más cercano de los fondos públicos, según el caso concreto, correspondía al Gerente General de Administración, mientras que los demás gerentes, por su cargo y rol funcional específico, efectuaron un aporte escaso, difícil de obtener por otros medios y personas y solo asequibles a ellos–. No consta ningún supuesto de exclusión de la imputación objetiva ni de la imputación subjetiva.

DECIMOTERCERO. Que, en consecuencia, debe desestimarse los recursos de casación interpuestos por los Gerentes impugnantes de la Municipalidad Provincial del Callao. La causa de pedir aceptada se circunscribió a la infracción de precepto material desde las exigencias típicas del delito de peculado doloso por apropiación, así como a la inobservancia de la garantía de presunción de inocencia –ámbito subjetivo y necesidad de prueba pericial– y al quebrantamiento de precepto procesal –congruencia y exhaustividad–.

∞ Salvo el caso de los condenados por delito de falsedad genérica, en los que cabe declarar extinguida por prescripción la acción penal, y al condenado Debenedetti Vargas Machuca quien falleció durante el trámite impugnativo, los demás deben ser condenados al pago de las costas por haber perdido el recurso de casación (artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal), en montos equitativos y proporcionales.

∞ Por último, si bien es de declarar la inadmisión del recurso de casación ante la inasistencia del letrado del encausado inasistente Esquivel Suyón, conforme al artículo 431, numeral 2, del Código Procesal Penal, en virtud del efecto extensivo favorable del recurso, debe extenderse a este imputado y al encausado Arambulo Zapata la declaración de prescripción.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el encausado Aldo Enrique Esquivel Suyón; en consecuencia, archivaron la causa en este punto. **II.** Declararon **FUNDADO** los recursos de casación interpuestos por los encausados PATRICIA ELIZABETH RODRÍGUEZ FLORES, ROBERTO JAVIER MIRANDA MAURIZ, ÁNGEL RAFAEL REVILLA DÁVILA, ALDO ENRIQUE ESQUIVEL SUYÓN, WILLIAM CÉSAR SANTILLÁN NÚÑEZ,

Ir al índice

LUIS ALBERTO ARAMBULO ZAPATA. ALEJANDRO ANDONAIRE HERNÁNDEZ, JACKELINE ARANA GONZALES, LUIS ITOKAZU PORTUGUEZ, CORPUS FERMÍN CANCHIZ AGUILAR, JOSÉ FERNANDO ACHICAHUALA MOYA, HUGO RICARDO LA CRUZ SALVADOR, Y FREDY WILLIAM PRADO CHÁVEZ contra la sentencia de vista de fojas tres mil setecientos ochenta y cuatro, de doce de enero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancias de fojas dos mil ochocientos seis, de seis de febrero de dos mil diecisiete, los condenó como autores del delito de falsedad genérica en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y al pago solidario de catorce mil soles por concepto de reparación civil; y, pronunciándose como instancia: **CASARON** la sentencia de vista y **ANULARON** la sentencia de primera instancia, así como declararon **EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN** la acción penal incoada contra ellos por delito de falsedad genérica en agravio del Estado. En consecuencia, **ORDENARON** se archive definitivamente lo actuado, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales y se levanten todas las medidas de coerción dictadas contra ellos. **III.** Declararon **INFUNDADO** los recursos de casación interpuestos por los encausados SALVADOR CASTAÑEDA CÓRDOVA, CARLOS ANTONIO SOLÍS GAYOSO, JULIO MODESTO PALZA PALZA Y JORGE FERNANDO VILLARREAL RUIZ. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas tres mil setecientos ochenta y cuatro, de doce de enero de dos mil dieciocho, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas dos mil ochocientos seis, de seis de febrero de dos mil diecisiete, en cuanto condenó a Salvador Castañeda Córdova, como autor, y a Carlos Antonio Solís Gayoso, Julio Modesto Palza Palza y Jorge Fernando Villarreal Ruiz, como cómplices, del delito de peculado doloso en agravio del Estado, impuso a Castañeda Córdova, Solís Gayoso y Villareal Ruiz cinco años de pena privativa de libertad y tres años de inhabilitación, e impuso a Palza Palza cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y dos años y seis meses de inhabilitación, así como a todos ellos el pago solidario de cuatrocientos mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. **IV.** Declararon **EXTINGUIDA POR FALLECIMIENTO** la acción penal incoada contra GAUDENCIO BRUNO DEBENEDETTI VARGAS MACHUCA por delitos de peculado doloso por apropiación y falsedad genérica en agravio del Estado. En consecuencia, **MANDARON** se archive definitivamente lo actuado en este extremo y se levanten las medidas coercitivas personales y requisitorias dictadas en su contra. **V. CONDENARON** al pago de las costas del recurso de casación a los encausados Salvador Castañeda Córdova, Carlos Antonio Solís Gayoso, Julio Modesto Palza Palza y Jorge Fernando Villarreal Ruiz, en forma solidaria y equitativamente, que será ejecutada por el Juez de la Investigación Preparatoria competente. **VI. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.
SAN MARTÍN CASTRO
FIGUEROA NAVARRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

NATURALEZA DE LAS RAZONES QUE SUSTENTAN LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, INCIDENCIA EN SU APLICACIÓN TEMPORAL CASACIÓN N° 666-2018-CALLAO

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
MARDELÍ ELÍZABETH CARRASCO ROSAS[1]

1. Sumilla

La prescripción de la acción penal como institución jurídica y especialmente en cuanto a las reglas de suspensión e interrupción, ha sido un tema bastante tratado por la jurisprudencia de nuestro país, tanto por el máximo intérprete de la Constitución, como por la Suprema Corte; sin embargo, de la lectura de dicha jurisprudencia advertimos que cuando hacen referencia a las razones que la sustentan, afirman de manera indistinta que son de naturaleza material, procesal, mixta o de política criminal; ello evidentemente causa confusión en los Jueces y demás operadores jurídicos, y tal confusión conlleva a que situaciones similares se resuelvan de manera totalmente contraria, generando inseguridad jurídica, pues de la naturaleza del sustento de la prescripción de la acción penal dependerá su aplicación temporal. En esta casación, vemos que la Suprema Corte, entre otros puntos, afirma que las reglas de la suspensión de la prescripción de la acción penal, entre ellas la prevista en el Art. 339.1 del CPP, es de carácter material, por lo tanto, se debe entender que al momento de interpretar los preceptos que regulan la prescripción, el factor de aplicación no es la fecha de la actuación procesal, sino la fecha de comisión del delito.

2. Introducción

La acción es un derecho del Estado a la actividad de uno de sus órganos, el judicial, por lo que podemos afirmar que se trata de un derecho estrictamente procesal. La acción penal es considerada como la potestad jurídica de instar la actividad jurisdiccional, su ejercicio se encuentra regulado por la ley y la Constitución, las cuales solo legitiman ejercerla a su titular, sea el Ministerio Público o el directamente afectado (en casos específicos). Instada la acción penal, que por lo general es de carácter imperativo, se legitima la intervención del Poder Judicial para sancionar punitivamente a quien se le ha probado su participación delictiva en el hecho penal incoado; sin embargo, el mismo Estado a través de la Ley se ha impuesto determinadas limitaciones para perseguir aquellos hechos con apariencia delictuosa. Una de esas limitaciones es la prescripción de la acción penal

La prescripción de la acción penal, es una institución jurídica íntimamente ligada al paso del tiempo, y como tal, transcurridos los plazos establecidos legalmente, el Estado ya no está obligado a investigar y finalmente emitir un pronunciamiento de fondo respecto a un hecho

1 Juez Superior de la 2° Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Ir al índice

que podría tener relevancia penal, ello siempre y cuando el investigado no renuncie a la prescripción, en cuyo caso, la obligación del Estado continúa.

Respecto a la naturaleza de los fundamentos que sustentan la prescripción de la acción penal, conforme se ha mencionado, se invocan cuatro tesis: material, procesal, mixta y de política criminal.

Todas y cada una de estas tesis tienen seguidores y detractores; es evidente que no se trata de un tema pacífico, lo cual obliga más aún a nuestra Suprema Corte a tomar una posición al respecto a fin de marcar la pauta y uniformizar criterios en la judicatura nacional, pues como se tiene indicado, la posición que se adopte es de vital relevancia para determinar la aplicación temporal de las reglas de la prescripción de la acción penal.

Antes de la entrada en vigencia del CPP, las discusiones de la aplicación temporal de las reglas de la prescripción de la acción penal se producían mayormente en el ámbito doctrinario. La jurisprudencia nacional casi unánimemente resolvía los problemas de prescripción de la acción penal, aplicando la norma más favorable al reo, es decir que se afirmaba sin mayor discusión que las reglas que regulan la prescripción de la acción penal pueden aplicarse retroactivamente.

Con la vigencia del CPP se instaló en nuestro ordenamiento jurídico una nueva causal de suspensión de la prescripción de la acción penal, prevista en el Art. 339.1. "La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal". Dicha causal, al estar regulada en la norma procesal, ha venido siendo aplicada de manera inmediata a todo proceso en trámite, indistintamente de la fecha en que se produjo el presunto hecho punible, la única limitación, era que la acción no esté prescrita a la fecha de formalización de la investigación preparatoria.

En la presente Casación, se afirma la naturaleza material de esta causal, y con ello la posición clara de la Suprema Corte, de optar por la tesis material de los fundamentos de la prescripción de la acción penal.

Previamente a analizar ese extremo de la casación, consideramos necesario enunciar de manera genérica cada una de las tesis en mención.

Tesis material: señala que el injusto se diluye con el paso del tiempo hasta desaparecer. Con el tiempo la sociedad deja de reprochar la conducta, por lo tanto, pierde su desvalor. Con el tiempo, el sujeto agente se resocializa sin necesidad de la intervención del Estado, por lo tanto, sancionarlo resultaría más perjudicial que beneficioso, pues la pena ya no cumpliría su fin preventivo – general (negativo o positivo).

Dentro de la tesis material ubicamos a la Teoría de la presunta enmienda del reo (prevención especial). Explica la prescripción como una ratificación del cumplimiento "natural" de los fines de la pena: si el autor no ha cometido nuevos delitos durante el plazo ello significa que

Ir al índice

los fines perseguidos por la pena se han cumplido espontáneamente: corrección, enmienda, evitación de nuevos delitos del mismo autor[2].

La prescripción se fundamenta en el decaimiento de la necesidad de pena por el paso del tiempo. La prevención general y la prevención especial se ven mermadas hasta extinguirse por motivos temporales. El "llamado de la norma" tiene una actualidad determinada a los efectos intimidatorios, mientras que la resocialización del individuo solo puede operar en un tiempo circunscrito. Aunque el legislador peruano dice en el art. 80 CP: "la acción penal prescribe..." perfectamente puede interpretarse "el delito prescribe...", por lo que ello no puede considerarse una opción sobre la naturaleza procesal de la institución de la prescripción[3].

Y finalmente, otra teoría importante, dentro de la tesis material, es la Teoría de la función retributiva de la pena. La aplicación de una pena tardía como retribución por un hecho ya hipotéticamente olvidado sólo generaría en la población más perturbación que el delito mismo"[4]. Los que defienden esta teoría, consideran que la vida llevada por el autor, durante los años de clandestinidad y fuga pueda llegar a ser, como mal sufrido, compensación suficiente por el mal causado[5].

Tesis procesal: una primera teoría desarrollada dentro de esta tesis es la de las dificultades probatorias y el peligro de errores judiciales. Según esta teoría, las infracciones penales deben prescribir porque con el transcurso del tiempo aumenta progresivamente la dificultad para probar lo realmente acaecido, y con ella, el riesgo de error en la fijación de los hechos probados por parte del órgano judicial[6].

Debido a que las huellas encontradas y los objetos hallados pueden sufrir alteraciones. En ese sentido, insistir en tales condiciones, en la condena del sujeto presuntamente culpable conlleva necesariamente el peligro de imponer una pena a personas inocentes[7].

Otro sustento de naturaleza procesal, es el referido al plazo razonable. El transcurso de un amplio lapso el tiempo, desde la comisión del delito como consecuencia de la inactividad del órgano jurisdiccional traería consigo una grave y evidente lesión al derecho del presunto responsable de estar sujeto a un proceso que se desarrolla en términos razonables. Por lo que la prescripción constituiría en el mecanismo idóneo por el legislador para evitar esta clase de vulneraciones.

---

2 PASTOR, Daniel. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal.* Buenos Aires, Editores del puerto, 2005, p. 29.

3 <incipp.org.pe>. Por Eduardo Alcocer Povis. *La Imprescriptibilidad de la Acción Penal para delitos que afectan a la Administración Pública.* pp 5-6.

4 PASTOR, Daniel. *Ob. cit.*, p. 27.

5 PASTOR, Daniel. *Ob. Cit.* p., 28

6 RAGUÉS i VALLÉS, Ramón. *La prescripción penal. Fundamento y aplicación.* Barcelona, Atelier, 2004, p., 31.

7 VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Shikara. *La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva.* Buenos Aires, B de F, 2013, p. 218.

Ir al índice

Y finalmente, también se afirma que la prescripción de la acción penal es un instrumento cuya finalidad es la de poner fin la situación de incertidumbre en la que se encuentra el presunto responsable de un delito como consecuencia de una inactividad de los tribunales.

Tesis mixta: procesal y material. La prescripción tiene una parte material que es hacer desaparecer la "necesidad de penar" y una parte procesal la "dificultad de probar"[8].

En ese mismo sentido, se afirma: "también se puede declarar que ya no tiene sentido imponer una pena por motivos de prevención general, porque no existe necesidad de penar y por problemas de prueba"[9].

Tesis de política criminal. Los partidarios de esta teoría señalan que la prescripción de la acción penal encuentra su razón de ser en consideraciones de política criminal orientadas a evitar el colapso del sistema penal con más casos de los que puede resolver. Asimismo, señalan que esta teoría puede explicarse con ayuda del estado de necesidad. Pues si el Estado decidiera eliminar la prescripción de la acción penal y todos los hechos penalmente relevantes tuvieran que ser siempre perseguidos, lo más probable es que el sistema de administración de justicia colapse y, al final, se tenga que afrontar una situación menos deseable que admitir la necesidad de que algunos hechos penalmente relevantes no deban ser siempre perseguidos[10].

3.- Análisis y comentarios a la sentencia de casación:

En la sentencia de Casación No. 666-2018 del 21 de agosto del 2019 se abordan varios temas, siendo el primero de ellos el que venimos comentando: **1.** Se afirma la naturaleza material de las reglas de suspensión de la acción penal, tanto de las que están contempladas en el artículo 84 del Código Penal, así como en el artículo 339, numeral 1, del CPP, dejando claro que aun cuando la segunda está prevista en el Código Procesal Penal, es una disposición de derecho material.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, con la ponencia del Magistrado San Martín Castro, ha tomado posición respecto a la naturaleza de una de las reglas de suspensión de la acción penal, que en la judicatura nacional venía siendo aplicada como disposición de carácter procesal, nos referimos a la regla contemplada en el artículo 339, numeral 1, del CPP, precepto que dispone que "La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal". Y el sustento aún cuando es bastante corto, es claro que está en función a la posibilidad o no de la aplicación en concreto de una sanción penal, es decir a la punibilidad.

8 SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *Comentarios de los Acuerdos Plenarios II. Derecho Procesal Penal.* Lima, Perú: Pacifico Editores S.A.C. 2017, p. 239.

9 ROXIN, Claux. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.* Tomo I, Madrid, España: Civitas.1997, p. 884.

10 MEINI, Iván. *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal.* Lima, Ara Editores, 2009, p. 81.

Ir al índice

Y lo más importante, expresamente afirma que el factor de aplicación no es la fecha de la actuación procesal, sino la fecha de comisión del delito, invocando como sustento principista los artículos 6 del CP y VII, numeral 1, del Título Preliminar del CPP.

3.1 Antecedentes procesales relevantes

Se lee en la Casación, respecto al trámite del proceso, que la sentencia de primera instancia, de fecha seis de febrero de dos mil diecisiete, declaró probado la comisión de los delitos de peculado doloso y el delito de falsificación de documentos privados.

En mérito a los recursos de apelación interpuestos por los abogados de los encausados, el representante del Ministerio Publico y la Procuraduría, la Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista de fecha doce de enero de dos mil dieciocho, confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, (i) condenó a tres funcionarios públicos como autor al primer y cómplices primarios a los otros dos, del delito de peculado doloso; (ii) condenó a los trece acusados como autores de la comisión del delito de falsedad genérica.

Contra la sentencia de vista las defensas de los encausados promovieron recursos de casación, mencionando el acceso excepcional al recurso de casación y citaron, al efecto, el artículo 427, numeral 4, del CPP.

3.2 Aspectos procesales de importancia

El recurso de casación es de carácter extraordinario y limitado, solo procede ante determinadas resoluciones y bajo causales establecidas expresamente por ley. Dichas causales son: la correcta aplicación del derecho material, la observancia de las normas del debido proceso y la producción de doctrina jurisprudencial que unifique los criterios de los tribunales de justicia.

En el Art. 427 del CPP se regulan los supuestos de casación, la procedencia ordinaria del recurso de casación está sujeta a lo señalado en el numeral 1 del citado artículo: "El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal (...)"; sin embargo ello está sujeto a un límite de pena, previsto en el inciso 2 del mismo artículo, que señala: "La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones: (...) b) 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 a seis años. Caso contrario solo procede de manera excepcional conforme al inciso 4 del artículo 427 del CPP, que admite en casación resoluciones diferentes a las previstas inicialmente si se propone adicionalmente un tema que a discreción del Supremo Tribunal sea de interés para el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

Ir al índice

Así mismo, el recurso de casación debe sustentarse en una o más causales previstas en el artículo 429 del CPP. Y no basta enunciar las causales de casación, éstas deben encontrarse debidamente fundamentadas, permitiendo al juzgador advertir su configuración. Adicionalmente, si se invoca casación excepcional se deberá motivar puntualmente el tema de interés que se propone para desarrollo de doctrina jurisprudencial[11].

En la casación 666-2018/Callao, los sentenciados que recurrieron, en el extremo en comento, invocaron como causal de casación, determinar si es procedente la suspensión de la prescripción en los casos de la Ley número 29574 para un delito cometido antes de su entrada en vigor.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema aceptó como motivo de casación "el correcto alcance de las reglas de prescripción del delito de falsedad genérica en relación con las disposiciones legales que determinaron la entrada en vigor del Código Procesal Penal en el Distrito Judicial del Callao".

Se discutieron los siguientes hechos relevantes:

a) Que, conforme a la sentencia de vista recurrida, los documentos cuestionados como presuntamente falsos datan en su conjunto, de los meses de febrero a diciembre del año dos mil ocho.

b) Que las reglas de prescripción de la acción penal están previstas en el CP, y según la concordancia de los artículos 80 y 83 del citado Código, la acción penal se extingue extraordinariamente por prescripción si al tiempo ordinario transcurrido sobrepasa en una mitad.

c) En este caso, tratándose de delito de Falsificación de documentos privados, cuya pena máxima es cuatro años de pena privativa de la libertad, el plazo extraordinario de prescripción viene a ser de seis años.

d) Se invoca el plazo extraordinario, porque las diligencias preliminares se iniciaron el veinticinco de julio del año dos mil once y continuaron el dos de noviembre de ese año, por lo que a partir de primera fecha se interrumpió el plazo de prescripción.

e) Los Jueces debieron entender que irremediablemente la prescripción operó a los seis años de la comisión del delito – en diciembre del año dos mil catorce–.

Luego de sentados los hechos fácticos y normas generales aplicables, se procede a analizar el alcance de las reglas de prescripción en relación con las disposiciones legales que determinaron la entrada en vigor del Código Procesal Penal en el Distrito Judicial del Callao.

11 Casación 537-2017/Lambayeque. *Fundamentos segundo y tercero.*

Ir al índice

En consonancia con lo ya establecido por la Suprema Corte en los Acuerdos Plenarios 1-2010/CJ-116 y 3-2012/CJ-116, así como en la Casación 332-2015 del Santa, se afirmó que las reglas de suspensión de la acción penal están contempladas en el artículo 84 del Código Penal, así como en el artículo 339, numeral 1, del Código Procesal Penal. Y se hace especial mención de este precepto último, porque el motivo casacional es justamente la aplicación temporal de dicha norma.

Para establecer si la norma contenida en el artículo 339 inciso 1 del CPP es de aplicación retroactiva, esto es, si es posible que la formalización de la investigación preparatoria suspenda el curso de la prescripción de la acción penal, incluso en aquellos casos en los que el presunto hecho punible se produjo antes de la entrada en vigencia del CPP, resultaba imperante analizar la naturaleza de la norma en mención.

La Corte Suprema se ha decantado por la tesis material, afirmando que al regular un aspecto básico de la institución de la prescripción penal –suspensión de los plazos– y con él la posibilidad o no de la aplicación en concreto de una sanción penal, está regulando una cuestión de la punibilidad. Y ello es así, aún cuando consideramos que no es sustento exclusivo, es sustento válido, pues la institución jurídica prescripción de la acción penal, necesariamente tiene como fundamentos la afectación del paso del tiempo a los fines de la pena, así como a la falta de necesidad de pena. Incluso, éste último argumento, desarrollado por la doctrina como una teoría autónoma para sustentar la absolución de cargos del agente que con el paso del tiempo ya no requiere de la intervención del Estado para su resocialización, fundamenta a su vez la prescripción de la acción penal, pues admite como hecho real e inobjetable la posibilidad de que el paso del tiempo afecte al fin preventivo especial y la necesidad de pena.

Aunado a los fundamentos materiales de la prescripción de la acción penal, también concurren fundamentos procesales. La experiencia en la judicatura nos informa que el paso del tiempo genera enormes dificultades probatorias, tanto en los casos que se vienen tramitando bajo las reglas del C de PP, como del CPP; y si bien es cierto existen otros casos en los que se presentan dificultades probatorias inmediatas y otros en los que a pesar del paso del tiempo la víctima, los Órganos de prueba y en general los medios de prueba son actuados y permiten resolver el fondo de la controversia en justicia; estos son la excepción y no la regla. Y las tesis o teorías no pueden sustentarse o ser desacreditadas por situaciones excepcionales.

Aun cuando no ha sido invocado por la Suprema Corte, consideramos oportuno mencionar que la tesis de política criminal podría resultar peligrosa si se admite como único sustento válido. Si admitimos que el Estado por cuestiones de política criminal –a fin de descongestionar la excesiva carga procesal de afronta el Poder Judicial- tiene potestad plena para crear reglas de prescripción de la acción penal, también tendríamos que admitir que por política criminal podría normar la imprescriptibilidad de todos los delitos, lo cual evidentemente vulneraría una serie de principios y derechos, como el principio de proporcionalidad, igualdad, debido proceso en el extremo del plazo razonable, etc.

Ir al índice

La consecuencia lógica que haber adoptado la tesis material para fundamentar las reglas de suspensión de la prescripción de la acción penal, es la siguiente: el factor de aplicación de la suspensión del plazo de la prescripción penal no es la fecha de la actuación procesal, sino la fecha de comisión del delito, al amparo de lo establecido en los artículos 6 del CP y VII, numeral 1, del Título Preliminar del CPP.

Por lo tanto, solo si a la fecha de perpetración del delito ya estaba vigente el artículo 339, numeral 1, del CPP, es posible aplicarla (juicio de vigencia normativa).

En este caso la regla del artículo 339, numeral 1, del CPP entró en vigencia a nivel nacional mediante la Ley número 29574, con fecha diecisiete de septiembre de dos mil diez. En su primera disposición complementaria y final, estatuyó que el CPP entraría en vigencia a los ciento veinte días de publicada la ley; esto es, el diecisiete de enero de dos mil once, para los delitos cometidos por funcionarios públicos y delitos conexos. Siendo así, el artículo 339, numeral 1, del referido Código bajo ningún concepto puede aplicarse retroactivamente.

En el año dos mil ocho -fecha última en que se habrían producido los hechos incriminados- no estaba vigente el aludido artículo 339, numeral 1, del CPP en el Distrito Judicial del Callao. En tal virtud, al haberse aplicado una disposición legal no vigente, y como consecuencia de ello se estimó incorrectamente que la acción penal no se había extinguido, se ha incurrido en infracción de un precepto penal material previsto en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

4. Parte Resolutiva

La Sentencia de Casación No. 666-2018 declaró fundado el recurso de casación interpuestos por los trece encausados contra la sentencia de vista de fecha doce de enero de dos mil dieciocho, que confirmando la sentencia de primera instancia de fecha seis de febrero de dos mil diecisiete, los condenó como autores del delito de falsedad genérica en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y al pago solidario de catorce mil soles por concepto de reparación civil; y, pronunciándose como instancia: casaron la sentencia de vista y anularon la sentencia de primera instancia, así como declararon **EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN** la acción penal incoada contra ellos por delito de falsedad genérica en agravio del Estado.

5.- Conclusiones

- La Casación 666-2018/Callao permitirá que la judicatura nacional unifique criterios y con ello evitar decisiones contradictorias que lesionan la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad de las partes.

- Ha quedado claro que la regla de suspensión del curso de prescripción de la acción penal prevista en el artículo 339, numeral 1, del CPP, aun cuando está prevista en el CPP, es una disposición de derecho material.

Ir al índice

20

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 1438-2018
LA LIBERTAD

Alcances del delito de secuestro

i) El derecho, motivo o facultad al que se refiere el tipo penal permite prever que existen supuestos en los que se produciría la configuración típica objetiva de secuestro; empero, ella estaría justificada por el ejercicio de las mencionadas prerrogativas, que deben estar previamente reconocidas en una norma positivizada. Ello habilitará las bases necesarias para determinar cuándo una conducta se cometió a título personal o bajo alcances justificados normativamente en el mismo tipo.
ii) Los jueces penales deben diferenciar por la *ratio essendi* cuándo una conducta, más allá de su objetividad normativa, constituye un supuesto típico de secuestro u otro tipo penal propio o impropio, y efectuar el control de legalidad a la imputación que formula el representante del Ministerio Público, teniendo presente que no toda restricción a la libertad deberá ser calificada y sentenciada como secuestro.
iii) Respecto a la agravante de subsecuente muerte, se tiene que en los recaudos no obran medios probatorios que acrediten que el fatal desenlace obedece a la restricción a la libertad que padeció el agraviado. El representante del Ministerio Público no acreditó la relación causal, por lo cual se presenta un supuesto de insuficiencia vinculado únicamente con el secuestro.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, treinta de octubre de dos mi diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación, por errónea interpretación de la ley penal, interpuesto por los abogados de **Andrés Cueva Rodríguez, Wilman Óscar Camus Briones** y **Miguel López Heredia** contra la sentencia de vista expedida el dieciséis de mayo de dos mil dieciocho por los señores jueces de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que: **i)** por mayoría

Ir al índice

confirmaron la sentencia de primera instancia, que los condenó como autores del delito de secuestro agravado, en perjuicio de quien en vida fue Michael Cervando Mines Espinoza, y **ii)** revocando la pena impuesta en primera instancia, la reformaron e incrementaron de quince a treinta años de privación de libertad.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

El auto de calificación emitido el ocho de marzo de dos mil diecinueve[1] dio cuenta de que el recurso fue concedido por el motivo previsto en el inciso 3 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. En esencia, se cuestionó la calificación jurídica y la interpretación que tanto el representante del Ministerio Público como los Tribunales de Primera y Segunda Instancia realizaron respecto al tipo penal de secuestro. Por ello, la pretensión de los casacionistas es que se revoquen las sentencias pronunciadas en instancia y, sin reenvío, se declare su absolución.

Segundo. Imputación fáctica y origen de responsabilidad

El veinticuatro de febrero de dos mil trece, en horas de la mañana, Michael Cervando Mines Espinoza transitaba por inmediaciones del centro comercial APIAT, en la ciudad de Trujillo, en aparente estado de ebriedad, molestando a los transeúntes y comerciantes del lugar. Por tal razón, efectivos de la Policial Nacional del Perú dispusieron su traslado a un lugar de seguridad, esto es, el domicilio indicado por el agraviado, ubicado en la avenida Gonzales Prada.

A pedido de la radio, Andrés Cueva Rodríguez –agente de serenazgo motorizado– acudió a la intersección de las avenidas Gonzales Prada y América Sur y solicitó apoyo. Entonces llegó al lugar la móvil número 16, con el conductor Wilman Óscar Camus Briones –agente de serenazgo– y Miguel López Heredia –agente de la Policía Nacional del Perú–, y los tres obligaron a Mines Espinoza a subir a la unidad móvil contra su voluntad y lo trasladaron a un destino desconocido.

En circunstancias en que el vehículo se encontraba detenido ante la luz roja de un semáforo, el agraviado se bajó y trató de huir; pero los acusados bajaron, lo aprehendieron y lo reingresaron al vehículo. Entonces Cueva Rodríguez se ubicó para impedir que la víctima se volviera a bajar de la unidad móvil y lo trasladaron al sector San Lorenzo-Quemazón del distrito de Moche, donde lo dejaron abandonado.

Posteriormente, el diecisiete de marzo de dos mil trece, se encontró el cuerpo sin vida del agraviado en estado de descomposición, y en el lugar donde había sido abandonado.

1 Folios 95 a 100 del cuaderno de casación.

Ir al índice

Tercero. Itinerario del proceso

3.1. El quince de noviembre de dos mil trece la señora fiscal provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal de Trujillo formuló requerimiento de acusación contra Wilmar Óscar Camus Briones, Andrés Cueva Rodríguez y Miguel López Heredia como coautores de la presunta comisión del delito de secuestro agravado, en agravio de quien en vida fue Michael Cervando Mines Espinoza, y por ello solicitó que se imponga a los acusados la pena de cadena perpetua.

3.2. Luego de la etapa intermedia y realizado el juicio de primera instancia, el diecisiete de mayo de dos mil diecisiete, los jueces que integraron el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de La Libertad condenaron a Camus Briones, Cueva Rodríguez y López Heredia como coautores de la comisión del delito de secuestro agravado, en agravio del que en vida fue Michael Cervando Mines Espinoza, y en consecuencia les impusieron la pena de quince años de privación de la libertad y fijaron en S/ 60 000 (sesenta mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil a favor de los herederos legales del occiso.

3.3. Contra la mencionada decisión tanto el representante del Ministerio Público como los abogados de los sentenciados interpusieron recursos de apelación, y determinaron el avocamiento y conocimiento de la presente causa a los jueces de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Trujillo, quienes luego de la audiencia de apelación emitieron una decisión en mayoría: dos magistradas decidieron confirmar la sentencia de primera instancia y, revocando la pena impuesta, la incrementaron de quince a treinta años; mientras que el voto en minoría de uno de los jueces se decantó por la absolución de los sentenciados.

3.4. Inconformes con la determinación de segunda instancia, únicamente los abogados de los imputados interpusieron recursos de casación, que por mayoría fueron declarados admisibles a nivel superior –folios 1447 a 1455–. Mientras que a nivel de la Corte Suprema la admisión fue declarada bien concedida mediante el auto de calificación del ocho de marzo pasado. Tras ello se concedió a las partes la oportunidad para presentar alegatos ampliatorios, y únicamente la parte civil, el quince de mayo del año en curso, postuló sus fundamentos. En cumplimiento de lo establecido en el inciso 1 del artículo 431 del NCPP, se señaló como fecha para la audiencia de casación el dieciséis de octubre pasado, y en ella intervinieron los abogados Shikara Vásquez Shimajuko –en defensa de Wilman Óscar Camus Briones– y Óscar Julio Loyola Zurita –en defensa de Andrés Cueva Rodríguez–, y se dejó constancia expresa de la inasistencia del abogado del impugnante Miguel López Heredia, lo que originó la inadmisibilidad de su pretensión[2]; así como la del representante del Ministerio Público. Culminada la audiencia, se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en la que fue debatida. Tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios,

2 Conforme al inciso 2 del artículo 431 del NCPP.

Ir al índice

este Colegiado Supremo acordó pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Motivo casacional y objeto de pronunciamiento

1.1. El inciso 3 del artículo 429 del NCPP prevé el siguiente motivo casacional: "Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación".

1.2. La estructura del mencionado precepto contiene doce supuestos, que han sido estipulados en la Sentencia de Casación número 10-2018/Cusco. Los casacionistas denuncian que los Tribunales de Primera y Segunda Instancia habrían interpretado erróneamente el artículo 152 del Código Penal, referido al delito de secuestro; y, cuestionando su tipicidad, refieren que su conducta se subsumiría en otro tipo penal.

1.3. En ese sentido, constituye objeto de debate en sede casacional determinar si la conducta de los citados servidores públicos –específicamente, la aprehensión del agraviado para trasladarlo a los exteriores de la ciudad, a la zona conocida como Quemazón, en el marco del denominado "Plan de erradicación" de la Municipalidad Provincial de Trujillo– es subsumible como delito de secuestro.

Segundo. Hechos probados en sede de mérito

En el caso juzgado, en instancias de mérito quedaron acreditados los siguientes hechos:

- Que el veinticuatro de febrero de dos mil trece Andrés Cueva Rodríguez y Wilmer Óscar Camus Briones desempeñaron funciones como servidores del servicio de serenazgo de la Municipalidad Provincial de Trujillo; mientras que Miguel López Heredia servía como policía.

- Que, en ejercicio de sus funciones, tuvieron contacto con Michael Cervando Mines Espinoza, puesto que el citado ciudadano realizaba actividades que alteraban el orden público en Trujillo –se encontraba en estado de ebriedad, vestido únicamente con ropa interior, y molestando a transeúntes y comerciantes del lugar–. Por esa razón, lo trasladaron al sector de San Lorenzo, en Quemazón, distrito de Moche, donde fue abandonado.

- Que el día veinticuatro de febrero el ahora occiso fue intervenido dos veces por el mismo motivo. La primera vez por inmediaciones de la APIAT, en la avenida España (ciudad de Trujillo), y fue trasladado cerca de su domicilio, donde fue intervenido por segunda vez por los efectivos ahora procesados.

Ir al índice

- Que el agraviado estuvo varios días perdido, sin que sus familiares tuvieran conocimiento de su paradero, y recién el diecisiete de marzo lo hallaron muerto en unos cañaverales en el distrito de Moche.

- Que en el Municipio de Trujillo se tenía institucionalizado el "Plan de erradicación", que consistía en el traslado de personas con enfermedades mentales –como el alcoholismo– que alteraban el orden público hacia lugares alejados, para conservar el orden de la localidad.

Tercero. Configuración del motivo casacional y fundamentos del Tribunal Supremo

3.1. El tipo penal de secuestro, previsto en el artículo 152 del Código Penal[3], sanciona a quien sin derecho, motivo ni facultad justificada priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o la circunstancia o tiempo que el agraviado sufre la privación o restricción de su libertad.

3.2. La estructura normativa permite expresar las siguientes premisas:

a. Es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona y se realiza al margen del ejercicio de toda función pública en que concurran razones particulares del autor. Es posible su comisión por un funcionario o servidor público siempre que actúe al margen de la ley y por razones personales ajenas a su ejercicio funcional y/o al interés público.

b. Su comisión únicamente se produce a título doloso, y ello demandará constatar en el agente una especial intencionalidad personal dirigida hacia la privación o restricción de la libertad ambulatoria del agraviado.

c. Protege la libertad personal, comprendida como la capacidad de toda persona para desplazarse de un lugar a otro sin restricción alguna y conforme a su voluntad, sin importar las alteraciones o adicciones que padezca para justificar su restricción, dado que el respeto a la dignidad humana subyace a cualquier consideración personal o institucional.

d. El derecho, motivo o facultad al que se refiere el tipo penal permite prever que existen supuestos en los que se produciría la configuración típica objetiva de secuestro; empero, ella estaría justificada por el ejercicio de las mencionadas prerrogativas, que deben estar previamente reconocidas en una norma positivizada. Ello habilitará las bases necesarias para determinar cuándo una conducta se cometió a título personal o bajo alcances justificados normativamente en el mismo tipo[4].

3 El secuestro como tal ha surgido históricamente para controlar el fenómeno de criminalidad que, sin medir sus acciones, vulneraba groseramente la libertad de las personas. Su tipificación ha sido realizada para contribuir a la seguridad ciudadana y sancionar a quienes sitúen en riesgo a una sociedad, exponiendo a sus integrantes al sometimiento injustificado de terceras personas que, sin facultad ni motivo, restringen o violan la libertad.

Ir al índice

e. El periodo de restricción no es cuantificable a efectos de determinar la configuración típica; por ello, no serán amparables las alegaciones que minimicen tiempos para alegar atipicidad o lapsos prolongados para aseverar mayor reproche de antijuridicidad respecto a la conducta básica.

f. La carencia de móvil, propósito, modalidad o circunstancia por la que el agraviado ha sido privado de su libertad debe ser comprendida junto con las facultades mencionadas inicialmente, esto es, que la persona que restringe la libertad de otra, además de no tener derecho, motivo o facultad, actúa sin un propósito razonable a las condiciones descritas y ello permitirá diferenciar el afán o propósito criminal de secuestro, en función de las causas de la resolución criminal que determinaron al agente delictivo a obrar en un modo específico en desmedro de la libertad de otra persona.

3.3. En virtud de lo mencionado, los jueces penales deben diferenciar por la *ratio essendi* cuándo una conducta, más allá de su objetividad normativa, constituye un supuesto típico de secuestro u otro tipo penal propio o impropio, y efectuar el control de legalidad a la imputación que formula el representante del Ministerio Público.

3.4. No toda restricción a la libertad deberá ser calificada y sentenciada como secuestro. Así, por ejemplo, surgirían los siguientes supuestos:

a. Aquellos casos en los que una persona, bajo la creencia de que otra está cometiendo un delito –sobre la base fáctica de presunta comisión–, la detiene en ejercicio de su facultad de arresto ciudadano, previsto en el artículo 260 del NCPP[5].

b. Cuando un policía detiene a un ciudadano por un tiempo superior a las cuatro horas para realizar el control de identidad, conforme al artículo 205 del NCPP.

c. Cuando, al calor de una discusión, un ciudadano que únicamente pretende huir del control policial lleva consigo por varias cuadras al policía que subió a su vehículo.

---

4 El elemento normativo del tipo penal es la ilegalidad intrínseca de la privación de libertad. Señala el artículo 152, primer párrafo, del Código Penal: "[...] Sin derecho, motivo ni facultad justificada". Se exige, pues, que no medie consentimiento del sujeto pasivo y que se trate de una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse situaciones de hecho o de derecho que condicionan su existencia, o porque, existiendo ellas, el agente priva de la libertad de modo abusivo, más allá de la necesidad justificada o por medio de procedimientos prohibidos por ley. Ver: Sentencia de la Sala Penal Especial A. V. número 19-2001, fundamento 680.

5 1. En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva. 2. En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial.

Ir al índice

d. El chofer y el cobrador de un bus de servicio público que no reciben el pago íntegro del pasaje y no dejan al usuario en su paradero, sino a unas cuadras distantes de su destino.

3.5. Los dos primeros supuestos podrían subsumirse en el tipo penal de abuso de autoridad, el tercero como resistencia a la autoridad y el último como coacción; mas no en el de secuestro, toda vez que su connotación no obedece a un afán ilegal de privar de la libertad, típico del secuestro, y el fin que guio su conducta sería específicamente de contrarrestar la legalidad y, además, circunstancial. No existe, pues, un plan criminal para su perpetración.

3.6. Asimismo, conforme al Acuerdo Plenario número 1-2009/CJ-116 – sobre rondas campesinas y derecho penal–, se establece que, cuando un rondero actúa en ejercicio de su función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada y restringe la libertad de otra persona, no constituye secuestro, puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional –detención coercitiva o imposición de sanciones–.

3.7. Las privaciones de libertad que ocasionen los funcionarios o servidores públicos pueden ser legales o ilegales:

a. Si son legales, no habría ninguna objeción respecto a su juridicidad.

b. Si son ilegales, configuran un tipo objetivo, más no el de secuestro, pues de por medio se debe valorar y juzgar el ejercicio funcional indebido de cargo, tanto más si no concurriría el elemento subjetivo en la privación de libertad de una persona; sino el indebido ejercicio del cargo en perjuicio de un tercero.

3.8. Asimismo, no toda privación de libertad realizada por funcionarios en ejercicio legal de sus atribuciones constituye un supuesto típico de secuestro. La legislación ha previsto que estos casos podrían tratarse de:

a. Una detención ilegal en caso de que el sujeto activo sea un juez y ordene la aprehensión de una persona, y por ello será sancionado, conforme al artículo 419 del Código Penal –"El juez que maliciosamente o sin motivo legal ordena la detención de una persona o no otorga libertad de un detenido preso, que debió decretar"–, con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

b. Si el agente delictivo no posee tal condición, se tratará de un supuesto de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal –"El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien"–, cuya sanción oscila entre dos a cuatro años de privación de libertad.

Ir al índice

En ambos casos, si bien habría un mismo resultado típico, la pena prevista es sustancialmente menor a la del secuestro, cuya conducta base oscila entre los veinte y los treinta años de pena privativa de libertad; mientras que la modalidad agravada es sancionada con la cadena perpetua.

3.9. Por tanto, queda descartado el secuestro cuando la autoridad detiene a una persona en ejercicio de sus funciones[6], y es distinta aquella conducta en la que un funcionario o servidor público priva a otro de su libertad sin un motivo real o justificado, y con ello satisfaga una necesidad personal. Así:

a. El funcionario que secuestra a una usuaria de la administración pública para someterla sexualmente.

b. El policía que detiene a una persona y, a cambio de su rescate, exige dinero a la familia.

En ambos casos existirán las bases suficientes para realizar el análisis típico y emprender su procesamiento debido.

3.10. Nótese que los ejemplos descritos distan del que ahora es materia de juzgamiento, y por ello no basta la mera detención para imputar, *ipso facto*, la comisión del delito de secuestro.

3.11. En el caso juzgado, los dos serenos procesados –Andrés Cueva Rodríguez y Wilmer Óscar Camus Briones– y el policía –Miguel López Heredia– aprehendieron al agraviado en cumplimiento del denominado "Plan de erradicación", según quedó acreditado en juicio y conforme a los términos de la propia acusación. No fue una conducta cuya resolución hubiese surgido en virtud de una decisión personalísima contra el agraviado, ni que luego de ello se hubieran realizado exigencias indebidas a la familia de aquel a cambio de su liberación durante su traslado a un lugar distinto de su domicilio.

3.12 La actuación de los recurrentes, conforme expresaron los letrados en la vista de la causa, daría origen a un concurso aparente de leyes cuya resolución necesita la aplicación del principio de especialidad. En virtud de ello precisamos lo siguiente:

a. La contextualización de los hechos da cuenta de que se cometió en público y como consecuencia de una primera intervención y tras el aviso de una unidad motorizada que conducía el procesado Cueva Rodríguez. Además, su realización estuvo a cargo de servidores públicos encargados de esta labor, lo cual origina que el juicio de tipicidad no sea suficiente.

6 El ejercicio de funciones, además de la labor que desempeña el funcionario o servidor público, deberá haber sido designado para ejercer una función específica. Lo mencionado se produce en virtud de que un policía que ha sido asignado exclusivamente a la orquesta sinfónica de su institución no podría alegar cumplimiento de función si detiene a una persona, dado que, si bien posee el perfil profesional, la función dentro de su institución fue otra.

Ir al índice

b. El motivo real quedó acreditado, dado que se produjo en el marco del denominado "Plan de erradicación", en el que intervinieron en la vía pública a una persona en presunto estado de ebriedad y que vestía únicamente ropa interior.

c. No se acreditó en juicio que los ahora procesados hubieran tenido vínculos personales previos con el agraviado o sus familiares para imputar una razón personalísima.

3.13. Sobre la base de lo mencionado, los sentenciados, independientemente de la legitimidad y la legalidad de su proceder en cumplimiento del "Plan de erradicación", ejercieron una facultad justificada y, por especialidad, se hace atípica la calificación de su conducta como secuestro. En tal virtud, deben ser absueltos.

3.14. En cuanto a la agravante de subsecuente muerte, se tiene que en los recaudos no obran medios probatorios que acrediten que el fatal desenlace obedece a la restricción a la libertad que padeció el agraviado. El representante del Ministerio Público no acreditó la relación causal, por lo cual se presenta un supuesto de insuficiencia vinculado únicamente con el secuestro.

3.15. La interpretación que el voto en mayoría de la Sala Superior adjudicó al artículo 152 del Código Penal radicó en que:

> El citado precepto regula con exclusividad todas las privaciones de libertad que cometan los agentes delictivos, bien se trate de particulares o de funcionarios y servidores públicos, mientras que el tipo penal de abuso de autoridad no protege la libertad de movimiento de una persona, sino que pretende cautelar el correcto desempeño de las funciones del funcionario público sólo respecto de los delitos funcionariales; así tenemos que el secuestro es un delito común que no exige la privación de la libertad deambulatoria [sic] por acción de un funcionario público y menos que solo pueda cometerse por un particular.

3.16. La mencionada conclusión se emitió con las siguientes características:

a. Los magistrados no evaluaron el motivo de intervención de los imputados al agraviado.

b. No interpretaron sistemáticamente, por comparación interna, el tipo penal de secuestro con los injustos de abuso de autoridad y/o detención ilegal, ni el de exposición de personas a peligro.

c. No interpretaron ontológica y teleológicamente las razones por las que el legislador tipificó el injusto de secuestro, que en esencia constituye un medio para proteger la seguridad ciudadana y reprimir el afianzamiento de la criminalidad violenta que, sin respeto, priva arbitrariamente a una persona de su libertad, lo cual no fue el caso del presente juzgamiento.

Ir al índice

Por tanto, hubo una interpretación errónea del artículo 152 del Código Penal, y así se declara.

3.17. La práctica conocida como "Plan de erradicación" no es amparada por este Supremo Tribunal, toda vez que el respeto a la dignidad de la persona trasciende a las carencias de políticas públicas para cuidar y proteger a este tipo de personas vulnerables. No es razonable que la autoridad municipal ordene la exclusión y traslado de un ciudadano con notables problemas mentales a los exteriores de la localidad, sin cuidado o asistencia alguna. Ello manifiesta una evidente falta de respeto por los derechos fundamentales de la persona, como la integridad física. Su fin de representación municipal conlleva la obtención del bien común de sus pobladores, entre los que se encuentran las personas con problemas mentales; y, si bien no tienen planificados servicios públicos para cubrir esta necesidad, cuando menos tienen el deber de no dañarlos ni exponerlos a peligros inminentes para evitar su deterioro y, con ello, una respuesta agresiva que instintivamente, por su autoprotección, podrían emprender.

3.18. Aseverar que esta práctica es común en todos los lugares no hace atípica su conducta y se debe evitar. Por ello, este proceder debe ser investigado. Para tal efecto, deberá cursarse el respectivo oficio al Ministerio Público, adjuntando copias de la presente sentencia para que, conforme a sus atribuciones, dicha entidad investigue a los que resulten responsables –entre ellos, los ahora procesados– por los delitos de abuso de autoridad y exposición de personas al peligro, así como los que el titular de la acción penal estime pertinentes.

3.19. Finalmente, como consecuencia de la decisión absolutoria, se deberá hacer extensivo el recurso a favor del imputado Miguel López Heredia, por poseer la misma situación fáctica y jurídica, y atendiendo a que los motivos en que se funda la decisión no son exclusivamente personales, de conformidad con el inciso 1 del artículo 408 del NCPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación, por errónea interpretación del artículo 152 del Código Penal, interpuesto por los abogados de Andrés Cueva Rodríguez y Wilman Óscar Camus Briones contra la sentencia de vista expedida el dieciséis de mayo de dos mil dieciocho por los señores jueces de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que por mayoría: **i)** confirmaron la sentencia de primera instancia, que los condenó como autores del delito de secuestro agravado, en perjuicio de quien en vida fue Michael Cervando Mines Espinoza, y **ii)** revocando la pena impuesta y el concepto de reparación civil cuyo pago es solidario en primera instancia, la reformaron e incrementaron de quince a treinta años de privación de libertad y de sesenta mil a cien mil soles.

Ir al índice

II. En consecuencia, **CASARON** la referida sentencia de vista y, **SIN REENVÍO**, actuando como sede de instancia, revocaron la sentencia emitida por el A quo que condenó a **Andrés Cueva Rodríguez, Wilman Óscar Camus Briones** y **Miguel López Heredia**, como coautores de la comisión del delito de secuestro agravado, en perjuicio del que en vida fue Michael Cervando Mines Espinoza, y en consecuencia les impusieron la pena de quince años de privación de la libertad y fijaron en sesenta mil soles el monto de pago por concepto de reparación civil a favor de los herederos legales del occiso; y **reformándola**: los **ABSOLVIERON** a los citados procesados de los cargos formulados de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito y agraviado en mención.

III. **ORDENARON** la inmediata libertad de Andrés Cueva Rodríguez, Wilman Óscar Camus Briones y Miguel López Heredia, siempre que en su contra no obre mandato de detención vigente emanado de autoridad jurisdiccional, y/o en su caso anular las órdenes de captura impartidas contra los ahora absueltos, así como la anulación de los antecedentes judiciales y policiales generados con motivo del presente proceso. Para tal efecto, deberá comunicarse a la Corte de origen, en el día y vía fax, el contenido de la presente sentencia para su cumplimiento.

IV. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial. Asimismo, que se oficie al representante del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, conforme a los términos de los considerandos 3.17. y 3.18. de la presente sentencia.

V. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

Intervinieron los señores jueces supremos Castañeda Espinoza y Pacheco Huancas por vacaciones de los señores jueces supremos San Martín Castro y Chávez Mella, respectivamente.

S. S.
FIGUEROA NAVARRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
CASTAÑEDA ESPINOZA
SEQUEIROS VARGAS
PACHECO HUANCAS

Ir al índice

LA DETENCION POLICIAL ARBITRARIA: ENTRE EL SECUESTRO Y EL ABUSO DE AUTORIDAD CASACIÓN N°1438-2018-LA LIBERTAD

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
VÍCTOR BURGOS MARIÑOS[1]

1. Sumilla

La Casación 1438-2018 La Libertad, nos recuerda que no toda privación de libertad, realizada por la autoridad policial, al margen de la Ley, configura el delito de secuestro, pues como en el presente caso, condenar por el delito de Secuestro Agravado, por el hecho de "erradicar" al agraviado fuera de la ciudad, por razones de orden y tranquilidad pública, deviene en errónea y desproporcional. Y, si bien, la Casación sugiere la tipicidad del delito de abuso de autoridad, ello nos llevaría, a que una conducta de detención ilegal realizada por personal policial pueda ser calificada, bien como secuestro o bien como abuso de autoridad. Si es como secuestro, la pena es desproporcional y el bien jurídico -libertad personal-, sobreprotegido; y, si es como abuso de autoridad, su baja penalidad no tiene efecto preventivo y la libertad personal queda desprotegida.

2. Introducción

Si bien el caso que motiva el presente artículo está referido a actuaciones de agentes de Serenazgo y de la Policía Nacional del Perú, respecto del agraviado Mines Espinoza, quien por encontrarse semidesnudo, en aparente estado de ebriedad, molestando a los transeúntes y comerciantes del centro de la ciudad de Trujillo, fue detenido y trasladado a un lugar alejado fuera de la ciudad, dejándolo cerca a unos cañaverales abandonado. Esta forma de privación de la libertad es conocida como *"ERRADICACION"*, y es utilizada como una práctica no regulada por la Ley, por personal policial y de Serenazgo. La "erradicación" del agraviado cobró connotación pública, por el hecho de que éste murió y su cuerpo fue hallado un mes después, por las inmediaciones del lugar donde fue abandonado por los agentes, siendo acusados y condenados por el delito de secuestro con subsecuente muerte.

El delito de secuestro en el Perú, previsto en el artículo 152° del Código Penal, es un delito común, que tutela la libertad personal, y que puede ser cometido por cualquier persona, incluyendo el funcionario o servidor público. Se encuentra sancionado con una pena cuyo límite máximo es de treinta años, y en su forma agravada prevé la pena de cadena perpetua, lo que evidencia, que el legislador concede al bien jurídico en este delito, la libertad personal, un valor elevado, al punto de prever penas muy altas contra las conductas que la lesionen o pongan en peligro. En el presente caso, la Casación bajo comentario, casó la sentencia

1 Doctor en Derecho, Profesor de la Universidad Nacional de Trujillo, de la Academia de la Magistratura y Juez Superior Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

Ir al índice

de vista, dictada en mayoría, mediante la cual se confirmaba la condena de 30 años a los agentes, como autores del delito de secuestro agravado con subsecuente muerte, señalando que no toda privación ilegal de la libertad por parte de la Policía configura delito de secuestro.

En la Casación se sugiere, que la conducta de los agentes podría configurar el delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376°, que sanciona *al funcionario público que abusando de sus atribuciones comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien*, toda vez que realizaron actos que excedían a sus facultades, menoscabando arbitrariamente la libertad personal del agraviado, causándole un evidente perjuicio. Sin embargo, debido a su baja penalidad y al hecho que el reproche que contiene se refiere únicamente al incorrecto ejercicio de la función pública, no representa una forma eficaz de protección de la libertad personal y la prevención del delito.

Así, la Casación no ha tomado en cuenta que, a través del delito de abuso de autoridad genérico, no se brinda una protección adecuada que el bien jurídico libertad personal demanda en la actualidad. En nuestro país, existen dos funcionarios que se encuentran autorizados para privar de la libertad a los ciudadanos: el Juez y el Policía. El primero requiere de presupuestos legalmente establecidos, más una resolución motivada -oral o escrita-. El segundo, requiere de la existencia del supuesto de flagrancia, o de orden judicial.

En el caso del Juez, es más difícil que se configure el delito de secuestro, puesto que la orden judicial de detención -ilegal o arbitraria-, genera un peligro concreto, y no una privación de hecho y efectiva de la libertad personal que exige el secuestro. Además, ya existe el delito de detención ilegal en el artículo 419° del Código Penal, que regula la conducta del juez que maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona.

En el caso del Policía, sería menos difícil tipificar una detención maliciosa o sin motivo legal (ilegal o arbitraria), como secuestro (Art. 152°) , pues la privación de libertad en estos casos, es efectiva y de hecho, y se podría encuadrar en este tipo penal que sanciona al "...que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, propósito, la modalidad...", con la agravante del inciso 3, que señala que la pena es no menos de 30 años cuando el agente es funcionario o servidor público. Plantea un problema adicional, cuando el efectivo policial detiene a una persona, generalmente con antecedentes, para exigirle dinero a cambio de su libertad, pues tal conducta se encuadra en el delito de secuestro extorsivo previsto en el artículo 200°, con una pena no menor de 30 años cuando concurre las agravantes de dos o más agentes y el uso de armas. Sin duda que la conducta más reprochable del mal efectivo policial, es el de abusar de su poder y del empleo de armas de uso oficial, para privar de la libertad a una persona, a cambio de la entrega de dinero u otra ventaja. En este caso, existe una grave afectación de la libertad personal y una práctica abusiva policial por móviles completamente egoístas, que hacen de esta conducta, la más reprochable de todas. Sin embargo, tienen la misma pena que la del secuestro. El hecho que la Casación haya concluido que no toda detención policial, al margen de la ley, configura el delito de secuestro, no garantiza que el policía no pueda ser sancionado por secuestro. Tampoco garantiza que la sanción prevista para el abuso de autoridad genérico, sea la solución para prevenir las detenciones ilegales y arbitrarias y la protección del bien jurídico

Ir al índice

libertad personal.

El presente artículo tiene por propósito mostrar que nuestra legislación penal no ha contemplado la figura penal de la detención ilegal o arbitraria de parte de la autoridad policial, lo que genera que tal conducta, pueda ser tipificada como secuestro o abuso de autoridad, tal como lo deja entrever la Casación en comentario, con los problemas que se han advertido.

3. Análisis y Comentarios a la sentencia de casación

3.1. Los delitos de Secuestro y Abuso de Autoridad en el Código Penal Peruano

3.1.1. El delito de Secuestro

El delito de secuestro se encuentra previsto en el artículo 152° del Código Penal, con el siguiente texto legal:

> **Artículo 152.- Secuestro**
> Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

Cuadro 01: Tipo penal de Secuestro en el Código Penal Peruano.

Según nuestra jurisprudencia nacional "... 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. (...) 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. (...) [Se] 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. (...) La característica fundamental es que el sujeto pasivo no puede, a su arbitrio, desplazarse más allá de los contornos de un determinado lugar... Estas barreras pueden ser físicas o personales, lo importante es el efecto que se persigue: Anular su voluntad traslaticia, sea actual o potencial. ... el sometimiento de la libertad ambulatoria solo se sostiene en los casos de fuerza o posición amenazante de una persona interpuesta"[2].

2 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ejecutoria Suprema R.N. N° 1969-2016, *fundamento décimo. (El subrayado es nuestro).*

Ir al índice

El delito de secuestro se **configura** cuando el agente "...priva a una persona, sin derecho, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, con independencia de que se le deje cierto espacio físico para su desplazamiento y cuyos límites la víctima no puede traspasar; desde este punto de vista lo importante no es la capacidad física de moverse por parte del sujeto pasivo, sino la de decidir el lugar donde quiere o no quiere estar y lo más importante de ésta disposición, es que en el aludido tipo penal se usa la expresión 'sin derecho priva a la víctima de su libertad', pero ésta privación de la libertad tiene una consecuencia, perseguida por el agente, a un fin mediato; siendo la privación de la libertad solo un modo facilitador"[3]. En el secuestro debe acreditarse "...***de manera indubitable que el agraviado fue privado de su libertad sin derecho***, pues el **fundamento de la punibilidad** de este delito está en el menoscabo de la libertad personal, siendo esencial la concurrencia del elemento subjetivo, esto es que el agente se haya conducido con la intención específica de tomar a la víctima y afectar su libertad y afectar su libertad personal, privándola de la misma, privación que además debe representar verdaderamente un ataque a su libertad"[4].

El legislador penal ha previsto una elevada penalidad para el delito de secuestro, que en su forma básica llega a penas entre 20 a 30 años, sin contar con la agravante en caso el agente sea funcionario o servidor público, lo que eleva a penas no menores de 30 años. Lo que nos conduce a la alta probabilidad de que una detención policial ilegal o arbitraria, pueda ser sancionada como secuestro, con pena privativa de libertad no menor a 30 años, con los problemas de la desproporcionalidad, advertidos por la Casación.

3.1.2. El delito de abuso de autoridad

Por otro lado, el delito de abuso de autoridad, del artículo 376°, se encuentra en el Título XVIII, dentro de los "Delitos contra la Administración Pública", el mismo cuya transcripción es la siguiente:

> **Artículo 376.- Abuso de autoridad**
>
> El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Cuadro 02: Tipo penal de Abuso de autoridad en el Código Penal

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ejecutoria Suprema R. N. N° 975-04, *fundamento primero. (El subrayado es nuestro).*

4 ROJAS VARGAS Y OTROS. *Jurisprudencia Penal.* Tomo I, Lima: IDEMSA, 2002, p. 347, citando a la Ejecutoria Suprema R. N. N° 2567-98.

Ir al índice

El abuso de autoridad genérico se define como "todo acto del funcionario que se excede en sus atribuciones o facultades respecto a particulares o a la cosa pública" o también como "la injusticia cometida por personas que ejercen atribuciones funcionales, administrativas, o jurídicas al rehusar hacer, retardar o exceder la autoridad atribuida a su cargo o función; perjudican a un tercero"[5].

Para "...que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública y consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente"[6].

En el delito de abuso de autoridad genérico, el bien jurídico tutelado es el correcto ejercicio de la función pública ... La conducta abusiva, presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico...excediéndose en la forma y los límites dentro de los cuales el funcionario puede ejercitarlas lícitamente"[7].

Además, de ello, se debe tener en cuenta, que este "es un delito de naturaleza comisiva y no omisiva; el mismo que tiene dos **modalidades de ejecución: a)** cometer un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros, y **b)** ordenar un acto arbitrario cualquiera con perjuicio de terceros. En el primer supuesto, el delito se consuma cuanto [sic] el funcionario público dirige y ejecuta acciones destinadas a producir el acto arbitrario y el perjuicio de tercero; mientras que en el segundo supuesto, al ser un tipo penal de mera actividad, el delito se consuma al producirse la orden o mandato por parte del funcionario público"[8]; resaltándose además, que "el delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; sino se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución"[9].

En cuanto a la doctrina nacional, esta analiza la descripción típica como sigue; "(...) del tipo penal se refiere a un "funcionario público" que "abusando de sus atribuciones", en tal sentido, el tipo penal no hace distinciones y por tanto, el sujeto activo será cualquier funcionario público en el sentido del Artículo 425° del Código Penal. En segundo lugar, el tipo penal peruano prevé dos modalidades delictivas: "cometer" y "ordenar". Si bien en este segundo

5 CHUNGA HIDALGO L. *La posición del "particular" en el delito de abuso de autoridad.* Ensayo. Chulucanas Piura – Perú, p.4.

6 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ejecutoria Suprema del 6/8/2003. R.N. N°2240-2002- Arequipa.

7 ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal 1999-2000.* Ob. Cit, p. 729-730, citando al Exp. N° 1897-2000, de 12 de septiembre de 2000. Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

8 CASTILLO ALVA, José Luis. *Jurisprudencia Penal.* TOMO I. Lima: Editorial Grijley, 2002, p. 577, citando a la R. N. N° 0779-2004- Piura, Sentencia del 26 de octubre de 2004 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. (*El subrayado es nuestro*)

9 ROJASSI PELLA, Carmen. *Ejecutorias Supremas Penales 1993-1996.* Lima: Editorial Legria, 1997, p. 234. Citando al Exp. 3436 – 96- Lambayeque, Ej. Suprema, 14 de noviembre 1996.

Ir al índice

caso se describe claramente la conducta de una "autoridad" en el sentido estricto del término (con capacidad de ordenar), en el primero se refiere a una conducta que puede realizar cualquier otro funcionario público, siempre que se identifique el "cometer" con un "ejecutar órdenes". Es por eso que también puede decirse que con el nomen iuris "abuso de autoridad" no se describe en realidad la acepción institucional orgánica, sino la acepción subjetiva funcional (facultad de poder público)"[10]. El mismo autor antes nombrado señala que "para el código penal peruano es válido también la definición de la "arbitrariedad" dada por Creus: "la punibilidad proviene, pues, del sólo hecho de actuar el funcionario cuando la ley no le permite hacerlo, de no actuar cuando le obliga hacerlo o de actuar de un modo prohibido por la ley o no previsto por ella, con independencia de la vulneración de otros bienes jurídicos distintos del protegido específicamente por la norma: la circunstancia de que el actuar o el omitir antirreglamentariamente a la Administración o a terceros no sustrae la acción de los límites típicos"[11].

Como se verá, este tipo penal no tutela la libertad personal, sino el correcto ejercicio de la función pública. Al ser un tipo penal genérico, comprende todo acto arbitrario, desplegado por el funcionario en el ejercicio de sus competencias funcionales. Así, por ejemplo, no todo funcionario tiene la facultad de privar de la libertad a los ciudadanos, solo los jueces y los policías tienen esa función legal y constitucional. En el caso de los jueces, cuando ordenan arbitrariamente una detención, no se aplica el delito de abuso de autoridad genérico, sino el previsto en el artículo 419 del Código Penal, que tiene un mayor reproche penal y pretende tutelar de forma específica, además de la correcta función pública, el bien jurídico libertad personal. Esto no ocurre en el caso de los Policías, por detenciones que generan graves afectaciones a la libertad personal, y dado que el delito de abuso de autoridad genérico solo sanciona la transgresión de los deberes funcionales, más la baja penalidad que tiene, no sirve para garantizar la protección del bien jurídico la libertad personal y la prevención efectiva de las detenciones policiales arbitrarias.

3.2. Caso Mines Espinoza – Casación 1438-2018-La Libertad

Los hechos materia de acusación, han merecido una primera calificación jurídico por el delito de secuestro, por la cual se condenó y se impuso 30 años de pena privativa de libertad, que luego de ser casada, la Corte Suprema propuso sea calificada por el delito de abuso de autoridad. Los hechos son los siguientes:

> *El veinticuatro de febrero de dos mil trece, en horas de la mañana, Michael Cervando Mines Espinoza transitaba por inmediaciones del centro comercial APIAT, en la ciudad de Trujillo, en aparente estado de ebriedad, molestando a los transeúntes y comerciantes del lugar. Por tal razón, efectivos de la Policía Nacional del Perú dispusieron su traslado a un lugar de seguridad, esto es, el domicilio indicado por el agraviado, ubicado en la avenida Gonzales Prada. A*

10 ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Editorial Palestra Editores, 1997, pág. 182 y ss.

11 Ídem, p. 188.

Ir al índice

> *pedido de la radio, Andrés Cueva Rodríguez –agente de Serenazgo motorizado– acudió a la intersección de las avenidas Gonzales Prada y América Sur y solicitó apoyo. Entonces llegó al lugar la móvil número 16, con el conductor Wilman Óscar Camus Briones –agente de serenazgo– y Miguel López Heredia –agente de la Policía Nacional del Perú–, y los tres obligaron a Mines Espinoza a subir a la unidad móvil contra su voluntad y lo trasladaron a un destino desconocido. En circunstancias en que el vehículo se encontraba detenido ante la luz roja de un semáforo, el agraviado se bajó y trató de huir; pero los acusados bajaron, lo aprehendieron y lo reingresaron al vehículo. Entonces Cueva Rodríguez se ubicó para impedir que la víctima se volviera a bajar de la unidad móvil y lo trasladaron al sector San Lorenzo-Quemazón del distrito de Moche, donde lo dejaron abandonado. Posteriormente, el diecisiete de marzo de dos mil trece, se encontró el cuerpo sin vida del agraviado en estado de descomposición, y en el lugar donde había sido abandonado. (Imputación Fáctica y Origen de responsabilidad – Fundamento II de Casación N° 1438-2018-La Libertad)*

El Ministerio Público formula requerimiento acusatorio contra el Policía y los dos serenos, como coautores del delito de secuestro agravado con subsecuente muerte en agravio de Mines Espinoza, solicitando se le imponga a los imputados la pena de cadena perpetua. Concluido el juzgamiento se llegó a demostrar los hechos y fueron condenados a 15 años de pena privativa de libertad. Interpuesto el recurso de apelación por el Ministerio Público, la pena fue incrementada en segunda instancia a 30 años de pena privativa de libertad.

En el juicio quedó probado que el **agraviado** Mines Espinoza, se encontraba alterando la tranquilidad, el orden y la moral pública, "en aparente estado de ebriedad, molestando a los transeúntes y comerciantes del lugar". Siendo éste el motivo de la intervención que se le hizo ese día, en dos oportunidades.

También quedó probado que los acusados tenían la condición serenos de la Municipalidad y uno de ellos era miembro de la Policía Nacional del Perú. Según el Portal Institucional SEGURIDAD IDL-ORG, los Servicios de Serenazgo son una "(...) respuesta positiva de los gobiernos locales frente al estado de inseguridad existente. (...) La cooperación Policía Nacional - Municipalidades para la seguridad ciudadana, a través del Serenazgo se entiende como un apoyo mutuo interinstitucional. Las municipalidades aportan recursos materiales y humanos para apoyar a la Policía Nacional para el cumplimiento de sus acciones específicas de patrullaje y la Policía Nacional apoya con la presencia de su personal activo"[12]. En cuanto a la Policía Nacional del Perú, debe observarse el inc. 1, del Artículo III del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1267, que a la letra refiere que los efectivos policiales, para el cumplimiento de su función policial "garantiza, mantiene y restablece el orden interno, orden público y seguridad ciudadana". Solo el efectivo policial tiene facultades de detención, más no los serenos, por lo que el análisis lo centraremos en esta ocasión, en torno a los miembros de la Policía Nacional.

12 Recuperado de: <https://www.seguridadidl.org.pe/actores/municipalidades/servicio-de-serenazgo. *Consultado en Enero de 2019*>

Ir al índice

También quedó probado que los acusados desplegaron una conducta de restricción de la libertad del agraviado, denominada "Erradicación", que consiste en el traslado del "sujeto alterador" a zonas alejadas de la urbe, práctica no regulada que se viene utilizando y es socialmente aceptada para mantener el orden y tranquilidad, estableciéndose como una suerte de correctivo[13].

Según la Casación, la práctica de "Erradicación", no debió ser realizada de la forma como los acusados lo hicieron, es decir, llevando al agraviado a un lugar desolado, poniendo en peligro su vida, esta conducta no es la idónea para configurar el delito de secuestro, y menos con la agravante de subsecuente muerte, al no haberse logrado acreditar que el resultado muerte haya sido consecuencia de la detención realizada.

Coincidimos con la Casación, en el sentido que los hechos no podían configurar el delito de secuestro con subsecuente muerte, ya que el delito de secuestro es un delito común, que puede ser realizado por cualquier persona, y generalmente se realiza, al margen del ejercicio de toda función pública, lo que no impide que los funcionarios también puedan ser autores, siempre y cuando se trate móviles egoístas y particulares, ajenas al interés público. La conducta típica de este delito afecta de forma directa, amplia y más grave el derecho a la libertad personal, por lo mismo que persigue intereses privados y egoístas, y, además, porque no está sujeta a reglas limitadoras. Sin embargo, en el presente caso, las afectaciones a la libertad del agraviado, por parte de los acusados, no configuran este delito, por cuanto, su privación de libertad no fue sin motivo ni por razones particulares; muy por el contrario, fue realizado por los acusados en ejercicio de sus funciones y por un motivo real, que fue invocado por el fiscal y probado en juicio como es el hecho que el agraviado estaba en la vía pública "estaba en aparente estado de ebriedad y estaba molestando a los transeúntes y comerciantes del lugar, ...el agraviado solo estaba con ropa interior, casi totalmente desnudo".

No toda privación de libertad por parte de la autoridad policial, que no cumpla con los requisitos de ley, configura per se, un delito de secuestro. Cuando eso ocurre, de acuerdo a nuestra legislación se suele realizar el análisis, desde el tipo penal de Abuso de Autoridad, el mismo que sanciona los actos arbitrarios que causen perjuicio; no obstante, aun así, en el presente caso, no corresponde calificar los hechos bajo este tipo penal, puesto que el mismo, en nuestro ordenamiento se encuentra descrito de manera muy genérica, sin atender a las particulares circunstancias y graves consecuencias de los actos arbitrarios contra la libertad personal, resultando evidente que las detenciones policiales arbitrarias, desbordan el delito de Abuso de Autoridad, sancionado además, con una pena no mayor de 3 años.

La Casación señala que no todos los casos de detención policial ilegal, configura secuestro, y que en casos, como el del presente caso, debe de calificarse como abuso de autoridad,

13 Término que debe ser entendido en su *cuarta acepción*, según la DRAE es decir "castigo o sanción, generalmente leves.". Recuperado de <https://dle.rae.es/correctivo>

Ir al índice

sin embargo, tal como lo venimos afirmando, que ello no resuelve el problema de la desproporcionalidad de las penas en el caso del secuestro, y tampoco el problema de la falta eficacia preventiva y protectora del bien jurídico libertad personal. Veamos a continuación como se regula este vacío en la legislación comparada.

3.3. Legislación Comparada respecto al delito contra la libertad y el delito de abuso de autoridad

En estos extremos, corresponde realizar un análisis desde la óptica del Derecho Comparado, a fin de identificar el acierto de las legislaciones extranjeras en cuanto a tipos penales que regulan situaciones intermedias, como la conducta imputada en el Caso Mines Espinoza.

N°	LEGISLACION	TIPO PENAL	PARTICULARIDADES
01	**ARGENTINA** Título denominado "Delitos contra la Libertad"	**ARTICULO 144 bis.** Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: 1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.	Dentro del mismo título, se encuentra el delito de secuestro. El delito de abuso de autoridad se encuentra dentro del Título "Delitos contra la Administración Pública"
02	**CHILE** Sección "Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad cometidos por particulares"	**Art. 148.** Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios *(Reclusión: De 61 días a tres años. Suspensión: De 61 a dos años)*. Si el arresto o detención excediere de treinta días, las penas serán reclusión menor y suspensión en sus grados máximos. *(Reclusión: De 03 años y un día – cinco años. Suspensión: de dos años y un día – 3 años)*	Dentro de la misma sección, se encuentra el delito de secuestro. El delito de abuso de autoridad se encuentra en el Título "De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos"
03	**COLOMBIA** Título de "Delitos contra la Libertad Individual y otras Garantías"	**Artículo 174.** [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.	Dentro del mismo Título, se encuentra el Capítulo de "Del Secuestro". El delito de abuso de autoridad se encuentra en el Título "Delitos contra la Administración Pública"

Ir al índice

04	**HONDURAS** Título de "Delitos contra la Seguridad Interior del Estado"	**ARTICULO 333.** Se aplicará la pena de reclusión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cincuenta mil (L.50, 000.00) a cien mil lempiras (L.100, 000.00) al funcionario o empleado público que: 1) Detenga o incomunique ilegalmente a una persona o no le dé inmediato cumplimiento al mandamiento de exhibición personal expedido por autoridad competente (...)	El delito de secuestro se encuentra en el Título "Delitos contra la Libertad y la Seguridad." El delito de abuso de autoridad, dentro de los "Delitos contra la Administración Pública.
05	**NICARAGUA** Título "Contra la Libertad Individual y otras Garantías"	**Art. 226.-** Comete delito de detención ilegal el particular o funcionario que no ponga en el término legal a la orden de la autoridad competente a los detenidos por delitos o faltas, y el juez o funcionario que detuviere a una persona u ordenare su detención sin cumplir con las formalidades legales o lo mantuviere detenido sin ponerlo a la orden del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de detención más el término de la distancia en su caso. La pena por este delito será de multa de doscientos a quinientos córdobas e inhabilitación especial por el término de 6 meses a 1 año en su caso.	En el mismo título se encuentra el delito de secuestro. El delito de abuso de autoridad se encuentra en el Título "Delitos peculiares de los funcionarios y empleados públicos", y una de sus modalidades es *"[...] 14.- El funcionario o empleado público que ordena o ejecuta ilegalmente o con manifiesta incompetencia, la detención o prisión de una persona"*, sancionada con pena de *"inhabilitación absoluta de seis meses a un año y multa de cien córdobas".*
06	**PANAMA** Título "Delitos contra la Libertad Individual"	**Artículo 152**. El servidor público que, con abuso de sus funciones o en infracción de las formalidades legales, prive de cualquier forma a una persona o más personas de su libertad corporal, o conociendo su paradero niegue proporcionar esta información cuando así se le requiere, será sancionado con prisión de tres a cinco años. Igual sanción se aplicará a los particulares que actúen con autorización o apoyo de los servidores públicos.	En el mismo Título encontramos el delito de secuestro. El delito de abuso de autoridad se encuentra en el Título "Delitos contra la Administración Pública".
07	**ESPAÑA** Título "Delitos contra la Libertad"	**Artículo 167.** 1.-La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este	En el mismo Título se encuentra el delito de secuestro. El delito de abuso de autoridad se encuentra dentro de los

Ir al índice

		Capítulo [De las detenciones ilegales y Secuestro] será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. (...) 3.- En todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.	"Delitos contra la Administración Pública" - Capítulo "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales"

Cuadro 03: Legislación Comparada respecto a los delitos contra la libertad individual.

Como podemos apreciar, las legislaciones anteriores distinguen las conductas referidas al secuestro, a la detención y al abuso de autoridad, enmarcándolas en tipos penales específicos y distintos, ubicando estos según el bien jurídico que, según cada legislación, resulta lesionado.

Resaltamos, que la doctrina del país argentino, es puntual al distinguir, el actuar de la autoridad dentro o no de sus facultades, sosteniendo que: "(...) cuando la autoridad estatal ejerce coacción directa sobre las personas o los bienes para hacer cumplir las normas jurídicas su intervención está justificada porque se trata del cumplimiento de un deber jurídico que excluye la imputación (tipicidad objetiva conglobante), por ello el que sufre la acción del funcionario no puede resistirse ni defenderse legítimamente; por el contrario (...) puede justificarse la resistencia del habitante cuando la conducta del funcionario sea contraria a su deber, porque actuando ilícitamente incurriría en una agresión ilegítima habilitante de la defensa del agredido. [Explican además, que] (...) éste marco ilegal, desde una óptica sustancial o formal, se demanda como escenario de actuación del funcionario para la procedencia de la imputación del delito especial, y ello dimana de los exclusivos medios comisivos elegidos.- Es así, que no quedan abarcadas en este tipo penal las conductas acontecidas en el ámbito privado del funcionario y desconectadas de su función pública" explicándose que "el parámetro separativo del tipo penal calificado es la exhibición de un exclusivo y particular interés del funcionario en el atentado contra la libertad"[14]; esta última afirmación se refiere a los casos en los que el actuar del funcionario excede el injusto de la detención arbitraria, llegando a configurar el delito de secuestro o secuestro extorsivo de ser el caso.

Por otro lado, según la Jurisprudencia Española, el delito de detención ilegal se diferencia del delito de secuestro, pues este último requiere de la existencia de una condición para liberar a una persona, este está señalado como determinante en varios pronunciamientos. Citamos entonces a la STS 2012/297502, de la Sala 2° de fecha 28 de noviembre de 2012 "la diferencia típica entre el delito de secuestro y el de la detención ilegal radica en la exigencia

14 RAFECAS, Creus, ESTRELLA GODOY Lemos. Cámara Penal de Morón, Sala II, 98/10/91. Citado por DONNA en Derecho Penal Parte Especial, pág. 267. Extraído de PORTAL INSTITUCIONAL PENSAMIENTO PENAL. (s/f) CABRIEL BOMBINI y JAVIER DI IORIO; pág. 06.

Ir al índice

de una condición para el rescate"[15]. Sin embargo, en este punto debemos precisar, que esta legislación atribuye siempre al secuestro un carácter extorsivo, a diferencia de nuestro Código Penal Peruano, que contiene la modalidad de "Secuestro Extorsivo", en el delito de "Extorsión", tipo penal distinto al de "Secuestro", el cual no requiere, en su estructura, de la exigencia de una ventaja indebida, como consecuencia de la liberación del agraviado, privado de su libertad, sino simplemente que el actuar se realice sin derecho, motivo, o facultad justificada. Analicemos lo expuesto en el siguiente caso español, objeto de análisis en la STS, de la Sala 2ª, de fecha 30 de abril de 2003 (EDJ 2003/263060), en cuanto a los hechos probados señalan: "...Augusto...le detuvieron, le pusieron unas esposas y lo introdujeron en el vehículo...pues a poco de subir al vehículo le pusieron una capucha y le trasladaron a una montaña donde le sometieron a un duro interrogatorio...Se trataba de presionarle para que facilitara información sobre el paradero de un alijo de haschís...", por cuanto sus fundamentos de derecho manifiestan: "...ahora bien, detener a una persona para conseguir un objetivo no se identifica exactamente con exigir el logro de ese objetivo a cambio de la liberación de aquella...". Al contrastar este análisis con nuestra legislación, tenemos que efectivamente se puede coincidir en que no se aprecia la ventaja indebida que exige el tipo penal de Secuestro Extorsivo, pero sí se configuraría el delito de Secuestro (art. 152°), aunque en la legislación española, se estaría configurando el delito de "Detención Ilegal". Aun cuando podemos discutir la ubicación del delito de Secuestro Extorsivo en nuestro Código Penal, tal controversia no es objeto de análisis en el presente escrito, limitándonos solamente a resaltar la diferencia establecida en la jurisprudencia española, del delito de secuestro [extorsivo] de la "detención ilegal", bajo los términos ya expuestos.

Tal como se conoce en Doctrina penal, la estructura de la normatividad, es en función al bien jurídico protegido, a su importancia y naturaleza, y tal como se puede apreciar del **Cuadro N° 03,** las legislaciones extranjeras consideran que el actuar del funcionario público, lesiona predominantemente la libertad personal, y no la administración pública, de ahí que los tipos penales señalados en el mismo recuadro, se encuentren en tales ubicaciones, distintas a las del delito de abuso de autoridad. De todas estas circunstancias, nuestro Código Penal no da cuenta alguna, es decir, de un delito *"en término medio"*, entre el de secuestro y el de abuso de autoridad, haciéndose necesaria una propuesta legislativa en ese sentido, acorde además, con el Derecho Comparado.

3.4. El delito de Detención Policial ilegal o arbitraria: un vacío legal

Siendo evidente la existencia de un vacío legal, que permita conciliar el principio de proporcionalidad de las penas, con los fines preventivos y protectores del bien jurídico libertad personal, tal como sí ocurre en la legislación comparada, sugerimos una propuesta de *lege ferenda* para el debate, la que ha sido resultado de un análisis guiado por el principio de proporcionalidad, como valor constitucional y principio general del derecho, debiéndose "(...) indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza

15 Recuperado de: <https://elderecho.com/el-delito-de-secuestro-del-articulo-164-del-codigo-penal-y- sus-diferencias-con-el-delito-de-detencion-ilegal-y-con-el-delito-de-coacciones-segun-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo>

Ir al índice

constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma"[16].

Detención Policial Ilegal y Arbitraria

El efectivo policial que comete detención ilegal, con inobservancia de los requisitos de la detención policial, las formas o el plazo de ley será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si la privación de la libertad se da de manera arbitraria, es decir, de forma maliciosa, desproporcional o irrazonable, la pena será privativa de libertad no menor de cinco años ni menor de ocho años.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación por el mismo plazo.

Cuadro N° 04: Propuesta Legislativa

3.4.1. Principio de Idoneidad

Este criterio supone, en primer orden determinar la legitimidad del fin que se pretende concretar con la propuesta legislativa, y en segundo orden, establecer si la existencia del tipo penal, y con ello de su consecuencia jurídica, son adecuadas para alcanzar tal finalidad. Al esbozarse una fórmula del tipo penal de "detención policial ilegal y arbitraria", los objetivos son: **i)** desincentivar la realización de conductas que superan negativamente el ámbito del ejercicio legal de las facultades y funciones del funcionario policial en la práctica de las detenciones policiales que afectan de forma ilegal o arbitraria la libertad personal de los demás ciudadanos; **ii)** resocializar a los sujetos activos del ilícito penal, para reinsertarlos en la sociedad; **iii)** reestablecer, luego de la concreción de la conducta lesiva, la estabilidad social resquebrajada por el actuar delictivo; en ese sentido los objetivos tienen una finalidad[17]: proteger, mediante el poder público, el bien jurídico de libertad personal así como la correcta actuación de los agentes estatales[18]; resultando adecuada la relación medio-fin que supone este primer principio en análisis.

16 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC. Recaída en el EXP. N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003, *fundamento 199.*

17 *"(...) Es importante* ***distinguir*** *entre el objetivo y la finalidad que persigue la disposición penal impugnada. El objetivo tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición penal. La finalidad comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición penal."* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC recaída en el EXP. N° 00008-2012-PI/TC, de fecha 12 de diciembre de 2012, *fundamento trigésimo primero, segundo párrafo.*

18 En palabras de Soler, se adiciona *"...el interés del Estado en la corrección formal y sustancial de los órganos ejecutivos, para cuyos abusos o inconductas nadie puede conceder consentimiento válido".* - Citado por BOMBINI Gabriel y DI IORIO Javier (s/f) SEVERIDADES, APREMIOS y VEJACIONES. Asociación Pensamiento Penal. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37798.pdf# viewer.action=download>

Ir al índice

3.4.2. Principio de Necesidad

Ahora bien, en cuanto al análisis de "necesidad", este principio exige que la regulación de la conducta como delito sea el medio imprescindible para la consecución del fin legítimo, y que a su vez, resulte acorde al principio de mínima intervención del Derecho Penal. Tengamos en cuenta que este principio "(...) exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables (...)[19]. En ese sentido, debemos referirnos a: **i)** Si es que la conducta que se pretende tipificar vulnera algún bien jurídico, **ii)** si esa lesión amerita una medida desde el Derecho Penal, y **iii)** descartar la existencia de otros medios igualmente idóneos y menos gravosos.

De conformidad con el **principio de protección de bienes jurídicos**, determinamos que en el tipo penal de "detención policial ilegal y arbitraria", se sancionará las conductas que afecten la libertad personal, en sentido restringido[20], denominada también física o corporal, entendida como la facultad de desplazamiento del individuo conforme a su voluntad. La Corte Constitucional de Colombia, señala que la libertad física significa "ausencia de aprehensión, retención, captura, detención o cualquier otra forma de limitación de la autonomía de la persona"[21]. En la misma línea de interpretación, el Máximo Intérprete de nuestra Constitución ha señalado que, la libertad individual "En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado"[22].

De la descripción típica propuesta (*véase cuadro n° 4*), se aprecia que es un delito especial propio, cualificado por el agente, quien es siempre un funcionario policial, por ello la conducta criminalizada busca además, "garantizar la regularidad del desempeño funcional de los efectivos policiales, de modo que se excluyan situaciones de abuso de poder en la práctica de las detenciones policiales, es decir, asegurar el correcto ejercicio de sus atribuciones con sujeción a la ley, el derecho y el ordenamiento jurídico"[23], incorporándose así, criterios que corresponden en principio al delito de abuso de autoridad *(art. 376 del Código Penal).*

---

19 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el EXP. N° 0012-2006-PI/TC – Lima, de fecha 15 de diciembre de 2006, *fundamento trigésimo segundo, párrafo octavo.*

20 Actuales pronunciamientos de la Corte IDH, explican que la libertad personal puede ser entendida además desde un contenido amplio que se asocia también a la posibilidad de autodeterminación. Véase Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de junio de 2003, párr. 77

21 González-Monguí, Pablo Elías. Delitos contra la libertad individual y otras garantías. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017, p. 29.

22 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el EXP. N° 2663-2003-HC/TC, de fecha 23 de marzo de 2004, *fundamento jurídico cuarto.*

23 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Grijley. Cuarta edición. 2007. pp. 218 y siguientes

Ir al índice

No cualquier tipo de ataque a la libertad personal por la incorrecta actuación de los agentes policiales exige la inmediata intervención del derecho penal, ello en observancia del **principio de fragmentariedad**, por el cual "no [se] ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes [jurídicos] que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos"[24]. El poder del funcionario policial para "la restricción del derecho a la libertad personal, como es la detención, debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). A su vez, la legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen la Convención, y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas"[25].

La Corte IDH distingue la detención policial "arbitraria" del de "ilegal", en función al sentido de ambos en el marco de la privación de la libertad, "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad". No se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad"[26]. De esta manera, una detención policial ilegal sería aquella que contraviene los requisitos, las formas o el plazo de Ley[27], mientras que la arbitraria, además de la ilegalidad, lleva un plus de incorrección, injusticia e irrazonabilidad.

En el mismo sentido se tiene la jurisprudencia y doctrina argentina, desarrollada en el Caso Daray, sobre todo en los fundamentos de voto de los Dres. Nazareno, Moliné O' Connors y Levene, al considerar inválida la detención ejercida a un ciudadano supuestamente bajo los criterios de "indicios de culpabilidad", explicando que "esta norma [detención por averiguación de antecedentes] no constituye una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de las autoridades policiales. Ella requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es ilícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención, y al mismo tiempo proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad. De lo actuado en la causa nada persuade de que la autoridad policial haya obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable conducir a Garbín a la delegación policial y, en todo caso, si esas

24 Como ha apuntado Bustos Ramírez, "dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación lesiva del bien jurídico, sino respecto de hechos muy determinados y específicos. Lo contrario significaría una ampliación de la actividad punitiva del Estado que podría llevar a una paralización de la vida social y a provocar la inseguridad de las personas permanentemente amenazadas por la violencia del Estado". BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Vol. I, Trotta, Madrid, 1997, ps. 66-67.

25 Corte IDH. (2006) *Caso Servellón García y Otros vs. Honduras*, párr. 89.

26 Corte IDH. (2016) *Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 140.*

27 Corte IDH. (2011) *Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones, párr. 54.*

Ir al índice

circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido" [sic] in pectore "y no han dejado expresión de ellas (...) [considerando N° 12[28]]". ***Este sería un supuesto de privación arbitraria de la libertad, toda vez que, si bien la detención por averiguación de antecedes se encontraba legalmente permitida, la irrazonabilidad de la medida ante la carencia de razones suficientes para proceder a la detención, así como no motivación de la medida, dotan de una peculiar gravedad a las actuaciones policiales.*** Al respecto, la Corte IDH ha desarrollado que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que – aun calificados de legales – puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. [...] Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: ***i)*** *que su finalidad sea compatible con la Convención;* ***ii)*** *que sea [...] idónea [...] para cumplir con el fin perseguido;* ***iii)*** *que sea [...] necesaria [...], es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido;* ***iv)*** *que sea [...] estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida;* ***v)*** *cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención"*[29].

Entonces, la restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones señaladas en nuestra legislación, y superar además, los presupuestos que la hacen no arbitraria; citando como ejemplo, la intervención en flagrancia delictiva, acotando que, aun cuando la misma se encuentra regulada, ello no significa que el actuar de los funcionarios o servidores públicos intervinientes menoscabe, más allá de lo permitido, la libertad y dignidad de los detenidos; por ello, en cada caso en concreto, debe observarse los Protocolos de Intervención, que en el ejemplo de flagrancia delictiva, sería el Protocolo de Trabajo Conjunto entre el Ministerio Público y Personal PNP-MINJUS. Podemos citar además, el caso de la detención en circunstancias de identificación personal, realizada por los efectivos policiales en la vía pública, diligencia acorde a derecho, siempre que resulte necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible, tal como se indica en el Protocolo de Control de Identidad Policial-MINJUS, el mismo que refiere la observancia del Principio de Necesidad, Proporcionalidad, Razonabilidad e Idoneidad, para determinar si el caso en concreto, se amerita la detención con fines de identificación.

---

28 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. STC de 22 de diciembre de 1994. Portal Institucional del Gobierno de Santa Fe. Recuperado de: <https://santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/214312/1110705/file/APUNTES%20PRUEBA%20Y%20ESTUPEFACIENTES.pdf En el mismo sentido: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=272&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=REQUISA>

29 Corte IDH (2015) *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de octubre de 2015. Serie C No. 301, párr. 198.

Ir al índice

Retomando el caso de la Casación, el aludido plan de "Erradicación", no se encontraba debidamente regulado, ni siquiera a nivel policial, como mecanismo de seguridad ciudadana, y por lo tanto, la privación de libertad personal para su traslado hacia un lugar desolado fuera de la ciudad, aun cuando el actuar de los acusados fue en atención al interés público, no cabe duda que se trató de un proceder inadecuado, desproporcional, extralimitando las facultades que ostentaba el efectivo policial (también los serenos), no resultando siquiera idóneo o necesario para el fin que perseguían. Téngase en cuenta además, que la Corte IDH, ha señalado que *"(...) toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física"*[30]*;* diligencias que en el Caso MINES ESPINOZA tampoco fueron realizadas, ni comunicadas al Fiscal de turno, a fin de evaluar la legalidad de la detención y posterior traslado.

También corresponde realizar el examen desde el **principio de subsidiariedad**[31], y si lo que se pretende penalizar es la conducta del "funcionario policial, que, con abuso de sus funciones priva a otro, de cualquier forma, de su libertad personal", los medios extrapenales no satisfacen la protección que se requiere, resultando así necesaria la criminalización de estas conductas para los objetivos fijados y para la concreción de la efectiva protección de la libertad personal.

3.4.3. Principio de Proporcionalidad en *strictu sensu*

Este tercer paso del test de proporcionalidad consiste en determinar y confrontar la importancia de los bienes jurídicos en riesgo, en atención a la ley de ponderación, la que exige que "(...) exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: a) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, b) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda"[32], análisis que se realizará en atención a: "1) Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir: *i)* la importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas); y, *ii)* la importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa (grado de ventajas). En la determinación de dichos pesos, se pueden tomar en consideración elementos tales como la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, entre otros, ya sea en la intervención del derecho fundamental o en la satisfacción del fin legislativo. 2) Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental. 3) Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo".

30 Corte IDH. (2012) *Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 100.*

31 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General,* 5° Edición (2° reimpresión) Barcelona, 1998, p. 90.

32 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el EXP. N° 0012-2006-PI/TC, de fecha 15 de diciembre de 2006, *fundamento trigésimo segundo, párr. décimo segundo.*

Ir al índice

Lo que debe someterse a ponderación, es la realización del fin, es decir, la satisfacción que supone la protección al bien jurídico consistente en la libertad personal y la correcta actuación de los agentes estatales; respecto a la afectación al derecho a la libertad personal que implica la pena privativa de libertad para el sujeto agente por un tiempo determinado. Para ponderar estas afectaciones, debemos fijar la magnitud de la limitación del derecho fundamental y la importancia de la satisfacción del fin perseguido, análisis que observará lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[33], en relación a las intensidades debemos resaltar que interviniendo el Derecho Penal en la protección de los bienes jurídicos como la libertad personal y la correcta actuación policial, lo que se pretende es asegurar la convivencia pacífica entre los ciudadanos, el respeto a los valores fundamentales, además de fortalecer la confianza de la población respecto a las autoridades policiales, entre otros funcionarios y servidores públicos.

El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido constitucionalmente en el artículo 2, inc. 24, proscribiendo en el mismo texto legal cualquiera de sus afectaciones, como se aprecia del acápite b) "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley". La importancia de este derecho es tal, que incluso el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que "(...) el derecho fundamental a no ser privado de la libertad en forma ilegal o arbitraria es tan vital, importante y necesario como el derecho a no verse sujeto a la esclavitud, a la servidumbre o a la trata de personas. Quien es sujeto pasivo de cualquier forma antijurídica de privación de su capacidad para determinarse físicamente por sí mismo, resulta victimizado por un atropello que desconoce la autonomía individual y la indisponibilidad propias de todo miembro del género humano"[34]. La libertad personal se encuentra además, consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente en el art. 7, resaltándose además, que "[inc. 3] Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

En cuanto a la correcta actuación de los agentes policiales, se intenta resguardar las cualidades que debe poseer todo funcionario, subrayando que "una fuerza policial honesta, profesional, preparada y eficiente, es la base para desarrollar la confianza de los ciudadanos"[35], esto porque juega un papel fundamental "en la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, tal como se garantiza en la Declaración

33 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el EXP. N° 045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005, *fundamento trigésimo quinto. "Para hacer más racional dicha operación resulta relevante contrastar los grados o intensidades de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra en los bienes u objetivos constitucionales que persigue la intervención por parte de la ley y su aplicación en el caso concreto. Este colegiado ha incorporado una escala triádica para asignar dichos valores. En tal sentido hemos establecido que "la valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización [grados de satisfacción] del fin constitucional de la restricción".*

34 OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2005) Las detenciones arbitrarias son incompatibles con el Estado de Derecho. Portal Institucional HCHR, párr. 6.

35 CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, 1998, capítulo V, párrafo 392.

Ir al índice

Universal de los Derechos Humanos y se reafirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos"[36].

En ese orden de ideas, el grado de realización o satisfacción del objetivo propuesto resulta ser elevado, porque se protege la libertad personal, reconocida incluso convencionalmente, además de la correcta actuación de los servidores y funcionarios públicos, quienes se encuentran comprometidos con realizar una labor acorde a derecho y a los valores fundamentales del Estado Constitucional, en resguardo de la integridad de los ciudadanos. No se trata de una sobrecriminalización de las conductas, puesto que, toda acción que atenta contra la libertad individual se encuentra proscrita en diversos textos legales; nos encontramos ante un vacío que amerita una disposición, que como ya se ha examinado, no resulta suficiente si no es del Derecho Penal.

Ante tales consideraciones, la intervención penal con la penalización de las conductas del tipo penal propuesto, tiene una intensidad leve, en la medida que se trata de una pena privativa de libertad temporal proporcional para la lesión a los bienes jurídicos. En este punto, debe tenerse en cuenta el desvalor de la conducta del sujeto agente, que actúa i) en abuso de sus funciones y sin motivo legal, y ii) de manera arbitraria; distinción que se realiza teniendo en cuenta los criterios de la Corte Interamericana expuestos líneas anteriores, y cuyas penas van de tres a cinco años, y de cinco a ocho años respectivamente, además claro está, de la pena de inhabilitación, por lo que supone el cargo de servidor o funcionario público.

Obsérvese que el delito de detención policial ilegal y arbitraria, se encuentra sancionado con una pena mayor al delito de abuso de autoridad, esto por la gravedad que implica la afectación al derecho a la libertad personal, como valor constitucionalmente protegido, a diferencia de otras afectaciones en las que pueden incurrir los agentes estatales, las cuales corresponderán solamente al delito de abuso de autoridad. También debe tenerse en cuenta que la pena en esta propuesta legislativa es superior a la que se encuentra establecida en el delito de "Detención Judicial Ilegal", porque el actuar del Juzgador, sujeto agente en ese delito especial, generalmente no afecta de manera directa e inmediata la libertad personal del ciudadano, por ser un delito de peligro, a diferencia de la detención practicada por el efectivo policial, que es de hecho e inmediata, por ser un delito de lesión.

Cierto es, que la pena a imponerse es menor a la que prevé el delito de secuestro, con el cual, dada la conducta imputada en la Casación en análisis, conviene contrastar, resaltando las similitudes y diferencias, las mismas que a continuación se exponen: ***A)*** *La existencia de los límites impeditivos*, puesto que tal como refiere Roy Freyre, *"la materialidad del delito de secuestro consiste en privar a una persona de la facultad de movilizarse de un lugar a otro, aun cuando se le deje cierto ámbito de desplazamiento que la víctima no puede físicamente traspasar, configurando el delito, precisamente, la existencia de los límites impeditivos"*[37],

36 Naciones Unidas, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Considerandos 1 y 3.

37 ROY FREYRE, Luis. *Derecho Penal Peruano. Parte especial.* Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1974, pág. 266.

Ir al índice

circunstancia que en el caso de la detención policial y arbitraria también resulta de similar consideración, ya que para la configuración de este ilícito penal, no se exige que la privación de la libertad se dé en una dependencia policial, en el calabozo de esta o en un vehículo de la misma característica, ya que cualquiera sea el modo, lo que debe corroborarse es la imposibilidad del agraviado de trasladarse conforme a su voluntad, apreciándose la conducta arbitraria del sujeto agente, quien sobreponiéndose sobre sus facultades o inobservando los debidos procedimientos, dirige su conducta en perjuicio de la libertad personal del sujeto pasivo. ***B)*** *Las modalidades de consumación*, aun cuando el tipo penal propuesto no hace alguna referencia al respecto, téngase en cuenta que el mismo se consuma si es que se aprecia, al igual que en el secuestro, las siguientes acciones desarrolladas por la jurisprudencia argentina: *"Las acciones típicas son las de sustraer, retener u ocultar. La primera de ellas consiste en quitar a la persona del ámbito en el cual desarrolla su vida en libertad; a la vez que retener equivale a mantener al sujeto fuera del referido ámbito por un lapso temporal que puede ser más o menos prolongado; y [sic] igualmente, ocultar significa esconder al sujeto pasivo evitando de esta forma que reintegre a su ámbito de libertad, o bien entorpeciendo las acciones de quienes deberían restituirlo a ese estado. No es necesario que el mismo acto realice todas las acciones, pues bien pueden intervenir indistintamente en cualquiera de sus etapas, sin embargo, la "realización sucesiva de estas acciones por parte del mismo autor no multiplica la delictuosidad"*[38].

En segundo orden, en cuanto a las diferencias entre los tipos penales de secuestro y detención arbitraria, tenemos: El actuar sin derecho ni motivo o facultad justificada, es el fundamento de la conducta reprochable del sujeto activo, en el delito de secuestro. En efecto, *"si se concluye que determinada persona actuó conforme a derecho o en todo caso, dentro de las facultades que le franquea la ley, el delito [de secuestro] no aparece; lo que ocurre cuando una persona u autoridad detiene a una persona inmersa en flagrancia delictiva, o cuando se detiene a la persona por orden judicial (...)"*[39]. Distinto es el caso en el delito de detención policial ilegal y arbitraria. En estos casos, el sujeto agente actúa siempre con derecho, motivo o facultad justificada, es decir, su conducta se ve encaminada a salvaguardar el interés público y/o la seguridad colectiva, sin embargo, desborda sus facultades, o no tiene en cuenta el procedimiento establecido por ley para ejercer sus funciones, y ello lesiona gravemente el bien jurídico tutelado. Esto no significa que los funcionarios policiales no puedan cometer el delito de secuestro (art. 152°) o el secuestro extorsivo (art. 200°), sino que, ello sucederá siempre que su proceder obedezca a la satisfacción de sus propios intereses, lo cual importa un despliegue de actividad probatoria que así lo acredite.

---

38 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. TRIBUNAL ORAL CRIMINAL FEDERAL N° 02. Causa *"Surita Luis Alejandro S/inf. Art. 170 del C.P. "Rta. El 20-02-07"*. Citado en el Portal Institucional del Ministerio Público Fiscal del Gobierno de Argentina. Capacitaciones acerca del Delito de Secuestro Extorsivo, pág. 02, párr. primero. Recuperado de: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitación/Art_170_CP.pdf

39 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal -Parte Especial. 6ta. Edición.* Volumen 1.Lima: Editorial IUSTITIA, 2015, p. 518.

Ir al índice

4. Parte Resolutiva

La Sentencia de Casación No.1438-2018-La Libertad declaró fundado el Recurso de Casación que presentó la defensa por *"(...) errónea interpretación del artículo 152° del Código Penal (...)"*, y en consecuencia revocaron la sentencia emitida por el Ad Quo que condenó a los imputados como coautores del delito de secuestro agravado, y reformándola los absolvieron de los cargos formulados en la acusación fiscal, disponiendo su inmediata libertad.

Asimismo, se dispuso que se remitan copias al Ministerio Publico, para que se investigue a los imputados por los delitos de abuso de autoridad y exposición de personas al peligro, así como los que el titular de la acción penal estime pertinentes.

Respecto a la Casación estamos de acuerdo con la conclusión arribada, pues no se configura el delito de secuestro, y tampoco la relación de causalidad con el resultado muerte del agraviado. Sin embargo, respecto a que se investigue a los procesados por los delitos de abuso de autoridad y exposición de persona en peligro, consideramos era innecesaria, pues atendiendo a que los hechos datan del veinticuatro de febrero de dos mil trece y al no existir una formalización de investigación preparatoria, el delito de abuso de autoridad ha prescrito a los 4 años y medio, es decir, el 23 de agosto de 2017, y el delito de exposición de persona en peligro, a los 6 años, es decir, el 23 de febrero de 2019.

5. Conclusiones

5.1. No toda detención policial realizada al margen de la Ley configura el delito de secuestro. Si la detención está motivada por móviles egoístas, si pudiera configurar secuestro del artículo 152° o el secuestro extorsivo del artículo 200°. Si mediara un interés público, como en el presente caso, no configuraría el secuestro, sino un caso de abuso de autoridad.

5.2. El delito de abuso de autoridad, en el presente caso ya está prescrito, pero, además, no garantiza los fines de prevención y protección de la libertad personal, frente a detenciones policiales ilegales o arbitrarias.

5.3. Se hace necesario llenar el vacío existente, por la falta de regulación de la detención policial ilegal o arbitraria, para así evitar que sea sancionada, desproporcionalmente como secuestro, ni como delito de abuso de autoridad genérico, que es el otro extremo, y que no garantiza una efectiva prevención de las detenciones policiales ilegales o arbitrarias, ni la protección de la libertad personal de los ciudadanos.

5.4. Se hace necesario una modificación de *lege ferenda*, como una suerte de tipo especial e intermedio, que logre conciliar los fines de protección y prevención de violaciones a la libertad personal, por detenciones policiales abusivas, con la proporcionalidad de las penas.

5.5. Que la propuesta de tipificación hecha en este trabajo sirva como una propuesta mejorable, que inicie el debate y socialice la necesidad de regular la detención policial ilegal y arbitraria.

Ir al índice

21

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 353-2019
LIMA

Asociación ilícita y prisión preventiva

I. La prisión preventiva es la medida a la que frecuentemente se recurre para neutralizar cualquier atisbo de peligro procesal. En ese contexto, el problema que surge es que, en la mayoría de los casos, no se efectúa previamente una evaluación sobre la verdadera intensidad del peligro. Se soslaya que no cualquier traba procesal resulta *per se* suficiente para dictar una prisión, sino solo aquella que resulte idónea y concluyente para impedir o comprometer seriamente el curso regular del proceso. Es por ello que resulta inconstitucional la aplicación automatizada de la prisión preventiva, con base en creencias subjetivas y con ausencia de un mínimo de razonabilidad en la motivación, entre otros factores. Su uso arbitrario, excesivo e injusto no sólo lesiona severamente la libertad personal y la presunción constitucional de inocencia, sino, además, genera un efecto degradante e irreparable en la dignidad humana. La prisión preventiva, bajo una perspectiva general, constituye una medida efectiva de sujeción procesal, empero, desde la casuística, no siempre satisface el test de proporcionalidad, disgregado en los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

II. La Sala Penal Superior no observó adecuadamente los criterios constitutivos del peligro de fuga, según lo prescrito en el artículo 269 del Código Procesal Penal. Asimismo, incorporó inferencias probatorias que, en ciertos casos, admitían un curso causal paralelo. Desde la óptica de logicidad, es cuestionable que no se haya descartado otras hipótesis alternativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado a una decisión distinta. La prisión preventiva se toma como injustificada. No resulta necesaria una nueva audiencia o debate para decidir la medida de coerción aplicable. Al encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, en primera

Ir al índice

instancia, de modo razonable, se le aplicó mandato de comparecencia con restricciones. La sentencia de casación es rescindente y rescisoria, de acuerdo con el artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal. El auto de vista será casado y, actuando en sede de instancia, sin reenvío, se confirma el auto de primera instancia.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de diciembre de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE contra el auto de vista de fojas doscientos treinta y cinco, del dieciocho de enero de dos mil diecinueve, emitido por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, que revocó el auto de primera instancia de fojas ciento ochenta y tres, del catorce de diciembre de dos mil dieciocho, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado en su contra por el representante del Ministerio Público y, reformándola, declaró fundado el mencionado requerimiento por el plazo de doce meses; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, en agravio del Estado.

De conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal. Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. El señor fiscal provincial, mediante requerimiento de fojas cincuenta y siete, del veinte de marzo de dos mil dieciocho, solicitó que se dicte prisión preventiva por el plazo de treinta y seis meses contra los acusados Ludith Orellana Rengifo, Pedro Raúl Guzmán Molina, Katherine Elizabeth Díaz Berrú, ÁLVARO DELGADO SCHEELJE y Carlos Martín Vargas Machuca Arrese.

A la primera se le atribuyó la autoría de los delitos contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, y contra la administración pública-cohecho activo genérico, ambos en agravio del Estado.

Al segundo se le atribuyó la autoría de los delitos contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, y contra la administración pública-cohecho pasivo impropio, ambos en perjuicio del Estado.

Ir al índice

A la tercera se le atribuyó la autoría del delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, y la complicidad primaria del delito contra la administración pública-cohecho activo genérico, ambos en agravio del Estado.

Al cuarto y quinto se les atribuyó la autoría del delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, en perjuicio del Estado.

Las calificaciones jurídicas fueron las siguientes:

El delito de asociación ilícita está regulado en el artículo 317 del Código Penal; el delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el artículo 394 del Código Penal; y, el delito de cohecho activo genérico está previsto en el artículo 397 del Código Penal.

Segundo. Del requerimiento mencionado, emerge el siguiente *factum* postulado por el representante del Ministerio Público.

2.1. Imputación general

Durante los años dos mil nueve y dos mil trece, Ludith Orellana Rengifo, conjuntamente con un grupo de personas con amplio conocimiento en derecho registral, notarial y municipal, y con la asistencia de practicantes y procuradores, integraron el estudio jurídico "Orellana", cuyo local se situó en la avenida Guardia Civil número 835, urbanización Corpac, distrito de San Isidro. Inicialmente, los miembros de esta agrupación fueron los siguientes: Ludith Orellana Rengifo, Patricia Pilar Rojas Rocha, Katherine Díaz Berrú, Sandy Cosío Hohagen, Minoska Córdova Contreras, Carla Cruzado Crisólogo, Eyner Flores Ramos, Jesús Verde Aguirre y otros. Estos últimos, entre enero y febrero de dos mil nueve, formaron parte del "área de saneamiento" liderado por la primera. Brindaron asesoramiento legal sobre saneamiento de inmuebles (terrenos, casas, departamentos, entre otros), lo que involucraba el estudio y análisis de partidas regístrales, títulos archivados, así como, la realización de trámites ante Municipalidades, Notorias y Registros Públicos.

Ludith Orellana Rengifo, Patricia Pilar Rojas Rocha y Katherine Elizabeth Díaz Berrú conformaron una asociación delictiva al interior del "área de saneamiento" dedicada a sobornar a funcionarios de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos -en adelante Sunarp-, así como a intermediarios que posean influencias en dicha entidad pública. En el año dos mil nueve, ingresaron Eyner Flores Ramos y Myriam Valcárcel Gonzáles, quienes cumplieron diferentes roles en la cúpula delictiva.

Contaron con el aporte de personas externas al estudio jurídico, como funcionarios de la Sunarp, árbitros y notarios públicos de diversas ciudades del país.

Uno de los funcionarios captados e integrados por Ludith Orellana Rengifo fue ÁLVARO DELGADO SCHEELJE. Ambos mantenían vínculos de amistad. Este último, valiéndose de su condición de superintendente adjunto y posteriormente como superintendente nacional, tenía por función realizar direccionamientos de las solicitudes de inscripción de títulos presentadas

Ir al índice

ante los Registros Públicos en el dos mil nueve y dos mil diez, para lo cual, intercedía ante el servidor de la Unidad de Tecnología de la Información Wilfredo Jesús Núñez Peña. Todo ello, a cambio de la promesa de entrega de dinero realizada por Ludith Orellana Rengifo a ÁLVARO DELGADO SCHEELJE.

De otro lado, Ludith Orellana Rengifo y Pedro Raúl Guzmán Molina - registrador público de la Gerencia de Predios de la Zona Registral IX, sede Lima- poseían una vinculación académica debido a que egresaron de la carrera profesional de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres en mil novecientos noventa y siete. En ese sentido, la primera contactó al segundo para ofrecerle determinada suma de dinero con el propósito de que inscriba los títulos que llegarían a su sección, lo que fue aceptado.

De esta manera, Ludith Orellana Rengifo, Patricia Pilar Rojas Rocha y Katherine Elizabeth Díaz Berrú coordinaban con ÁLVARO DELGADO SCHEELJE acerca de los direccionamientos de los títulos que se ejecutarían en los Registros Públicos, a fin de que sean derivados irregularmente a la sección del registrador Pedro Raúl Guzmán Molina. Con este último también se contactaban para coordinar las inscripciones respectivas. De por medio se efectuaron pagos a dichos funcionarios públicos.

A través de ÁLVARO DELGADO SCHEELJE se logró captar a Wilfredo Jesús Núñez Peña, quien realizó veintisiete direccionamientos de títulos relacionados a la agrupación delictiva.

Ludith Orellana Rengifo designó a personas de su grupo criminal para que coordinen con los funcionarios concernidos.

Las personas encargadas de negociar el ofrecimiento de dinero a Pedro Raúl Guzmán Molina, para que inscriba los títulos, eran Ludith Orellana Rengifo, Patricia Pilar Rojas Rocha y Katherine Elizabeth Díaz Berrú, quienes se reunían en el domicilio del primero o por inmediaciones del estudio jurídico "Orellana" en el distrito de San Isidro. La mayoría de veces las coordinaciones se realizaban vía telefónica. Los delegados para realizar las entregas de dinero eran Ludith Orellana Rengifo, Patricia Pilar Rojas Rocha, Katherine Elizabeth Díaz Berrú, Eyner Flores Ramos y Jesús Verde Aguirre.

Ludith Orellana Rengifo o su secretaria Carla Cruzado Crisólogo, en forma directa o por vía telefónica, se comunicaban con ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, para que se contacte con Wilfredo Jesús Núñez Peña a fin de que este, a su vez, direccione los títulos hacia el registrador Pedro Raúl Guzmán Molina. Tanto Eyner Flores Ramos como Carla Cruzado Crisólogo llevaban sobres manila con dinero para entregárselos a ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, en su oficina sito en el piso seis del edificio de la calle Armando Blondet número 260, en el distrito de San Isidro.

Miryam Del Rocío Valcárcel Gonzáles, trabajadora del estudio jurídico "Orellana", por indicación de Ludith Orellana Rengifo generó códigos personales a los miembros de la organización durante el dos mil nueve, con el propósito de mantener en reserva sus identidades. Se consignaba a la persona que conocía el caso, el acto realizado y su estado actual.

Ir al índice

También formaron parte de este círculo delictivo, Pedro Rolando Landa Niada, Rosa María Ledesma Vela, Largio Hurtado Palomino, Eduardo Smith Rodríguez, Tesalia Pacaya Taricuarima, Lauro Sánchez Ramírez, Wilmer Arrieta Vega, Jerson Zapata Ríos, Oscar Ornar Pantoja Barrero, Hernández Villacrez Torres, Manuel Asunción Villacrez Arévalo, Rosalía Vargas Shaus, Máximo Juan Núñez Quispe, Alfredo Roberto Sánchez Hornas y Mike Deivis Torres Torres, quienes participaron activamente en los procesos de saneamiento registral de los inmuebles que el área respectiva captaba, a través de contactos y clientes que fungían como testaferros del estudio jurídico "Orellana". Estas personas prestaron su nombre para suscribir documentos públicos y/o privados (minutas, contratos, escritos de subsanación, etcétera).

Entre finales de dos mil diez y comienzo de dos mil once, Niki Eder Ramírez Salvador realizó acciones en favor de la organización criminal, tales como apoyar a Patricia Pilar Rojas Rocha en la elaboración de documentación simulada para luego presentarla ante Notarías y Registros Públicos. Se contactó con el registrador Pedro Raúl Guzmán Molina, a efectos de que coordinara la inscripción de títulos y la entrega de dinero.

Posteriormente, luego de que ÁLVARO DELGADO SCHEELJE dejara de ejercer el cargo de superintendente nacional de la Sunarp, Ludith Orellana Rengifo y su equipo de trabajo buscaron integrar a su célula criminal a otra persona para que se encargue de interceder y gestionar ante algún determinado funcionario o servidor público dedicado a la distribución de títulos, el direccionamiento de los mismos a la sección registral atendida por Pedro Raúl Guzmán Molina.

A fines de dos mil once, se captó a Carlos Martín Vargas Machuca Arrese. Este último, al igual que ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, poseía influencias dentro de la Sunarp, por lo tanto, desde fines de dos mil once hasta fines de dos mil trece, intercedió ante el personal de la Oficina del Diario y Mesa de Partes de la Zona Registral IX, sede Lima, para que dirija los títulos a la dependencia de Pedro Raúl Guzmán Molina. Este accionar tuvo éxito.

Durante el dos mil doce, Yanina Hurtado Marcos estuvo encargada del manejo de los fondos del "área de saneamiento". Después de ello, por la confianza brindada por Ludith Orellana Rengifo, en el dos mil trece estuvo a cargo de la administración y custodia de los fondos del estudio jurídico "Orellana", que eran utilizados para corromper a funcionarios como Pedro Raúl Guzmán Molina y a abogados externos como Carlos Martín Vargas Machuca Arrese.

2.2. Imputación específica

Al procesado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE se le incrimina el delito de asociación Ilícita, en perjuicio del Estado.

Se le atribuye haber formado parte de una organización criminal desde el año dos mil nueve hasta el año dos mil trece, para cometer diversos ilícito penales, entre ellos, corrupción de funcionarios, con el propósito de lograr la inscripción de múltiples solicitudes ante la Sunarp.

Ir al índice

El rol imputado consiste en haber gestionado el direccionamiento de títulos vinculados a la organización criminal, durante los años dos mil nueve y dos mil diez, a fin de que sean derivados a la sección del acusado Pedro Raúl Guzmán Molina y sean inscritos por este. Tuvo conocimiento de los sobornos ofrecidos al citado registrador público.

Tercero. Llevada a cabo la audiencia respectiva, el catorce de diciembre de dos mil dieciocho, según acta de fojas ciento setenta y uno, el señor juez penal, a través del auto de fojas ciento ochenta y tres, de la misma fecha, declaró:

3.1. Infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, Katherine Elizabeth Díaz Berrú y Pedro Raúl Guzmán Molina. Les impuso mandato de comparecencia con restricciones. Las reglas de conducta fueron: asistir con puntualidad a las citaciones judiciales que se giren, concurrir al control biométrico cada quince días y no acercarse ni reunirse con los testigos o coacusados en la presente investigación.

3.2. Fundado en parte el requerimiento de prisión preventiva planteado contra Ludith Orellana Rengifo por el plazo de nueve meses.

Cuarto. Contra la citada resolución, el señor fiscal provincial interpuso recurso de apelación de fojas doscientos uno, del diecinueve de diciembre de dos mil dieciocho, en cuanto declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, Katherine Elizabeth Díaz Berrú y Pedro Raúl Guzmán Molina; e, impuso nueve meses de prisión preventiva a Ludith Orellana Rengifo.

Quinto. Luego de culminada la audiencia de apelación, el Tribunal Superior, mediante auto de vista de fojas doscientos treinta y cinco, del dieciocho de enero de dos mil diecinueve:

5.1. Confirmó el auto de primera instancia recurrido, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra Katherine Elizabeth Díaz Berrú.

5.2. Revocó el citado auto en los demás extremos y, reformándolo, declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formalizado contra ÁLVARO DELGADO SCHEELJE y Pedro Raúl Guzmán Molina; y, aplicó doce meses de prisión preventiva a Ludith Orellana Rengifo.

Sexto. En lo pertinente, el peligro de fuga del encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE fue motivado de la siguiente manera

6.1. Está desvirtuada la afirmación de que no cuenta con domicilio conocido.

6.2. No posee arraigo familiar. Está separado de su esposa, pero no se ha acreditado documentalmente su divorcio. Su hijo radica en el país de España y, por ello, no existe certeza de que posea "raíces" en Perú.

6.3. Según su registro migratorio ha realizado constantes viajes fuera del país, el último fue a España desde el once hasta el veintiocho de febrero de dos mil dieciocho. Tiene un

Ir al índice

amplio registro de ingresos y salidas del país, como mínimo ha viajado en tres ocasiones durante dos años. Se aprecia "cierta" facilidad para abandonar el país, lo que incrementa la "probabilidad" de que "eventualmente" decida eludir la administración de justicia.

6.4. Respecto al arraigo laboral, se estableció que la constitución de la empresa Blu Productora S.A. no lo vincula con la realización de una actividad conocida y permanente. Se trata de una empresa que organiza eventos, los cuales, por "máximas de la experiencia", eventualmente se realizan. La constitución de la citada empresa es posterior a la presentación del requerimiento de prisión preventiva y próxima a la realización de la audiencia.

6.5. Constan suficientes elementos de convicción que acreditarían la hipótesis del Ministerio Público, por lo que el presupuesto de "pertenencia a una organización criminal" se encuentra "presente".

6.6. Fue un "alto funcionario". Su conducta es "doblemente" reprochable pues ostentaba el cargo de superintendente adjunto y luego superintendente de Registros Públicos. Su "pertenencia" a una organización criminal genera una mayor afectación al bien jurídico.

6.7. El Ministerio Público solicitó la imposición de seis años y ocho meses de privación de libertad. La "gravedad" de la pena representa un "indicio" de que "puede" sustraerse de la administración de justicia.

6.8. La aplicación del principio de oportunidad, según el artículo 2 del Código Procesal Penal, no atañe a la función jurisdiccional y no puede tomarse como referencia de la conducta procesal. No existe "convicción" de que la "inconcurrencia" a las citaciones del Ministerio Público denote una "conducta negativa".

6.9. Tiene un proceso penal en trámite por delito de lesiones culposas signado con el expediente número 114-2015-0 y sólo registró su firma en el control biométrico cuatro veces, luego de lo cual, dejó de hacerlo. Ello "denota" una voluntad reacia a cumplir las reglas de conducta. Posteriormente, el juzgado penal competente dejó sin efecto su comparecencia restringida y dispuso que siga la causa con comparecencia simple.

6.10. En el presente proceso se le impuso como regla de conducta que registre su firma cada quince días en el control biométrico. Debió cumplir con dicha medida en su oportunidad y no el mismo día de la audiencia de apelación. Con ello, muestra una conducta "aparente".

6.11. No concurrió a las audiencias de apelación y a las de control de acusación. Si bien no está obligado a hacerlo, su presencia hubiese permitido conocerlo y escucharlo.

Séptimo. Frente al auto de vista acotada, el encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE promovió recurso de casación de fojas doscientos setenta y siete, del cuatro de febrero de dos mil dieciocho.

Mediante auto de fojas trescientos dieciséis, del once de febrero de dos mil diecinueve, la

Ir al índice

mencionada impugnación fue concedida. El expediente judicial fue remitido a este Tribunal Supremo.

§ II. Del procedimiento en esta sede suprema

Octavo. Esta Sala Penal Suprema, al amparo del artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, emitió el auto de calificación de fojas ciento doce, del nueve de agosto de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo), por el que declaró bien concedido el recurso de casación.

En observancia de la doctrina de la voluntad impugnativa, se admitió la casación formulada por las causales reguladas en artículo 429, numerales I y 4, del Código Procesal Penal.

Noveno. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, según las notificaciones y cargo de fojas ciento diecinueve, ciento veinte, ciento veintiuno, ciento veintidós y ciento veintisiete (en el cuaderno supremo), se emitió el decreto de fojas ciento treinta y uno, del veinte de noviembre de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo), que señaló el doce de diciembre del mismo año como fecha para la audiencia de casación.

Décimo. El señor fiscal supremo en lo penal, a través del dictamen de fojas ciento treinta y cinco, del doce de diciembre de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo) requirió que se declare fundado el recurso de casación materia de evaluación jurídica, nulo el auto de vista impugnado y se decrete al procesado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE mandato de comparecencia con restricciones.

Decimoprimero. Realizada la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación respectiva y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Como se indicó, este Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación planteado por el encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE por las causales reguladas en el artículo 429, numérales 1 y 4, del Código Procesal Penal.

El análisis casacional reside en establecer si el Tribunal Superior, en la emisión del auto de vista que decretó la prisión preventiva por "peligro de fuga", infringió o no la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

Segundo. En el ordenamiento jurídico nacional, la prisión preventiva se erige como la medida cautelar de naturaleza personal de mayor gravedad. La finalidad subyacente a su imposición es eminentemente asegurativa de los fines del proceso penal. Y es que, como se sabe, durante la investigación y el juicio oral lo que se busca en primer orden es garantizar la presencia del imputado, como una de las principales fuentes de prueba, así como salvaguardar el material probatorio (testigos, documentos y pericias) ante la posibilidad tangible de que sea alterado o desaparecido.

Ir al índice

La legitimidad de la prisión preventiva está asociada al respecto absoluto de la Constitución y la Ley.

Tercero. Este Tribunal Supremo, sin embargo, no es ajeno a lo que está ocurriendo en la actualidad: la prisión preventiva es la medida a la que frecuentemente se recurre para neutralizar cualquier atisbo de peligro procesal. En ese contexto, el problema que surge es que, en la mayoría de los casos, no se efectúa previamente una evaluación sobre la verdadera intensidad del peligro. Se soslaya que no cualquier traba procesal resulta *per se* suficiente para dictar una prisión, sino solo aquella que resulte idónea y concluyente para impedir el curso regular del proceso.

Es por ello que resulta inconstitucional la aplicación automatizada de la prisión preventiva, con base en creencias subjetivas y con ausencia de un mínimo de razonabilidad en la motivación, entre otros factores.

Su uso arbitrario, excesivo e injusto no sólo lesiona severamente la libertad personal y la presunción constitucional de inocencia, sino, además, genera un efecto degradante e irreparable en la dignidad humana.

La prisión preventiva, bajo una perspectiva general, constituye una medida efectiva y segura de sujeción procesal, empero, desde la casuística, no siempre satisface el test de proporcionalidad, disgregado en los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Por mandato constitucional, su imposición debe ser excepcional, objetiva, motivada y responsable.

Cuarto. Los jueces penales, al momento de imponer una prisión preventiva, están compelidos a cotejar los requisitos estipulados en los artículos 268 y 269 del Código Procesal Penal y, asimismo, a desarrollar un esquema de ponderación.

Sobre esto último, se precisa lo siguiente:

En primer lugar, en la idoneidad, es fundamental que se verifique la relación causal de medio a fin en la que se inscribe cualquier decisión jurisdiccional que pretende administrar riesgos procesales. En segundo lugar, en la necesidad, o también denominada principio de intervención mínima o de subsidiaridad, se exige elegir la opción menos gravosa frente a un cúmulo de alternativas que, constituyendo diversas limitaciones a la libertad personal, persiguen un mismo objetivo y son, en determinado caso concreto, igualmente eficaces. Y en tercer lugar, en la proporcionalidad en sentido estricto, se realiza un juicio ponderativo para determinar la razonabilidad y equilibrio de la decisión. Sobre lo último, a la eficacia procesal como objetivo y a la libertad como bien jurídico restringido, se suma la presunción de inocencia como elemento fundamental en la asunción de un criterio que permite

Ir al índice

determinar si se está frente a una medida legítima o excesiva para los fines que tolera un Estado democrático de derecho[1].

Quinto. De acuerdo con las especiales características del caso evaluado, es relevante puntualizar los alcances normativos del "peligro de fuga". Este ha sido el motivo principal de la Sala Penal Superior para aplicar la prisión preventiva al imputado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE.

Artículo 269 del Código Procesal Penal, estipula que para calificar el peligro de fuga se tendrá en cuenta:

> 1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 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 del imputado para repararlo; 4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Recientemente, se expidió el Acuerdo Plenario número 01-2019/CIJ- 116, del diez de septiembre de dos mil diecinueve, en el que se desarrollaron las siguientes líneas jurisprudenciales:

- En primer lugar, se estableció que para colegir razonablemente el peligro de fuga se debe partir de que:
  "las inferencias probatorias, racionalmente utilizadas, autoricen a sostener la existencia del peligro concreto de fuga [...] solo se requiere riesgo razonable de que pueda hacerlo" (fundamento jurídico cuadragésimo segundo).

- En segundo lugar, se afirmó 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" (fundamento jurídico cuadragésimo segundo).

- En tercer lugar, se precisó que existen dos criterios de peligrosidad de fuga:
  "[...] el criterio abstracto mediante el cual la gravedad del delito y de la pena probable [...] permite establecer razonablemente la mayor o menor tendencia del imputado a eludirla a través de la fuga [...] y [...] 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 [...] la tendencia [...] a rehuir el proceso penal" (fundamento jurídico cuadragésimo tercero).

1 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Prisión preventiva y medidas alternativas.* Lima: Instituto Pacífico, 2016, pp. 46-51.

Ir al índice

- En cuarto lugar, se indicó que:
  "[...] los otros factores que inciden [...] en la disposición de medios para la fuga a cargo del imputado [...] una situación personal muy consolidada en términos de situación familiar, laboral, económica y de bienes propios y domicilio conocido y establece [...] así como su carencia de antecedentes, disminuye notablemente el riesgo de fuga [...] por otro lado, apuntan en sentido contrario la condición de prófugo, la presencia de antecedentes registrados o [...] haber protagonizado alguna huida o intento de fuga o [...] 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" (fundamento jurídico cuadragésimo tercero).

- En quinto lugar, respecto a la pertenencia de una organización criminal, se anotó que:
  "[...] la existencia y la adscripción o reintegración del imputado a una organización criminal ha de estar acreditada a nivel de sospecha fuerte [...]"; "[...] 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 [...] ello en modo alguno importa asumirlo como una presunción contra reo [...]"; y, "[...] no solo es de analizar la concreta conducta riesgosa [...] sino que su acreditación [...] 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 [...]" (fundamento jurídico cuadragésimo sexto).

Sexto. De otro lado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos contra Rusia, Alemania, Austria y Francia, existen, al menos, cuatro causales de riesgo procesal:

La primera: el riesgo de que el acusado no comparezca en juicio.
La segunda: el riesgo de que el acusado destruya pruebas o entorpezca su obtención.
La tercera: el riesgo de que el acusado pueda cometer nuevos soles.
La cuarta: el riesgo de que el acusado pueda causar desorden público[2].

No es infrecuente que, para establecer el peligro procesal, en clave inferencial, se recurra a "máximas de la experiencia". La explicación de su definición deviene de lo siguiente: si habitualmente un suceso produce el mismo resultado, es de suponer que también en el futuro ello habrá de ser así, lo que para la valoración de la prueba significa que tal resultado habrá de considerarse probado si en el suceso sometido a prueba no intervienen circunstancias particulares que denoten que en el mismo no se cumplió tal pauta general. Las "máximas de la experiencia", cuando se hallan bien construidas y sobre bases seguras, hacen descansar el

2 FERRER BELTRÁN, JORDI. *Hechos y razonamiento probatorio. Presunción de inocencia y prisión preventiva.* Lima: Editorial Zela, 2019, p. 148-149.

Ir al índice

juicio probatorio en una base racional. No se trata de simples puntos de vista que nacen de meros procesos mentales del juez[3].

Séptimo. La prisión preventiva ha de ser mantenida solo si sus presupuestos materiales continúan vigentes en el tiempo. Esto es configuran como criterios dinámicos y objetivos, y no estáticos u abstractos.

En ese sentido, de acuerdo con la doctrina, existen requisitos para revocar las detenciones. Esencialmente son cuatro:

7.1. Cuando no existan más los presupuestos de la prisión preventiva, por tanto, deja de existir la sospecha vehemente de la comisión del hecho punible o los motivos de la detención.

7.2. Cuando resulta que, de continuar la prisión preventiva, no guardaría relación con la importancia de la causa y de la pena o la medida de seguridad y corrección que se espera.

7.3. Cuando el acusado es absuelto, es rechazada la apertura del juicio oral o el procedimiento es sobreseído no solo en forma provisional. No es necesaria una absolución firme. La liberación del imputado no puede ser suspendida por interposición de un recurso.

7.4. Cuando el acusado comienza a cumplir una pena privativa de libertad a la que ha sido condenado por sentencia firme[4].

Octavo. Sobre la base de la doctrina expuesta, se establece jurídicamente lo siguiente:

8.1. No existe controversia sobre la inexistencia del arraigo familiar. De otro lado, el Tribunal Superior dio por acreditado el arraigo domiciliario, pero luego indicó que el procesado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE posee "cierta" facilidad para abandonar el país, por su "amplio registro migratorio". Al afirmarse esto último, no se evaluó un hecho objetivo: del auto de vista consta que el imputado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, en su último viaje, estuvo solamente diecisiete días en España. Retornó el veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, esto es, veintidós días antes de que se ingresada el requerimiento de prisión preventiva (el veinte de marzo de dos mil dieciocho), y nueve meses y dieciséis días antes de celebrarse la audiencia respectiva (celebrada el catorce de diciembre de dos mil dieciocho). No consta que haya salido nuevamente del país o que su reingreso a Perú fuese involuntario u obligado.

La jurisprudencia reciente de esta Sala Penal Suprema, ha establecido lo siguiente:

> "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

3 SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, Javier. Variaciones sobre la presunción de inocencia. -Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 126.

4 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal.* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 273.

Ir al índice

> terceros en el extranjero tienen una infraestructura para albergarlo y evitar que la justicia lo alcance [...] no constituye riesgo alguno de fuga, que por lo demás, en estas condiciones, puede evitarse con impedimento de salida del país"[5].

8.2. Se desvirtuó el arraigo laboral y, para ello, se adujo que, por "máximas de la experiencia", las actividades realizadas por la empresa constituida por el acusado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE eran "eventuales". A juicio de este Tribunal Supremo, tal aseveración resulta sesgada. No se especificó la "máxima de la experiencia" aplicada. Asimismo, por más de que la empresa haya sido constituida después del pedido de prisión preventiva y antes de la audiencia, en lo mínimo debió esgrimirse es algún razonamiento tendente a acreditar que esta se formó, exclusivamente, para dar una apariencia o generar una creencia errada, lo que no ocurrió.

8.3. Se ha esbozado que su "inconcurrencia" a las citaciones del Ministerio Público no denota una "conducta negativa", pero luego, contradictoriamente, se precisa, en virtud de otro proceso judicial por delito de lesiones culposas, que detenta una "voluntad reacia a cumplir las reglas de conducta". En este punto, el discurso argumento es absolutamente divergente.

8.4. El hecho de que no haya asistido fielmente a registrar su firma en el control biométrico, no da lugar a que, sin más, como sanción procesal ineludible, se le aplique la prisión preventiva. La Sala Penal Superior no contempló que según el artículo 287, numeral 3, del Código Procesal Penal, el fiscal o el juez, antes de revocar la comparecencia restrictiva, deben requieran al imputado el cumplimiento de las reglas de conducta. No se advierte que el imputado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE haya sido emplazado para tal fin.

Además, entre la emisión del auto de primera instancia que fija restricciones, y en auto de vista que lo revoca e impone prisión preventiva, solamente transcurrieron un mes y cuatro días. Esto quiere decir que el procesado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, a lo sumo, no cumplió con imprimir su firma en una ocasión, pues, el propio Tribunal Superior admitió que lo hizo el mismo día de la audiencia de apelación.

8.5. Finalmente, tampoco se evaluó un aspecto clave: de acuerdo con el auto de primera instancia de fojas ciento ochenta y tres, del catorce de diciembre de dos mil dieciocho, el procesado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE:

> "[...] ha sido diligente en las investigaciones sin haber perturbado la acción probatoria [se] puso a derecho una vez tomado conocimiento sobre el mandato de detención preliminar dispuesto judicialmente [...] De ello se puede relievar que [...] tenía una orden de detención preliminar en su contra y no obstante eso se presentó de manera libre y voluntaria al acatamiento de la orden judicial" (fundamento jurídico vigésimo primero).

5 SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación número 1145-2018/ Nacional, del once de abril de dos mil diecinueve, fundamento de derecho quinto.

Ir al índice

Del mismo modo, según el informe de fojas ciento treinta, del diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve (en el cuaderno supremo), el imputado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE luego de que se le impusiera la prisión preventiva se "puso a derecho" el veintidós de enero de dos mil diecinueve".

En base a ello, no puede colegirse la existencia de indicadores razonables de peligro de fuga. No puede negarse que acató voluntariamente las disposiciones judiciales.

Noveno. En consecuencia, la Sala Penal Superior no observó adecuadamente los criterios constitutivos del peligro de fuga, según lo prescrito en el artículo 269 del Código Procesal Penal. Asimismo, incorporó inferencias probatorias que, en ciertos casos, admitían un curso causal paralelo. Desde la óptica de logicidad, es cuestionable que no se haya descartado otras hipótesis alternativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado a una decisión distinta. La prisión preventiva se torna como injustificada. No se vislumbra objetiva y racionalmente el peligro de fuga.

No resulta necesaria una nueva audiencia o debate para decidir la medida de coerción aplicable. Al encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, en primera instancia, de modo razonable, se le aplicó mandato de comparecencia con restricciones.

La sentencia de casación es rescindente y rescisoria, de acuerdo con el artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal. El auto de vista será casado y, actuando en sede de instancia, sin reenvío, se confirma el auto de primera instancia.

El recurso de casación formalizado se declara fundado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE contra el auto de vista de fojas doscientos treinta y cinco, del dieciocho de enero de dos mil diecinueve, emitido por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, que revocó el auto de primera instancia de fojas ciento ochenta y tres, del catorce de diciembre de dos mil dieciocho, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado en su contra por el representante del Ministerio Público y, reformándola, declaró fundado el mencionado requerimiento por el plazo de doce meses; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, en agravio del Estado.

II. **CASARON** el auto de vista de fojas doscientos treinta y cinco, del dieciocho de enero de dos mil diecinueve y, actuando en sede de instancia, sin reenvío, **CONFIRMARON** el auto

Ir al índice

de primera instancia de fojas ciento ochenta y tres, del catorce de diciembre de dos mil dieciocho, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado en su contra por el representante del Ministerio Público; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, en agravio del Estado.

III. ORDENARON la inmediata libertad del procesado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, siempre y cuando no se haya decretado en su contra otra orden o mandato de detención emitido por autoridad competente.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas a esta sede suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

Intervinieron los señores jueves supremos Castañeda Espinoza y Balladares Aparicio, por licencia de los señores jueces supremos San Martín Castro y Figueroa Navarro. Y los devolvieron. 0

S.S.
PRÍNCIPE TRUJILLO
CASTAÑEDA ESPINOZA
BALLADARES APARICIO
SEQUEIROS VARGAS
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN ILÍCITA Y LA PRISIÓN PREVENTIVA CASACIÓN 353-2019-LIMA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
JORGE WAYNER CHÁVEZ COTRINA[1]

1. Sumilla

Uno de los graves problemas que trae las medidas de prisión preventiva es que muchos jueces al momento de dictarlas no efectúan una evaluación sobre la verdadera intensidad del peligro de fuga, debemos tener en cuenta que no cualquier traba procesal es suficiente para que se aplique una medida de esta magnitud. En consecuencia, es inconstitucional y por ende arbitraria que se dicte una prisión preventiva en forma automatizada, conforme lo señala la sentencia Casatoria bajo comento.

2. Introducción

Lo primero que debemos sostener que si bien es cierto, la casación de la Corte Suprema es del año 2019, y se pronuncia sobre la prisión preventiva vinculado al delito de asociación ilícita y el delito de cohecho en sus diferente modalidades, esto se debe a que los hechos que se les imputa se produjeron antes de la modificación del artículo 317° del código penal, modificación que se dio vía el decreto legislativo 1244 del 29 de octubre del 2019, que elimina el tipo penal de asociación ilícita y crea el tipo penal de organización criminal.

> ***Artículo 317.- Asociación ilícita*** *el que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa*

1 Abogado, graduado por Universidad particular San Martin de Porres, con estudios de maestría en Derecho civil y Comercial (1993), Estudios de Maestría en Ciencias Penales por la universidad Mayor de San Marcos (2003). Estudios de doctorado por la Universidad Federico Villareal (2013), Magister Cum Laude en Derecho por la Universidad de Medellín Colombia (2018), ha llevado diversos cursos tanto en el Perú como en el extranjero sobre criminalidad organizada, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas y técnicas de litigación oral, ex profesor de derecho penal y procesal penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, ex docente de la Escuela Superior de la Policía Nacional en legislación penal, conferencista a nivel nacional e internacional sobre temas de su especialidad. Profesor de la Academia de la Magistratura en derecho penal, procesal penal y cursos de especialización sobre lavado de activos, criminalidad organizada y tráfico ilícito de drogas, técnicas de litigación oral y gestión del despacho fiscal, profesor de la Unidad de Post Grado de la Universidad Particular San Martin de Porras en materia de criminalidad organizada; 2010, autor de los libro "La pérdida de dominio/implicancias en el Perú" (2017),"La trata de personas-Técnicas de investigación, caso y sentencias" (2018) y "Crimen organizado en el Perú" (2020), Miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados de Puno. Recibió la distinción de primer grado "Gran Almirante Miguel Grau" de la Universidad Nacional de Piura", ha recibido el reconocimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: "En merito a su contribución al desarrollo de la ciencia procesal penal", reconocimiento del Colegio de Abogados de Lima: "Por su dedicación académica y valiosa contribución al desarrollo de la ciencia jurídica promovida por la Dirección académica y de promoción cultural" (2013). Reconocimiento institucional del Ilustre Colegio de Abogados del Cuzco "por haber alcanzado excelencia en el ejercicio de su profesión, por su vocación de servicio, compromiso y dedicación"(2019).

Ir al índice

de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose, además, de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

***Articulo 317 .- Organización criminal** el que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).*

La pena será no menor de quince ni mayor de veinte años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) en los siguientes supuestos:

Cuando el agente tuviese la condición de líder, jefe, financista o dirigente de la organización criminal. Cuando producto del accionar delictivo de la organización criminal, cualquiera de sus miembros causa la muerte de una persona o le causa lesiones graves a su integridad física o mental".

Conjuntamente con estas modificaciones se creó el tipo penal de banda criminal en el artículo 317° B, esto con la finalidad de establecer legislativamente que una cosa es una organización criminal que tiene ciertas características y otra es una banda criminal, y con ello dejar zanjado las confusiones que se originaban tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, así, el artículo 317°-B establece: Banda *Criminal "El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimidos con una pena privativa de libertad de no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa".*

Los tipos penales de organización criminal como el de banda, son de carácter residual, de mera actividad, de carácter abstracto, sin embargo, no debemos confundir pues el primero tiene una estructura más compleja, sus actividades delictivas están relacionadas a las necesidades del mercado, tiene una permanencia indefinida, gozan de una jerarquía definida y con roles plenamente establecidos, características que no las encontramos en las bandas criminales, estas últimas por lo general están relacionadas a hechos delictivos violentos como los asaltos, extorsiones entre otros, ambos fenómenos delictivos son en puridad son asociaciones ilícitas, sin embargo, podemos afirmar que toda organización criminal es una asociación ilícita, pero no toda asociación ilícita es una organización criminal.

Ir al índice

Dentro de este contexto en los últimos años viene dándose una serie de cuestionamientos a la medida coercitiva de la prisión preventiva, sobre todo contra miembros de organizaciones criminales, lo cual ha llevado incluso a que la Corte Suprema emita el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 del diez de septiembre de dos mil diecinueve, documento que establece los presupuestos y requisitos de la prisión preventiva, por ello que creemos que es importante hacer un análisis de la casación N° 353-2019 Lima, que se ocupa justamente sobre esta materia.

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter excepcional, que tiene por objeto que el imputado no perturbe la investigación, así como, la de evitar que evada la misma, *"pueden adoptarse en el curso de un procedimiento penal contra el imputado por un delito de tal gravedad que haga presumir su riesgo de fuga o su ocultamiento personal o patrimonial, por las que se limita provisionalmente su libertad"*[2], esta medida solo puede ser requerida por el fiscal después que ha formalizado la investigación preparatoria, debiendo cumplir con los requisitos y presupuestos que exige la ley y solo puede dictarla el órgano jurisdiccional a través de una resolución debidamente motivada.

La prisión preventiva como una medida procesal de carácter excepcional "es una institución procesal, de relevancia constitucional, que, como medida de coerción de carácter personal, priva procesalmente de la libertad personal a un imputado por un tiempo determinado, legalmente previsto y judicialmente establecido, en función a la tutela de los fines característicos del proceso —que éste se desarrolle regularmente en función a su meta de esclarecimiento de la verdad (ordenada averiguación de los hechos), a la necesidad de garantizar la presencia del imputado a las actuaciones procesales y al aseguramiento de la ejecución de la pena"[3].

3. Análisis y Comentarios a la sentencia de casación

La casación bajo comento se emite por la Corte Suprema en diciembre del 2019, meses después que la Corte Suprema emitiera el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116, documento que establece los criterios que se deben tener en cuenta al momento de dictar una medida de prisión preventiva, el mismo que citando a Norin Catriman establece: "La prisión preventiva es una medida coercitiva —así establecida expresamente por la Sección III "Las medidas de coerción procesal" y su Título III "La prisión preventiva" del Libro II "La actividad procesal" del CPP—, bajo ningún concepto puede ser concebida como una pena anticipada, ni tiene las finalidades retributiva o preventiva propias de esta"[4], en consecuencia ha quedado plenamente esclarecido por la máxima instancia de justicia que la prisión preventiva no es una pena anticipada como muchos abogados postulan en sus alegatos durante las audiencias. Sin embargo, conforme lo establece la casación bajo comento, en la mayoría de los casos, no se efectúa previamente una evaluación sobre la verdadera intensidad del peligro. Se soslaya que no cualquier traba procesal resulta *per se* suficiente para dictar una

2 GIMENO SENDRA, Vicente, "derecho procesal penal", Navarra Civitas, Thomson Reuters, 2012, pag 557

3 BARONA VILAR, Silvia: Prisión provisional y medidas alternativas, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pp. 20-21

4 Legitimidad Constitucional De La Prisión Preventiva/ Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116

Ir al índice

prisión, sino solo aquella que resulte idónea y concluyente para impedir o comprometer seriamente el curso regular del proceso.

La Corte Suprema se pronuncia sobre la falta de logicidad de la resolución de la Sala Superior al momento de emitir su pronunciamiento, pues existiendo otras medidas cautelares que pudieran asegurar el normal desenvolvimiento de la investigación, prefirió la medida más gravosa como la prisión preventiva. La Sala Penal Superior no observó adecuadamente los criterios constitutivos del peligro de fuga, según lo prescrito en el artículo 269 del Código Procesal Penal. Asimismo, incorporó inferencias probatorias que, en ciertos casos, admitían un curso causal paralelo. Desde la óptica de logicidad, es cuestionable que no se haya descartado otras hipótesis alterativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado a una decisión distinta, teniendo en cuenta que la prisión preventiva es de carácter excepcional, al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 07 de setiembre del 2004, en el caso ***Tibi vs Ecuador*** declaro lo siguiente:

> La Corte Considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al individuo de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Toda medida cautelar que limite la libertad de los sujetos, independientemente que se encuentre debidamente motivada por el órgano jurisdiccional tiene carácter provisional "en un proceso acusatorio con matices garantistas, la medida de coerción personal es la comparecencia. Es decir, que la libertad del imputado durante el desarrollo del proceso es la regla general y la detención constituye una medida de carácter excepcional y reservada para hechos graves"[5].

3.1 Antecedentes procesales relevantes

De acuerdo con lo desarrollado en la casación en comento, el señor fiscal provincial, solicitó que se dicte prisión preventiva por el plazo de treinta y seis meses contra los acusados ÁLVARO DELGADO SCHEELJE y otros, al imputado antes mencionado se le atribuyó la autoría del delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, en perjuicio del Estado. Las calificaciones jurídicas fueron las siguientes: delito de asociación ilícita está regulado en el artículo 317 del Código Penal; los hechos materias de imputación se circunscriben entre los años 2009 al 2013.

Con relación a Delgado Scheelje, la imputación concreta es que este fue uno de los funcionarios captados e integrados por Ludith Orellana Rengifo. Ambos mantenían vínculos de amistad. Este último, valiéndose de su condición de superintendente adjunto y posteriormente como superintendente nacional, tenía por función realizar direccionamientos de las solicitudes de inscripción de títulos presentadas ante los Registros Públicos en el dos mil nueve y dos mil

5 SALAS BETETA, Christian. "El Proceso penal común", GACETA Penal. Lima 2011, pág. 187

Ir al índice

diez, para lo cual, intercedía ante el servidor de la Unidad de Tecnología de la Información Wilfredo Jesús Núñez Peña. Todo ello, a cambio de la promesa de entrega de dinero realizada por Ludith Orellana Rengifo.

Al procesado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE se le incrimina el delito de asociación Ilícita, en perjuicio del Estado. Se le atribuye haber formado parte de una organización criminal desde el año dos mil nueve hasta el año dos mil trece, para cometer diversos ilícitos penales, entre ellos, corrupción de funcionarios, con el propósito de lograr la inscripción de múltiples solicitudes ante la Sunarp. El rol imputado consiste en haber gestionado el direccionamiento de títulos vinculados a la organización criminal, durante los años dos mil nueve y dos mil diez, a fin de que sean derivados a la sección del acusado Pedro Raúl Guzmán Molino y sean inscritos por este. Tuvo conocimiento de los sobornos ofrecidos al citado registrador público.

3.2 Antecedentes procesales importantes

El recurso de casación interpuesto por el encausado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE contra el auto, emitido por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios, que revocó el auto de primera instancia en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prisión preventiva formulado en su contra por el representante del Ministerio Público y, reformándola, declaró fundado el mencionado requerimiento por el plazo de doce meses; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita, en agravio del Estado.

Con relación al recurso de casación debemos sostener que este recurso impugnatorio, que por su naturaleza no puede presentarse en cualquier proceso o caso la norma establece contra qué clase de resoluciones y bajo qué criterios procede este recurso impugnatorio, así el artículo 427 del Código Procesal Penal establece:

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:

a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

b) 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 a seis años.

Ir al índice

c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.

3. 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.

4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Después de verificar si el recurso de casación presentado por el recurrente reunía todos los requisitos de forma y de fondo la Corte Casatoria procede a su análisis, estableciendo los agravios que debería ser respondido por la máxima instancia de justicia. El análisis casacional reside en establecer si el Tribunal Superior, en la emisión del auto de vista que decretó la prisión preventiva por "peligro de fuga", infringió o no la garantía de la prisión preventiva está asociada al respeto absoluto de la Constitución y la Ley constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales.

En relación a la prisión preventiva la sentencia Casatoria ha establecido: "En el ordenamiento jurídico nacional, la prisión preventiva se erige como la medida cautelar de naturaleza personal de mayor gravedad. La finalidad subyacente a su imposición es eminentemente aseguративa de los fines del proceso penal. Y es que, como se sabe, durante la investigación y el juicio oral lo que se busca en primer orden es garantizar la presencia del imputado, como una de las principales fuentes de prueba, así como salvaguardar el material probatorio (testigos, documentos y pericias) ante la posibilidad tangible de que sea alterado o desaparecido. La legitimidad de la prisión preventiva está asociada al respecto absoluto de la Constitución y la Ley"[6].

La sentencia establece además que su uso arbitrario, excesivo e injusto no sólo lesiona severamente la libertad personal y la presunción constitucional de inocencia, sino, además, genera un efecto degradante e irreparable en la dignidad humana, la Corte Suprema nos deja un mensaje a todos los operadores de justicia, en el sentido que si bien es cierto la prisión preventiva es una medida cautelar legalmente establecida, cuando esta se utiliza fuera de los márgenes de la ley y en forma discriminada, violenta derechos y principios constitucionales, transgrediendo en muchos casos el test de proporcionalidad, disgregado en los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sosteniendo que, por mandato constitucional, la imposición de la prisión preventiva debe ser excepcional, objetiva, motivada y responsable. Esto último es un verdadero llamado de atención a los jueces que dictan esta medida olvidándose que existe en el ordenamiento procesal otras medidas cautelares personales, que bien pudieran cumplir el objetivo de

6 Fundamento segundo de los fundamentos de derecho de la casación

Ir al índice

asegurar la presencia del imputado en la investigación, así como asegurar que este no perturbe la investigación que lleva a cabo el fiscal.

La sentencia bajo comento hace hincapié que toda medida de esta naturaleza que tiende a recortar un derecho fundamental como la libertad, si bien es cierto es efectiva para asegurar el resultado de la investigación, con mayor razón necesita que el juez lleve a cabo una debida motivación, pues en la mayoría de los casos este tipo de resoluciones no pasa el test de constitucionalidad, así lo afirma en su considerando tercero de los considerandos de derecho: "La prisión preventiva, bajo una perspectiva general, constituye una medida efectiva y segura de sujeción procesal, empero, desde la casuística, no siempre satisface el test de proporcionalidad, disgregado en los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por mandato constitucional, su imposición debe ser excepcional, objetiva, motivada y responsable", es por ello la importancia de la argumentación que debe realizar el juez respecto de cada uno de los tópicos de las prisiones preventivas en cada caso concreto, lo que significa que se tiene que justificar la decisión judicial según ATIENZA "*Explicar* una decisión significa mostrar las causas, las razones que permiten ver una decisión como efecto de las causas. *Justificar* una decisión, por el contrario, significa mostrar las razones que permiten considerar la decisión como algo aceptable"[7].

Con relación al peligro procesal, la Corte Suprema hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en casos contra Rusia, Alemania, Austria y Francia, existen, al menos, cuatro causales de riesgo procesal: La primera: el riesgo de que el acusado no comparezca en juicio. La segunda: el riesgo de que el acusado destruya pruebas o entorpezca su obtención. La tercera: el riesgo de que el acusado pueda cometer nuevos actos. La cuarta: el riesgo de que el acusado pueda causar desorden público (Considerando sexto de los fundamentos de derecho), recordemos que los objetivos de la prisión preventiva son: asegurar la presencia del imputado a la investigación y que este no perturbe la investigación, el primer tópico se ocupa del peligro de fuga y dentro de ella se tiene que analizar los arraigos tanto familiar, domiciliario, laboral, la Corte Suprema reconoce que no es infrecuente que, para establecer el peligro procesal, en clave inferencia!, se recurra a "máximas de la experiencia". La explicación de su definición deviene de lo siguiente: si habitualmente un suceso produce el mismo resultado, es de suponer que también en el futuro ello habrá de ser así, lo que para la valoración de la prueba significa que tal resultado habrá de considerarse probado si en el suceso sometido a prueba no intervienen circunstancias particulares que denoten que en el mismo no se cumplió tal pauta general. Las "máximas de la experiencia", cuando se hallan bien construidas y sobre bases seguras, hacen descansar el juicio probatorio en una base racional. No se trata de simples puntos de vista que nacen de meros procesos mentales del juez.

El peligro de fuga tiene que ser analizado dentro de un conjunto de circunstancias que en el caso concreto hagan que el imputado rehúya la acción de la justicia, dado la gravedad de las imputaciones en su contra, las evidencias que tiene el fiscal que lo relacionan con el hecho criminal, su personalidad, la gravedad de la pena "el peligro de fuga no puede ser apreciado

7 SALAS BETETA, Christian. "El Proceso penal común", GACETA Penal. Lima 2011, pág. 309

Ir al índice

esquemáticamente, según criterios abstractos, sino, con arreglo del claro texto de la ley, solo en razón del caso particular. Así, de la gravedad de la imputación y del monto de la pena esperada – según el caso – no se puede derivar, sin más, la sospecha de fuga, sino que debe ser considerado también el peso de las pruebas de cargo conocidas por el imputado, así como su personalidad y la situación particular" (ROXIN)[8].

De otro lado, la sentencia Casatoria también se ocupa de los criterios que se deberían analizar para revocar la prisión preventiva, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una medida de carácter excepcional y provisional, en ese sentido en su considerando séptimo de los fundamentos de derecho establecen que los requisitos para revocar las detenciones. Esencialmente son cuatro: **1.** Cuando o no existan más los presupuestos de la prisión preventiva, anta, deja de existir la sospecha vehemente de la comisión del hecho punible o los motivos de la detención. **2.** Cuando resulta que, de continuar la prisión preventiva, no guardaría relación con la importancia de la causa y de la pena o la medida de seguridad y corrección que se espera. **3.** Cuando el acusado es absuelto, es rechazada la apertura del juicio oral o el procedimiento es sobreseída no solo en forma provisional. No es necesaria una absolución firme. La liberación del imputado no puede ser suspendida por interposición de un recurso. **4.** Cuando el acusado comienza a cumplir una pena privativa de libertad a la que ha sido condenado por sentencia firme.

Conforme hemos señalado la Corte Suprema en esta sentencia Casatoria establece una serie de criterios relacionados a la prisión preventiva, para luego de hacer un análisis doctrinario y jurisprudencial, avocarse al caso concreto del imputado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE, estando a que el fundamento de la sentencia venida en grado para aplicar la prisión preventiva es el peligro de fuga.

Al respecto, la Sala Superior fundamento el peligro de fuga del imputado en los siguientes criterios: 1. No posee arraigo familiar. Está separado de su esposa, pero no se ha acreditado documentalmente su divorcio. Su hijo radica en el país de España y, por ello, no existe certeza de que posea "raíces" en Perú. 2. Según su registro migratorio ha realizado constantes viajes fuera del país… Se aprecia "cierta" facilidad para abandonar el país, lo que incrementa la "probabilidad" de que "eventualmente" decida eludir la administración de justicia. 3. Respecto al arraigo laboral, se estableció que la constitución de la empresa Blu Productora S.A. no lo vincula con la realización de una actividad conocida y permanente. 4. pertenencia a una organización criminal" se encuentra "presente". 5. Su conducta es "doblemente" reprochable pues ostentaba el cargo de superintendente adjunto y luego superintendente de Registros Públicos. 6. La "gravedad" de la pena representa un "indicio" de que "puede" sustraerse de la administración de justicia. 7. Tiene un proceso penal en trámite por delito de lesiones culposas signado con el expediente número 114-2015-0 y sólo registró su firma en el control biométrico cuatro veces, luego de lo cual, dejó de hacerlo. Ello "denota" una voluntad reacia a cumplir las reglas de conducta. Posteriormente, el juzgado penal competente dejó sin efecto su comparecencia restringida y dispuso que siga la causa con comparecencia simple.

8 BURGOS ALFARO, David. "Prisión preventiva" en "Prisión preventiva- Aspectos problemáticos actuales" GRILEY- Lima- 2020. Pág. 346

Ir al índice

8. En el presente proceso se le impuso como regla de conducta que registre su firma cada quince días en el control biométrico. Debió cumplir con dicha medida en su oportunidad y no el mismo día de la audiencia de apelación. Con ello, muestra una conducta "aparente" y finalmente, no acudió a la audiencia de apelación.

El análisis casacional reside en establecer si el Tribunal Superior, en la emisión del auto de vista que decretó la prisión preventiva por "peligro de fuga", infringió o no la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales, al respecto de este criterio no podemos sostener la medida de prisión preventiva en una posible, lo importante es establecer cuáles son las intenciones del imputado al evadirse de la justicia, "*siempre, y cuando, se trate de una fuga que obstaculiza el proceso y no cualquier tipo de fuga*"[9] y al respecto de conformidad con la sentencia bajo comento la sala al determinar la prisión preventiva realizó una falsa motivación respecto al peligro de fuga del imputado, sin embargo, lo más resaltante es que en el considerando 8.4 de los considerandos de derecho la Sala Suprema establece el siguiente criterio "El hecho de que no haya asistido fielmente a registrar su firma en el control biométrico, no da lugar a que, sin más, como sanción procesal ineludible, se le aplique la prisión preventiva. La Sala Penal Superior no contempló que según el artículo 287, numeral 3, del Código Procesal Penal, el fiscal o el juez, antes de revocar la comparecencia restrictiva, deben requieran al imputado el cumplimiento de las reglas de conducta. No se advierte que el imputado ÁLVARO DELGADO SCHEELJE haya sido emplazado para tal fin", es decir el solo hecho de no asistir a firmar no justifica una prisión preventiva pues ello no es necesariamente una actitud de evasión a la investigación, pues es necesario que se le ha percibido hecho que no ocurrió.

Este criterio es muy importante tener en cuenta puesto que en la mayoría de los requerimientos fiscales de prisión preventiva y luego en las decisiones judiciales para imponer esta medida tan gravosa a los imputados, se esta basando en que estos no han cumplido con apersonarse al juzgado o fiscalía a dar cumplimiento de las condiciones de la comparecencia restringida, actitud que los fiscales y jueces lo toman como una evidencia que el procesado pretende darse a la fuga o entorpecer la investigación, sin apercibirlo previamente, esto es realmente abusivo, por ello que en adelante los operadores de justicia tendrán que cumplir en estos casos con el apercibimiento que estable la ley pues de lo contrario su conducta no solo es abusiva sino prevaricadora.

4. Parte resolutiva

La Sala Penal Superior no observó adecuadamente los criterios constitutivos del peligro de fuga, según lo prescrito en el artículo 269 del Código Procesal Penal. Asimismo, incorporó inferencias probatorias que, en ciertos casos, admitían un curso causal paralelo. Desde la óptica de logicidad, es cuestionable que no se haya descartado otras hipótesis alternativas que, siendo igualmente racionales, podrían haber conllevado a una decisión distinta. La prisión preventiva se torna como injustificada. No se vislumbra objetiva y racionalmente el

9 PASTOR SALAZAR, Luis. "La investigación del delito en el proceso penal" GRIJLEY 4ª Ed. Lima- 2018, pag. 756

Ir al índice

peligro de fuga. Motivo por el cual se declaró fundado el recurso de casación ordenando la inmediata libertad del imputado.

La sentencia Casatoria establece que la venida en grado al motivar su resolución no tuvo en cuenta los criterios constitutivos del peligro de fuga, como son el arraigo laboral, domiciliario y familiar, estos criterios no solo son simples conceptos o criterios que en la mayoría de los casos los jueces al aplicarlos no se ponen de acuerdo, pese que existe hasta la fecha una serie de casaciones y el último plenario sobre esta materia, sobre todo en cuanto al arraigo laboral, donde se pretende establecer que el imputado no tiene trabajo porque se encuentra detenido, esto es una aberración de la realidad, cuando se analiza este arraigo se debe tener en cuanta si el investigado tenia un trabajo antes de ser detenido, no es posible que algunos jueces apliquen la prisión preventiva sosteniendo que el investigado tiene familiares en el extranjero o que al no tener propiedades es pasible su fuga, esto se tiene que terminar, porque de lo contrario la prisión preventiva se desnaturaliza.

5. Conclusiones

A manera de conclusión debemos sostener que la Sentencia Casatoria, utiliza los criterios del plenario Nº 01- 2019 de la Corte Suprema con relación a la medida cautelar de la prisión preventiva, al sostener que cuando se analiza el peligro de fuga se tiene que ponderar todas las circunstancias a favor y en contra de la huida y evitarse meras presunciones.

En cuanto al incumplimiento de firmar periódicamente tanto en la fiscalía como en el juzgado, esta circunstancia, por el solo hecho no es suficiente para que el juez dicte una prisión preventiva en remplazo de la medida de comparecencia, es requisito indispensable que previamente se la haya apercibido bajo amenaza de revocar la comparecencia de la cual goza.

La medida de prisión preventiva por ser la mas gravosa solo debe aplicarse si es que en el caso concreto no existe otra medida que sea suficiente para asegurar la presencia del imputado en la investigación o para evitar que éste perturbe la investigación que realiza el Ministerio Público.

6. Reflexiones finales

Uno de los graves problemas que trae las medidas de prisión preventiva es que muchos jueces al momento de dictarlas no efectúan una evaluación sobre la verdadera intensidad del peligro de fuga, debemos tener en cuenta que no cualquier traba procesal es suficiente para que se aplique una medida de esta magnitud. En consecuencia es inconstitucional y por ende arbitraria que se dicte una prisión preventiva en forma automatizada, conforme lo señala la sentencia Casatoria bajo comento "Su uso arbitrario, excesivo e injusto no sólo lesiona severamente la libertad personal y la presunción constitucional de inocencia, sino, además, genera un efecto degradante e irreparable en la dignidad humana", una medida de prisión preventiva sin hacer un exhaustivo análisis de todos los criterios que exige la ley, violenta todos los principios y garantías de un debido proceso, no se puede estar dictando prisiones

Ir al índice

preventivas sin sustento factico ni mucho menos sin sustento jurídico, no es posible que ante circunstancias semejantes unos jueces dicte esta medida y otros la declaren infundada, no es posible que el hecho de no tener una propiedad sirva como argumento para dictar una prisión preventiva, no es posible que el hecho de tener familiares en el extranjero sirva como sustento para una medida de esta naturaleza, resoluciones con esta clase de fundamentación tiene que terminar, porque desnaturalizan la institución procesal de prisión preventiva, y lo mas grave desaparecen la predictibilidad de la justicia.

Ir al índice

22

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.° 358-2019
NACIONAL

Se verifica afectación de la debida motivación de las resoluciones judiciales -respecto al plazo de duración de la prisión preventiva- y el principio de proporcionalidad

Al desarrollar los alcances de la finalidad y la naturaleza cautelar de la medida de prisión preventiva se verifica claramente que el peligro procesal se erige como criterio necesario de valoración a fin de mantener su constitucionalidad, por lo que exige una motivación reforzada. En el caso de Fujimori Higuchi, Figari Medoza y Yoshiyama Tanaka, no se respetó esta exigencia respecto a la duración del plazo de la prisión preventiva, por lo que se adecuará este extremo.
Por otro lado, en el caso de Mejía Lecca, la Sala Superior afectó el principio de proporcionalidad al confirmar la misma medida que a sus coimputados, pese a que excluyó el delito más grave.

Lima, nueve de agosto de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, los recursos de casación declarados bien concedido por esta Corte Suprema, mediante ejecutoria del veintiséis de abril de dos mil diecinueve (foja 468 del cuadernillo formado ante esta Suprema Sala), interpuestos por las defensas de **Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Pier Paolo Figari Mendoza, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka** y **Luis Alberto Mejía Lecca** contra las Resoluciones de Vista signadas con los números 26, 27 y 28, del tres de enero de dos mil diecinueve (fojas 1747, 1865 y 1951 respectivamente), en el extremo en el que declararon infundados sus recursos de apelación y confirmaron las Resoluciones signadas con los números 7, 10, 11, y 16 (fojas 1203, 1359, 1447 y 1531, respectivamente) que declararon fundados los requerimientos de prisión preventiva en su contra por un plazo de treinta y seis meses en el proceso que se les sigue por la presunta comisión del delito de lavado de activos agravado y - solo en el caso de Mejía Lecca- obstrucción de la justicia, en perjuicio del Estado.

Interviino como ponente el señor juez supremo Príncipe Trujillo.

Ir al índice

ANTECEDENTES

Primero. El fiscal provincial titular del "Equipo especial de fiscales que se avocan a dedicación exclusiva al conocimiento de las investigaciones vinculadas con delitos de corrupción de funcionarios y conexos, en los que habría incurrido la empresa Odebrecht y otros- Primer Despacho" presentó el requerimiento de prisión preventiva del diecinueve de octubre de dos mil dieciocho (fojas 1 y siguientes) contra, entre otros, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Pier Paolo Figari Mendoza, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Luis Alberto Mejía Lecca, imputados como autores del delito de lavado de activos agravado (además, a Mejía Lecca se le imputó ser autor del delito de obstrucción de la justicia).

Segundo. Realizadas las audiencias respectivas, el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional dictó la medida de coerción personal solicitada por el representante del Ministerio Público, por el plazo de treinta y seis meses, contra Fujimori Higuchi, Figari Mendoza, Yoshiyama Tanaka y Mejía Lecca en las Resoluciones signadas con los números 7, 10, 11 y 16 (fojas 1203, 1359, 1447 y 1531, respectivamente).

Las defensas técnicas de los encausados presentaron sus respectivos recursos de apelación contra los mencionados autos, y la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional confirmó la decisión del *a quo* por el mismo plazo, con la precisión de que en el caso del imputado Mejía Lecca dictó la prisión preventiva solo respecto del delito de obstrucción de la justicia, según se desprende de las Resoluciones de Vista signadas con los números 26, 27 y 28, del tres de enero de dos mil diecinueve [fojas 1747, 1865 y 1951, respectivamente).

Tercero. Al no encontrarse conformes con la decisión confirmatoria de la medida, las defensas de los referidos imputados interpusieron recursos de casación excepcional (fojas 2005, 2048, 2084 y 2132) y, mediante ejecutoria del veintiséis de abril de dos mil diecinueve (foja 468 del cuadernillo), esta Sala Suprema los declaró bien concedidos por las causales de inobservancia de garantías constitucionales, normas legales de carácter procesal y vulneración de la garantía de motivación (previstas en el artículo 429, incisos 1, 2 y 4, del Código Procesal Penal).

Cuarto. Instruido el expediente en la Secretaría y señalada la fecha para la audiencia de casación el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve (luego de una reprogramación), esta se celebró con la concurrencia de los abogados defensores de los investigados -Giulliana Aracelli Loza Ávalos, José Humberto Abanto Verástegui, Madelaine Milagros Reyes Gastelú y Jessica Lucrecia Sotomayor Martínez-, y no del representante del Ministerio Público, por lo que el estado de la causa es el de expedir sentencia casatoria.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Quinto. En la disposición fiscal de requerimiento de prisión preventiva (foja 1) se indicó, a manera de introducción respecto a la imputación de los cuatro casacionistas. que al interior del partido político Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular) se habría constituido una organización criminal cuyo fin era obtener poder político del Poder Ejecutivo (en el contexto de las

Ir al índice

elecciones generales realizadas en nuestro país entre los años dos mil diez y dos mil once), para lo cual habrían recibido aportes ilícitos (hasta por USD 1 200 000 -un millón doscientos mil dólares americanos-) provenientes de actos de corrupción realizados por la empresa brasileña Odebrecht (tanto en el Perú como en otros países). Así, luego de encontrarse en el poder, la referida organización ilícita retribuiría dichos aportes mediante el otorgamiento de obras sobrevaluadas (Poder Ejecutivo), beneficios normativos (Poder Legislativo) y/o favorecimiento judicial (Poder Judicial), con lo que se continuaba un mecanismo de corrupción empresarial y estatal.

Se indicó, además, que los miembros de la organización pretendieron ocultar el origen ilícito de los activos mediante diversas actividades proselitistas y la captación de presuntos aportantes.

De esta forma, se identificaron seis niveles en la estructura de la organización criminal: los imputados Keiko Sofía Fujimori Higuchi y Pier Paolo Figari Mendoza, presidenta y asesor de confianza visible del partido, respectivamente, pertenecerían al Nivel 1 ("núcleo duro"): Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka -como secretario nacional general del partido- conformaría el Nivel 2 ("captadores de activos ilícitos"), y Luis Alberto Mejía Lecca se encontraría en el quinto grupo del Nivel 6 de la organización ("colaboradores de la organización").

I. Imputación fáctica

Sexto. Se atribuyó a la investigada **Keiko Sofía Fujimori Higuchi**[1], como líder de una organización criminal, haber realizado actos de conversión, trasferencia, ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita, consistente en la suma de USD 1 200 000 (un millón doscientos mil dólares americanos) proveniente de actos de corrupción de la empresa Odebrecht, entregada por Jorge Henrique Simões Barata y otras posibles fuentes.

6.1. En su condición de presidenta del partido político Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular), conforme al artículo 41 del Estatuto de Fuerza 2011 (con atribución de remover de sus cargos al secretario general y las tesoreras de forma unilateral), dispuso que sus coimputados Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Augusto Mario Bedoya Cámere (secretario general nacional y secretario nacional de economía, respectivamente) solicitaran activos ilícitos de la empresa Odebrecht y, así, recibieron conjuntamente la suma de USD 1 000 000 (un millón de dólares americanos), de cuyo origen ilícito tenía conocimiento, pues se trataría de una empresa que recurría a actos de corrupción en el Perú y otros países para ser beneficiada por los gobiernos de turno y realizar de obras públicas sobrevaluadas.

6.2. En ese sentido, la imputada Fujimori Higuchi habría usado la estructura, nombre y organización del partido político Fuerza 2011 y a los representantes Yoshiyama Tanaka

1 Con la precisión de exclusión de determinados enunciados de hecho realizado por la Sala Superior en la resolución de vista recurrida.

Ir al índice

y Bedoya Cámere para el lavado de activos provenientes de la empresa Odebrecht en el contexto de las elecciones generales realizadas en el Perú entre los años dos mil diez y dos mil once.

6.3. Asimismo, por intermedio de su entorno más cercano, habría solicitado la participación de José Ricardo Martín Briceño Villena para que, como expresidente de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep), solicitara dinero a la empresa Odebrecht a fin de ingresar de forma indebida estos activos en su campaña del año dos mil once, y recibió la suma de USD 200 000 (doscientos mil dólares americanos).

6.4. Como líder de la organización tenía conocimiento de las actividades ilícitas que efectuaban sus miembros, como la que se trata de una estructura de poder jerarquizada y organizada con funciones determinadas de acuerdo con sus cargos, por lo que ella recurrió a su secretario general, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka; secretario nacional de economía, Augusto Mario Bedoya Cámere, y tesorera Adriana Tarazona Martínez de Cortés (con permanente presencia en los actos de tesorería y rendición de aportes de campaña y gastos).

Luego de ello, para poder ingresar el dinero, la organización tuvo que recurrir a las personas de Jorge Javier Yoshiyama Sasaki para que, a través de Erick Giovanni Matto Monge y otros, captasen a falsos aportantes, Ytalo Ulises Pachas Quiñones y otros, quienes incluso habrían contribuido con la organización realizando actos de corrupción al pretender modificar la voluntad de testigos.

6.5. Además, la imputada Fujimori Higuchi habría tenido conocimiento de la existencia de personas que colaboraron con la organización al trasportar activos ilícitos que el entorno de Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka entregaba a la organización. En esta función se tiene a Ángela Berenis Bautista Zeremelco y Daniel Mellado Correa, quienes reconocieron haber trasportado sumas importantes de dinero (superior a los USD 500 000 -quinientos mil dólares americanos-) y depositarlos en el banco Scotiabank en las cuentas del partido político Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular).

6.6. La organización liderada por Keiko Fujimori Higuchi habría utilizado a Luis Alberto Mejía Lecca, Walter Rengifo Saavedra, Aurora de Jesús Torrejón Riva y otros para ocultar los activos ilícitos y obstaculizar la investigación en curso por el delito de lavado de activos.

6.7. La imputada Fujimori Higuchi, habría dispuesto que, para el lavado de activos ilícitos, se realizaran actos de conversión, trasferencia y administración por parte de las tesoreras de la organización (Adriana Martínez Tarazona de Cortés, Antonietta Ornella Gutiérrez Rosati y Ana Cecilia Matsuno Fuchigami) y el contador Rafael Arcángel Herrera Mariños, para lo cual creó actividades proselitistas (denominadas "Gran Rifa", así como cocteles y cenas) que no habrían logrado recaudar los fondos que, posteriormente, informaron a la ONPE (lo que no fue debidamente supervisado por esta entidad).

Ir al índice

Séptimo. Se imputa a **Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka**, en su condición de secretario nacional general del partido político Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular), haber recibido, junto con Augusto Mario Bedoya Cámere, la suma de USD 1 000 000 (un millón de dólares americanos) de la empresa Odebrecht, a través de Jorge Henrique Simões Barata, por disposición de la presidenta del partido político, Keiko Fujimori Higuchi.

Estos fondos eran de origen ilícito y el imputado tenía conocimiento de ello, pues se trataba de una empresa que había recurrido a actos de corrupción con gobiernos anteriores y también en otros países.

Asimismo, se le incrimina haber solicitado la participación de José Ricardo Martín Briceño Villena para que, como expresidente de la Confiep, requiriera la suma de USD 200 000 (doscientos mil dólares americanos) a la empresa Odebrecht.

En conclusión, se le imputa haber realizado actos de conversión y ocultamiento de dinero -o través de sus familiares, amigos y socios- hasta por el monto de USD 1 200 000 (un millón doscientos mil dólares americanos), fondos ilícitos relacionados a actos de corrupción de la empresa Odebrecht.

Octavo. Respecto a **Pier Paolo Figari Mendoza**, en su condición de asesor de confianza de su coimputada Keiko Sofía Fujimori Higuchi y miembro visible de las decisiones del partido político Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular), habría efectuado actos de conversión, trasferencia, ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita consistente en la suma de USD 1 200 000 (un millón doscientos mil dólares americanos), proveniente de fondos ilícitos relacionados con actos de corrupción de la empresa Odebrecht, dinero entregado por Jorge Henrique Simões Barata y posibles otras fuentes.

Como integrante del "núcleo duro" de la organización criminal habría dispuesto, junto con la presidenta del partido, Keiko Fujimori Higuchi, y los asesores de confianza Vicente Silva Checa y Ana Herz Garfias de Vega, que los representantes del partido Fuerza 2011 (Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Augusto Mario Bedoya Cámere) solicitaran dinero a la empresa Odebrecht, de cuyo origen ilícito tenían conocimiento, pues era una empresa involucrada en actos de corrupción a nivel nacional e internacional (mediante la adjudicación de obras públicas sobrevaluadas).

Además, se le imputa haber solicitado la intervención de José Ricardo Martín Briceño Villena, expresidente de la Confiep, para que este requiriera dinero a la empresa Odebrecht y así ingresar indebidamente USD 200 000 (doscientos mil dólares americanos) para la campaña política del año dos mil once.

Finalmente, se precisa que, luego de captar el activo ilícito a través de los demás miembros de la organización criminal, este imputado —como miembro del "núcleo duro" de la organización- habría recurrido a otras personas a fin de encomendarles la introducción de dicho dinero en el flujo económico legal, bajo la apariencia de aportes de campaña.

Ir al índice

Noveno. Respecto a **Luís Alberto Mejía Lecca**, solo se mantiene la prisión preventiva en su contra como autor del delito de obstrucción de la justicia (pues la Sala Superior desestimó la medida en relación con el delito de lavado de activos agravado por el que también es investigado). En tal virtud, se le imputa que habría ofrecido beneficios indebidos a testigos e inducido a determinadas personas a que presten testimonio en la presente investigación seguida por el delito de lavado de activos; además, habría desplegado actos de entorpecimiento de la actividad probatoria al contactarse con un testigo protegido para que declare falsamente y también habría coordinado con los otros integrantes de la organización criminal (Ytalo Ulises Pachas Quiñones y Nolberto Rimarachin Díaz) para que declarasen falsamente. Por ende, habría realizado actos de corrupción a fin de lograr su cometido y de esta forma habría colaborado con la organización criminal mediante actos llevados a cabo en los años dos mil diecisiete y dos mil dieciocho.

II. Calificación jurídica

Décimo. Conforme al requerimiento de prisión preventiva, se imputó a Keiko Sofía Fujimori Higuchi y Pier Paolo Figari Mendoza ser autores del delito de lavado de activos agravado (actos de conversión, trasferencia, ocultamiento y tenencia), previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley número 27765, modificada por el Decreto Legislativo número 986, con la forma agravada contenida en el artículo 3, numeral 2[2], es decir, en calidad de integrante de una organización criminal (específicamente de líder y miembro del "núcleo duro", respectivamente).

Undécimo. Por su parte, a Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka se le atribuye la calidad de autor del delito de lavado de activos agravado (actos de conversión y ocultamiento), previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley número 27765, modificada por el Decreto Legislativo número 986, en su forma agravada contenida en el artículo 3, numeral 2, esto es, en calidad de integrante de una organización criminal (como captador de los activos ilícitos)

Duodécimo. Mientras que Luis Alberto Mejía Lecca fue imputado como delito de lavado de activos agravado (actos de ocultamiento), previsto en el artículo 2 de la Ley número 27765, modificado por el Decreto Legislativo número 986, en la forma agravada contenida en el artículo 3, numeral 2, esto es, como integrante de una organización criminal (como colaborador para lograr la falsedad de los testimonios de determinadas personas)[3].

Además, se le atribuyó ser autor del delito de obstrucción de la justicia, previsto en el artículo 409-A del Código Penal.

---

2 En el dictamen de formalización de investigación preparatoria para la tipificación de esta agravante se hace referencia al "literal b", lo que se trataría de un error material -en tanto el referido artículo no cuenta con dicho literal sino con numerales- por lo que, al ser el mismo contenido o sentido, se valora como el "numeral 2".

3 Aunque, como se indicó previamente la Sala Superior no confirmó la medida de prisión preventiva en su contra como autor del ilícito de lavado de activos agravado.

Ir al índice

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Conceptos Generales)

I. Notas preliminares

Decimotercero. El recurso de casación, a diferencia de la apelación, no se ocupa del reexamen de un caso en todos sus extremos –no constituye una instancia de mérito más-, sino que tiene como finalidad revisar la aplicación de las leyes materiales y procesales que se realizó en la resolución recurrida (no es posible modificar la base fáctica), en torno a las causales expresamente establecidas por el legislador[4], que -de manera general- se refieren a vicios en el procedimiento o de juicio (incluidos los errores en la motivación).

Así, conforme lo previsto en el artículo 433, incisos 1 y 2, del Código Procesal Penal, la consecuencia jurídica de estimar una casación es anular la decisión recurrida, con reenvío (para que se emita un nuevo pronunciamiento) o sin este (en caso de que no sea necesario un nuevo debate), por lo que la Corte Suprema puede emitir un fallo que reemplace el recurrido.

Decimocuarto. Adicionalmente, en el caso del acceso excepcional al curso de casación, previsto en el artículo 427, inciso 4, del referido código, contra autos o sentencias que no son recurribles de manera ordinaria (es decir, conforme a los requisitos objetivos previstos por la norma procesal), su admisión resulta discrecional, en atención al interés casacional, en tanto que este Tribunal Supremo verifique su tratamiento como necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; además, la propuesta del recurrente debe relacionarse con las causales de procedencia (artículo 429 del mismo código) que se aleguen contra una determinada decisión judicial.

Precisamente en este supuesto se encuentra el presente caso, ya que los recursos de casación interpuestos se dirigieron contra autos de vista que confirmaron una medida de coerción personal.

Decimoquinto. En los casos de prisión preventiva solo corresponde al Tribunal de Casación el control externo del auto de prisión preventiva, es decir, verificar si esta se acordó de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución.

No corresponde constatar o valorar los antecedentes fácticos justificativos de la medida en cuestión, sea que se refieran al juicio de imputación o al juicio de peligro procesal (riesgo de fuga u obstaculización), pues tal competencia les corresponde a los jueces de mérito (juez de investigación preparatoria y Sala Penal Superior)[5].

---

4 Que, conforme al principio de suficiencia, el recurrente debe cumplir con alegar y fundamentar de manera específica. Aunque, como refiere San Martín Castro: "El límite de la competencia del Tribunal de Casación son los motivos del recurso pero no los fundamentos [...]. El Tribunal puede estar de acuerdo con la existencia del vicio denunciado pero por un razonamiento distinto". En: *Derecho procesal penal. Lecciones.* Editorial: INPECCP y Cenales. Lima 2015, p. 714.

5 Sentencia Casatoria número 1145-2018/Nacional, del once de abril de dos mil diecinueve, fundamento de derecho cuarto.

Ir al índice

II. Naturaleza de la prisión preventiva

Decimosexto. La regla, y con base sobre todo en el principio de presunción de inocencia (o si se prefiere, mejor, al estado de inocencia), es que el inculpado goce de libertad durante la tramitación del juicio criminal; pero que -por excepción- es factible detenerlo durante tal periodo, en aras de garantizar, básicamente, el éxito del proceso[6].

Decimoséptimo. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas" (2013), sostiene que los únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva son:

> Los riesgos de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia o de que intente obstaculizar la investigación judicial. En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de esta medida cautelar es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atenta contra ese fin[7].

De ello se infiere que el Estado no debe privar de libertad al encausado para comenzar a investigarlo. No puede atribuirse a esta medida un papel de instrumento de la investigación penal ni tampoco un fin punitivo -también se rechaza el uso de la medida con fines preventivos- generales o preventivos especiales, al no constituir una pena anticipada[8]-.

III. Requisitos de la prisión preventiva

Decimoctavo. En virtud de su gravedad, en comparación con otras medidas restrictivas de la libertad, la prisión preventiva está sujeta a requisitos más exigentes, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla como desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican -sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y motivación[9]-.

Rige el principio de jurisdiccionalidad, en virtud del cual esta medida solo puede ser adoptada por un juez, a solicitud del sujeto legitimado, es decir, el Ministerio Público (artículo 255, inciso 1, del Código Procesal Penal); así como el de legalidad (artículo VI del Título Preliminar del referido código) y la motivación especial o reforzada (artículo 271, inciso 3, del mismo código).

---

6 PEDRO SAGÚES. Néstor. "Libertad personal, seguridad individual y debido proceso en Argentina". En: Ius et *Praxis* Talca Chile, 1999 p. 218.

7 Considerando 144 del referido Informe. Revisado en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf.

8 Véanse, al respecto, diversas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras: Caso Acosta Calderón vs. Ecuador [del veinticuatro de junio de dos mil cinco, fundamentos 75 y 111), caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú (del veinticinco de noviembre de 2005, fundamento 106), caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador (del veintiuno de noviembre de dos mil siete, fundamentos 103. 145 y 146). caso Bayarri vs. Argentina (del treinta de octubre de dos mil ocho, fundamento 110), etc.

9 Sentencia Casatoria número 01-2007/Huaura. del veintiséis de julio de dos mil siete.

Ir al índice

Decimonoveno. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[10] (Corte IDH) ha establecido como requisitos de la aplicación de medidas que priven o restrinjan el derecho a la libertad -como es la prisión preventiva- los siguientes:

i) Idóneas para cumplir con el fin perseguido.

ii) Necesarias, esto es, que sea absolutamente indispensable adoptarla y no exista una medida menos gravosa para alcanzar su finalidad[11].

iii) Estrictamente proporcionales, esto es, que la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida[12].

IV. Sobre el principio de proporcionalidad

Vigésimo. Tal como precisa Bernal Pulido[13], la utilización del principio de proporcionalidad "contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de poderes públicos que afectan los derechos fundamentales". Así, "la finalidad última del principio de proporcionalidad es, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial[14].

Vigesimoprimero. De manera clara, Robert Alexy precisa que "el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. [...] El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina "ley de la ponderación" y que se puede formular de la siguiente manera:

> Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

---

10 Entre otros, en las sentencias del caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, del veintiuno de noviembre de dos mil siete (fundamento 93) y sentencia del veintinueve de mayo de dos mil catorce, recaída en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (fundamento 312).

11 Está informada por el principio de necesidad, pues no basta con que la medida y el motivo que la justifica estén previstos en la ley, sino que también resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines buscados por lo que se debe adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental (GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal.* Madrid: Colex, 2° ed., 2007, p. 553).

12 En el mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional, entre otros, en la STC número 579-2008-PA/TC, del cinco de junio de dos mil ocho (fundamento 25).

13 BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos.* Madrid: Editorial de la Universidad Externado de Colombia 2005 pp. 66, 67.

14 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad". En: "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional". Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. 1° ed. 2018, p.182. Revisado en http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf

Ir al índice

Para ello se recurre a la ponderación de principios, cuyo procedimiento puede dividirse en tres pasos:

> En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro[15].

V. Presupuestos de la prisión preventiva

Vigesimosegundo. Los presupuestos materiales necesarios para dictar mandato de prisión preventiva se encuentran previstos en el artículo 268 del Código Procesal Penal: **i)** fundados y graves elementos de convicción, **ii)** delito grave y **iii)** peligro procesal (peligro de fuga u obstaculización); los que deben presentarse necesariamente de forma concurrente.

Vigesimotercero. El primero de ellos (*fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho) se refiere a un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición a este de una pena. No se refiere a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona (pues es evidente que a tal situación solo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral), sino que precisa de la existencia de una imputación penal consistente aparejada por la aparición de motivos suficientes para creer responsable criminalmente a la persona de un delito[16]. Precisamente, sobre el grado de sospecha que se requiere para la imposición de esta medida, la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la Sentencia Plenaria Casatoria número 01-2017/CIJ-433, específicamente en el fundamento jurídico 24, literal D ("sospecha grave").

Vigesimocuarto. Respecto al segundo presupuesto material, esto es, la gravedad de la sanción a imponerse (superior a cuatro años de pena privativa de la libertad), se incluye la magnitud de la pena probable que correspondería al delito o delitos imputados, la que ha de situarse en función de la sanción concreta a imponer. Es decir, no basta con verificar el extremo mínimo establecido por ley; debe existir un pronóstico judicial sobre la medición de la sanción (este último extremo incluso se constituye en un criterio de valoración para calificar el peligro de fuga aunque no puede ser el único[17]).

---

15 Alexy, Robert. "La fórmula del peso. En "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional". Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador. Primera edición: Quito, diciembre 2018. Pág. 15. Visto en: http//www.biblio.dpp.cl/DataBank/4271.pdf

16 ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional.* Tesis paro optar el grado de doctor. Alicante: Universidad de Alicante. 1986, pp.154-155. Revisando en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/3483/1/Asencio-Mellado-Jose-Maria-01.pdf

17 Como ha recogido el Tribunal Constitucional en su STC número 345-2018-PHC/TC, Lambayeque (fundamento 20 y 21).

Ir al índice

Vigesimoquinto. El requisito de peligro procesal "es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva"[18] puesto que guarda relación directa con los fines legítimos de la prisión provisional.

En diversos pronunciamientos de la Corte IDH se resalta que para imponer la prisión preventiva no resulta suficiente por sí mismo, que se verifique la existencia de indicios que permitan suponer razonablemente la participación del imputado en el ilícito que se investiga, las características personales del encausado o la gravedad del delito[19].

Vigesimosexto. Nuestro Tribunal Constitucional -respecto a la detención preventiva- ha establecido que la neutralización del peligro procesal "debe ser evaluados en conexión a distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso pueden presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada"[20].

Vigesimoséptimo. El peligro procesal se compone -como ya se indicó- de dos riegos: el peligro de fuga y la obstaculización:

27.1. El primer supuesto del peligro procesal (fuga) se determina a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso penal y que se encuentran relacionadas, entre otros, con el arraigo domiciliario, familiar y laboral del actor en la localidad del órgano judicial que lo procesa, aspectos que crean juicio de convicción al juzgador en cuanto a la sujeción del actor al proceso[21].

La relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga -y, con ello, de la frustración de la acción de la administración de la justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que, a mayor gravedad de la acción, cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la justicia[22].

---

18 Véase Casación número 631-2015/Arequipa, del veintiuno de diciembre de dos mil quince, fundamento de derecho cuarto. Así como la STC 3206-2008-PHC/TC, del dos de diciembre de dos mil ocho (fundamento 4), respecto a la detención preventiva.

19 Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del diecisiete de noviembre de dos mil nueve. Serie C N°. 206, párr. 111; Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguiez vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costos. Sentencia del veintiuno de noviembre de dos mil siete. Serie C N°. 170, párr. 103; así como Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costos. Sentencia del treinta de octubre de dos mil ocho. Serie C N°. 187, parr.74; Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del primero de febrero de dos mil seis. Serie C N° 141, párr. 69, citados en el "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas" (considerando 143).

20 STC número 3206-2008-PHC/TC, del dos de diciembre de dos mil ocho (fundamento 4).

21 Sentencia del Tribunal Constitucional 01555-2012-PHC/TC, fundamento jurídico 6.

22 Sentencia del Tribunal Supremo Constitucional de España 128/1995, del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cinco. Revisado en http://hj.tribunalconstitucional.es/

Ir al índice

27.2. El peligro de obstaculización es el segundo componente del peligro procesal y guarda relación directa con el éxito de la investigación, puesto que se evita el ocultamiento y/o alteración de elementos de prueba, que servirán para dilucidar el caso en concreto, y que se vincula con la injerencia directa o indirecta -a través de terceros[23]- que el imputado pueda tener respecto a la obstaculización del proceso en torno a la preservación de elementos de prueba o injerencia en el comportamiento de los órganos de prueba (coimputados, testigos o peritos). Estos aspectos se deberán apreciar en cada caso en concreto, ya que de contar con indicios suficientes y fundados de su concurrencia, deberá ser merecedor de una especial motivación que la justifique[24].

VI. Plazo de duración

Vigesimoctavo. El artículo 272 del Código Procesal Penal establece los plazos máximos de duración de la medida de prisión preventiva -en procesos comunes, complejos y de criminalidad organizada-, pero la determinación de su duración exacta dependerá de las circunstancias del caso concreto y la especial motivación en ese sentido, ya que imponer el plazo máximo de manera automática, sin analizar las circunstancias o sin una motivación específica, atenta contra el principio de proporcionalidad que informa las medidas que limitan el derecho a la libertad.

Vigesimonoveno. Como señala Gimeno Sendra[25], aun sin que se rebase el límite temporal legal establecido para la medida de prisión preventiva, se puede también lesionar el derecho fundamental de la libertad si el imputado permanece detenido a través de una medida de coerción personal más allá de un plazo que pueda estimarse que exceda lo razonable, el cual se determina en atención al caso concreto mediante el examen de la naturaleza y complejidad del asunto, de la actividad desplegada por el órgano judicial y del comportamiento del recurrente[26].

Trigésimo. En ese sentido, la CIDH, en su "Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas" (2013) ratifica que "es contrario a las normas y estándares vigentes en el derecho internacional el que los fiscales pidan de manera reiterada, automática e inmotivada el término máximo de la prisión preventiva que les permite la ley, sin atender las características específicas del caso". Por ello, recoge la exigencia hacia los fiscales –cuando requieren la prisión preventiva- de fundamentar específicamente el plazo por el que solicitan la aplicación de dicha medida, así como a los jueces de señalar en su resolución los límites temporales de aquella (fundamente 177).

---

23 San Martín Castro. César. Op. Cit. Pág. 462.

24 STC 01555-2012-PHC/TC Fundamento jurídico 6.

25 Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex. 2.° ed., 2007, pp.555-556

26 En relación a ello, la Corte IDH ha adoptado los parámetros desarrollados por la Corte Europea de Derechos Humanos para evaluar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso en general (y que puede extrapolarse a los casos de duración de una medida de coerción personal), como son: **a)** la complejidad del asunto, **b)** la actividad procesal del interesado y **c)** la conducta de las autoridades judiciales. Visto en los casos Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y siete (fundamento 77) y Suarez Rosero vs. Ecuador. Sentencia del doce de noviembre de mil novecientos noventa y siete (fundamento 72).

Ir al índice

FUNDAMENTOS DE DERECHO
(Caso concreto)

Trigésimo primero. Los recursos interpuestos fueron admitidos con carácter excepcional por este Colegiado Supremo a fin de que, de manera discrecional, se analice determinados aspectos planteados por las defensas técnicas de los casacionistas, que permitan el desarrollo de doctrina jurisprudencial acerca de la prisión preventiva (incluida la valoración de la declaración del testigo protegido).

Dicho análisis girará en torno al respeto de la garantía y principio constitucional del debido proceso y proporcionalidad; además de la aplicación correcta de las normas legales de carácter procesal que contemplan la referida medida de coerción personal y, finalmente, si las resoluciones de vista se encuentran debidamente motivadas respecto al cumplimiento de los presupuestos materiales de la prisión preventiva (en relación con su finalidad).

Por lo tanto, los motivos de procedencia del recurso se refieren a los previstos en el artículo 429, incisos 1, 2 y 4, del Código Procesal Penal[27] - conforme se desprenda de lo señalado por cada casacionista- y necesariamente vinculados a los aspectos de desarrollo jurisprudencial propuestos por cada uno que este Colegiado Supremo, de manera discrecional, considere relevantes.

I. <u>Recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la imputada Keiko Sofía Fujimori Higuchi</u>

Trigésimo segundo. De lo señalado en el auto concesorio sobre la investigada Fujimori Higuchi, esta Corte Suprema ha distinguido tres temas relevantes que ameritan pronunciamiento en relación con la configuración de los presupuestos materiales de la prisión preventiva, así como la valoración de la declaración del testigo protegido, por lo que se analizarán de manera diferenciada.

§ Sobre la relación entre la imputación necesaria y la configuración del primer presupuesto de la prisión preventiva

Trigésimo tercero. En este aspecto, la casacionista solicita que esta Corte Suprema precise la necesidad de la existencia de una imputación clara, precisa e inequívoca contra los

27 Artículo 429. Causales. - Son causales para interponer recurso de casación:
1. 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.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad
(...)
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falla o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

Ir al índice

investigados, puesto que ello se vincula con el hecho y el peligro procesal sobre los que gira el objeto de debate[28].

Trigésimo cuarto. Como ha establecido esta Corte Suprema en múltiples pronunciamientos[29], a fin de evaluar que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de este (artículo 268, inciso 1, del Código Procesal Penal), es necesario que el fiscal indique claramente los cargos que se le imputan (que comprenda la descripción de los hechos imputados y su calificación jurídica), así como los elementos de convicción con los que sustenta su requerimiento y lo vinculan al hecho.

Trigésimo quinto. Es decir, existe una clara línea jurisprudencial sostenida respecto a la importancia de delimitar la imputación (aspecto táctico y jurídico) como elemento a evaluar respecto a la configuración del primer presupuesto procesal de la prisión preventiva ("fundados y graves elementos de convicción").

Trigésimo sexto. En relación con los aspectos del caso concreto, se verifica que el hecho de que la Sala Superior excluyera determinados enunciados fácticos y elementos de convicción agregados al requerimiento fiscal original[30] (valorados por el juez de investigación preparatoria) no configura por sí mismo una infracción a la garantía procesal de imputación necesaria.

Como hemos referido, este Tribunal de Casación se encuentra limitado respecto a la cuestión de hecho, por lo que no le compete valorar si efectivamente los elementos de convicción que subsistían eran suficientes o no para considerar acreditado el primer presupuesto material de la medida de coerción, pero puede analizarse la suficiencia de su motivación al respecto.

Trigésimo séptimo. Así, se verificó que la Sala Superior llevó a cabo dicha exclusión al considerar que determinados elementos fácticos y de convicción no eran trascendentes para sustentar la acreditación del primer requisito de la prisión preventiva. Efectivamente, en los considerandos 10 al 14 de su resolución de vista, absolvió los agravios planteados por la defensa sobre este punto ("no existen elementos de convicción que acrediten el supuesto circuito de dinero procedente de Brasil") y expuso los argumentos que permiten seguir manteniendo que se presentan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule a la imputada como autora de este.

Además, la Sala Superior cumplió con precisar y analizar -individualmente y en conjunto- los elementos de convicción válidamente incorporados (no discutidos por la defensa) que acreditarían la procedencia ilícita del dinero de parte de la empresa Odebrecht (materia

28 En parte de su recurso, en relación con este tema, señaló que debió declararse la nulidad absoluta porque se afectó el derecho a la libertad (conforme al artículo 150 del NCPP).

29 Casación número 626-2013/Moquegua (fundamento vigésimo noveno), Casación número 724-2015/Piura (fundamento cuarto) y Casación número 704 2015/Pasco (fundamento vigésimo primero).

30 En el "requerimiento con precisiones" del veintidós de octubre de dos mil dieciocho (no adjunto en autos).

Ir al índice

del delito de lavado de activos imputado). Dichos elementos son el acta de recepción de documentos -presentada por la representante de la empresa Odebrecht-, la declaración de Jorge Henrique Simões Barata -exoperador de la empresa Odebrecht en Perú-, la declaración de Marcelo Bahía Odebrecht -expresidente de la referida empresa-, la de Luiz Antonio Mameri -exdirector de Odebrecht en América Latina- y la declaración de Fernando Migliaccio Da Silva -exejecutivo de la empresa Odebrecht-.

Trigésimo octavo. Además, el Tribunal Superior valoró la declaración de Antonietta Ornella Gutiérrez Rosati -tesorera titular del partido liderado por la investigada Fujimori Higuchi- y los documentos presentados por esta[31], de los que se desprendió que, a pesar de existir distribución de roles dentro de la estructura del partido político (y de la organización criminal que, se imputa, se desarrolló en su interior), la encausada Keiko Sofía Fujimori Higuchi tenía conocimiento de los ingresos y aportes de dinero ilícito realizados a favor de la agrupación que lideraba.

Trigésimo noveno. Por tanto, no resulta preciso lo sostenido por la defensa respecto a la debilitación de la imputación táctica en su contra con la exclusión de los enunciados de hecho y los elementos de convicción que realizó la Sala Superior, ya que el aspecto del origen ilícito de los activos de parte de Odebrecht y el conocimiento de esto por parte de Fujimori Higuchi se desprenden plenamente de la imputación táctica efectuada en el requerimiento original de prisión preventiva, del diecinueve de octubre de dos mil dieciocho (como se verifica del considerando sexto de la presente ejecutoria), y los elementos de convicción valorados por la Sala Superior -para confirmar la decisión en este extremo- ya habían sido discutidos en audiencia -este aspecto no es cuestionado por la defensa-.

Cuadragésimo. En relación con lo anterior, corresponde establecer que el Tribunal de Apelación, si bien tiene como límite el ámbito del recurso (conforme al aforismo *tantum apellatum quantum devolutum*), ello no implica que se encuentre limitado para ampliar o desarrollar los argumentos expuestos por el a quo y que se relacionen, evidentemente, con los temas que fueron materia de cuestionamiento por la recurrente, ya que es necesario que la Sala Superior sustente su posición de rechazar (o amparar) sus agravios en dicho extremo.

Por tanto, de la integración de argumentos -como los indicados en el fundamento 12 de la resolución de vista- no se desprende, por sí misma, que existiera insuficiencia respecto a la imputación contra la encausada -relacionada a los fundados y graves elementos de convicción-, una afectación a la defensa o un error procesal (conforme, según alegó, el artículo 124, inciso 3, el Código Procesal Pena)[32].

---

31 Esto para responder un agravio formulado por la defensa de la imputada Fujimori Higuchi en su recurso de apelación.

32 Artículo 124. Error material, aclaración y adición.
[...]
3. Dentro de los tres días posteriores a la notificación, las partes podrán solicitar la aclaración o la adición de los pronunciamientos. La solicitud suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.

Ir al índice

Cuadragésimo primero. Por tanto, no se verifica en este extremo la alegada afectación de garantía de imputación necesaria, inobservancia del artículo 124, inciso 3, del Código Procesal Penal, o debida motivación, relacionadas a los temas de desarrollo propuesto en este acápite sobre la vinculación de la referida garantía y la acreditación del primer presupuesto material para imponer la prisión preventiva ("fundados y graves elementos de convicción").

§ Sobre la corroboración de la declaración del testigo protegido

Cuadragésimo segundo. En primer lugar, corresponde indicar que el artículo 247 del Código Procesal Penal contempla una serie de órganos de prueba a los que las autoridades (sea el fiscal o el juez, según la etapa procesal) pueden brindar medidas de protección en el contexto de su intervención en un proceso penal (a fin de prevenir represalias por su actuación), tales como testigos, peritos, agraviados, agentes especiales o colaboradores (inciso 1); ello porque (inciso 2) las autoridades aprecien racionalmente un peligro grave para esta persona, en su libertad o sus bienes (que incluso puede extenderse a su cónyuge o su conviviente, o a sus ascendientes, descendientes o hermanos).

Así, dicha normativa permite que exista, al interior de un proceso, un testigo protegido (o con identidad reservada) y colaborador eficaz que, a pesar de partir de un punto en común -la preservación de su identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo[33]-, tienen características que los diferencian.

Cuadragésimo tercero. El testigo protegido (o con identidad reservada) resulta ser un órgano de prueba que cuenta con información relevante respecto a la comisión de un delito y las circunstancias de este y colabora con la administración de la justicia en el esclarecimiento de los hechos.

Por otro lado, el colaborador eficaz (o "delincuente arrepentido") es una persona que ha participado en la comisión del hecho punible y que, de manera voluntaria, accede a proporcionar la información que posea en virtud de su actuación, a fin de obtener un beneficio procesal en la investigación del delito.

Cuadragésimo cuarto. En ese sentido, resulta evidente que la calidad de colaborador conlleva la imputación de un presunto hecho delictivo por parte del Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal pública y quien asume la investigación del delito desde su inicio (conforme a lo previsto en el artículo 159, inciso 4, de la Constitución y el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Por ende, esta se determinaría en atención a la atribución de responsabilidad que el fiscal, exclusivamente, realice en su contra, sobre la base de su estrategia de investigación, lo que la diferencia del caso de un testigo protegido (a quien no se le imputa la comisión de un hecho ilícito).

33 A través de las medidas específicas contempladas en los artículos 248, inciso 2. y 249, inciso 1, del CPP.

Ir al índice

Cuadragésimo quinto. Debe advertirse (según lo establecido en el artículo 251 del Código Procesal Penal) que contra la disposición del fiscal que ordena una medida de protección procede que el afectado recurra al juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia, mientras que contra las resoluciones referidas a las medidas de protección procede recurso de apelación con efecto devolutivo. Por ello, en todo caso, la parte que se considere afectada con la imposición de dichas medidas podría cuestionarlas en la vía correspondiente.

En este caso, la calidad del referido testigo protegido número 2017-55-3 ya se encuentra establecida en la investigación -conforme fue requerido por el representante del Ministerio Público- y en dicha forma se evaluará su situación, al no ser esta la instancia adecuada para discutir la pertinencia (o no) del cambio de su calidad de intervención durante el proceso -como pretendía la defensa-.

Cuadragésimo sexto. Por otro lado, para el análisis respecto a la valoración probatoria del testigo[34] cabe acudir -según sea pertinente- a los preceptos generales del Acuerdo Plenario número 2-2005/CIJ-116, del que se desprende que, desde una *perspectiva subjetiva*, se analiza la credibilidad del testigo (relaciones personales con el imputado, su motivación para el sentido de su declaración, etc.), su fiabilidad (en torno a la coherencia y solidez de su relato) y la persistencia incriminatoria (a lo largo del procedimiento)[35].

Mientras que, desde un aspecto *objetivo*, se exige la corroboración de la declaración del testigo, es decir, que existan otros medios de prueba que permitan consolidar su incriminación[36] y que aquella no se erija como la única fuente relevante para, en este caso, sostener que existe sospecha grave para dictar la prisión preventiva.

Esto es, se requiere información adicional, que provenga de otros medios, que corrobore de manera suficiente el dato incriminatorio proporcionado por el testigo (sea respecto a la configuración del hecho o de la participación del imputado en este).

Cuadragésimo séptimo. Así, sobre la valoración de la coherencia de la declaración de un testigo (*aspecto subjetivo*), además de exigirse que esta sea espontánea, no fantasiosa ni ambigua, resulta importante que no se presenten contradicciones entre sus partes; no

---

34 En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH), del veintisiete de febrero de dos mil once, caso Lucá contra Italia, se indicó (fundamento 41) que "la circunstancia de que las declaraciones provengan de un coencausado, como en el presente caso, y no de un testigo, no es importante [...]. Desde el momento en que una declaración, tanto si es efectuada por un testigo *stricto* sensu o por un coencausado puede justificar, de manera importante, la condena del acusado constituye un testimonio de cargo y le son aplicables las garantías previstas por los artículos 6.1 y 6.3 d) del Convenio [referidos a la publicidad del proceso y a su derecho a interrogar a testigos de cargo]".

35 Como ha resallado esta Corte en múltiples pronunciamientos, es posible admitir matizaciones respecto a los dos últimos aspectos: coherencia, solidez y persistencia incriminatoria en el relato, conforme a las circunstancias del caso en concreto.

36 En sentido similar, aunque con los términos de "coherencia interna y externa", en la sentencia de Casación número 1394-2017/Puno, del veintiséis de julio de dos mil dieciocho (fundamento de derecho quinto).

Ir al índice

obstante, ello no impide la valoración fraccionada o diferenciada de diversas partes del relato del testigo en tanto que estas gocen de cierta autonomía unas de otras.

En este caso, se necesitará de un mayor esfuerzo motivador del juez y una sólida corroboración mediante datos externos[37].

Es decir, nada obsta a que se valore de manera positiva determinado extracto de la declaración de un testigo pero se rechace otro, siempre que dicho proceder no sea evidentemente contradictorio, es decir, en tanto que no se infrinjan reglas de la lógica.

Cuadragésimo octavo. En tal virtud, esta Corte Suprema considera debida la motivación realizada por la Sala Superior al valorar de manera diferenciada algunos extremos de la declaración del testigo protegido número 2017-55-03.

Se verifica del auto de vista que la Sala Superior sostuvo que, si bien advertía incongruencias respecto a su declaración sobre un aspecto específico -sobre el lugar y las fechas de las reuniones que mantuvo con miembros del partido político liderado por la imputada Fujimori Higuchi (considerando 63 del auto de vista)-, ello no impedía valorar aspectos relacionados a la configuración del delito de lavado de activos, ya que brinda información específica corroborada periféricamente con otras declaraciones testimoniales y documentos (en específico, las que detalla en los considerandos 64 al 73 del auto de vista).

En este punto se aprecia que existe cierta independencia entre la valoración de dichos aspectos, lo que permite sostener como creíble parte de su declaración (corroborada), pero no otra (que no cuenta necesariamente con verificación suficiente), ya que ambas no se excluyen mutuamente en el análisis y, por tanto, no denota ilogicidad o contradicción en los argumentos de la motivación.

Cuadragésimo noveno. De otro lado, en atención al *aspecto objetivo* de la valoración de la declaración brindada por un órgano de prueba con identidad reservada, esta Corte Suprema[38] ha precisado (sobre un colaborador eficaz) que "su sola sindicación no es suficiente para concluir que el incriminado, en efecto, cometió la conducta delictiva atribuida. Hace falta especialmente prueba de corroboración externa a esos testimonios -otros elementos o medios de prueba-, como exigencia derivada de la garantía de presunción de inocencia".

Quincuagésimo. Que un testigo tenga identidad reservada (testigo protegido, colaborador eficaz, etc.) no obsta a que se exija la corroboración de su dicho (como el de cualquier otro testigo). La diferencia se aprecia solo respecto a las consecuencias que genere la limitación

37 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. "Eficacia procesal de las declaraciones obtenidas en procedimientos de colaboración". En: *Revista Derecho* & Sociedad, número 50, mayo de 2018 p. 268. Revisado en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20392

38 Recurso de Nulidad número 99-2017/Nacional, del diecinueve de septiembre de dos mil diecisiete (fundamento séptimo).

Ir al índice

al derecho a la defensa por la reserva de su identidad, tal como no poder realizar preguntas relacionadas a una posible incredibilidad subjetiva.

Quincuagésimo primero. Para contrarrestar dicha limitación, la Corte IDH -tomando como referencia pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- lista una serie de medidas de contrapeso, como:

> a) la autoridad judicial debe conocer la identidad del testigo y tener la posibilidad de observar su comportamiento durante el interrogatorio con el objeto de que pueda formar su propia impresión sobre la confiabilidad del testigo y de su declaración, y
>
> b) debe concederse a la defensa una amplia oportunidad de interrogar directamente al testigo **en alguna de las etapas del proceso**, sobre cuestiones que no estén relacionadas con su identidad o paradero actual; lo anterior con el objeto de que la defensa pueda apreciar el comportamiento del testigo bajo interrogatorio, de modo que pueda desacreditarlo o, por lo menos, plantear dudas sobre la confiabilidad de su declaración"[39] [las negritas son nuestras].

Quincuagésimo segundo. Esta Corte Suprema precisó -respectó a la utilización de las declaraciones del aspirante a colaborador eficaz en un requerimiento de prisión preventiva- que a pesar de la reserva de este procedimiento -en atención a las exigencias de seguridad y eficiencia de investigación- no se afecta la posibilidad de la contradicción, pues se trata de un acto de investigación -para determinar la sospecha fundada y grave de un delito- que no puede ser usado para sustentar una condena, a menos que se recurra a la anticipación de la prueba, pero que la regla persiste en que declare en juicio oral -etapa procesal en la que corresponde que se actúe la prueba, precisamente-[40].

Quincuagésimo tercero. Por tanto, si bien la defensa del imputado no participa directamente en la declaración de un testigo protegido en las etapas preliminares de investigación, al permitírsele su posterior interrogatorio -con las medidas de seguridad pertinentes para resguardar la identidad del referido testigo- y, especialmente, en el juicio oral (etapa principal del proceso[41] y en la cual se actúa la prueba), se compensa dicha limitación inicial a su derecho a la defensa (equiparado, de ser el caso, a si se actúa como prueba anticipada, conforme a lo establecido en los artículos 242 al 245 del CPP).

Quincuagésimo cuarto. Por ende, estos criterios pueden ser de aplicación para justificar la imposición de la prisión preventiva en tanto que se respeten reglas generales de valoración probatoria (sobre la coherencia interna de la declaración, por ejemplo), se cuente con la

---

39 Sentencia del veintinueve de mayo de dos mil catorce recaída en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (fundamente 246).

40 Sentencia Casatoria número 292-2019/Lambayeque, del catorce de junio de dos mil diecinueve (fundamento de derecho duodécimo).

41 Artículo 356, inciso 1, del Código Procesal Penal.

Ir al índice

corroboración de la información brindada y se permita el interrogatorio del testigo por la defensa durante el proceso.

Quincuagésimo quinto. En tal contexto, en el caso en concreto, no se verifica la afectación de la garantía de debido proceso con la valoración de la declaración del testigo protegido por parte de la Sala Superior en el auto recurrido, porque -como referimos en los considerandos trigésimo séptimo y trigésimo octavo *ad supra*- se cumplió con precisar los elementos de corroboración de dicho testimonio y realizar una inferencia lógica correcta sobre su aporte probatorio, lo que llevó a que la Sala Superior los valore como un elemento de convicción para acreditar el primer presupuesto material de la prisión preventiva ("fundados y graves elementos de convicción").

§ Sobre el presupuesto del peligro de obstaculización

Quincuagésimo sexto. Como se mencionó en los antecedentes teóricos *ad supra*, la valoración del presupuesto de peligro procesal -compuesto por el peligro de fuga y de obstaculización- se encuentra ligado con la finalidad cautelar de la prisión preventiva y la afirmación de su constitucionalidad.

Al respecto, tal como sostiene la CIDH en el informe citado, "corresponde a las autoridades judiciales competentes, particularmente a los fiscales, y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de aquellos elementos necesarios para determinar la existencia del riesgo de fuga o de obstaculización de las investigaciones" [considerando 145].

En ese sentido, resulta evidente que pese a que un imputado tenga un "alto grado de probabilidad de una condena"[42] -es decir, que se cumpa el primer presupuesto de la medida- aún mantiene la presunción de inocencia hasta que no se emita una sentencia firme en la que se establezca su responsabilidad.

Quincuagésimo séptimo. En este punto resulta importante resaltar la característica de provisionalidad de la prisión preventiva (que se plasma en el principio *rebus sic stantibus*), esto es, que la medida sea revisada periódicamente[43] en la medida en que se modifiquen las circunstancias que motivaron su imposición, ya sea en relación con la imputación[44] o con los elementos de peligro procesal.

Quincuagésimo octavo. El código adjetivo (artículo 268, literal c) considera, a efectos procesales, que los componentes del peligro procesal son equivalentes y, por esto, aun con la

42 Sentencia Plenaria Casatoria número 1-2017/CIJ-443, considerando 24, literal D.

43 La Corte IDH, en su sentencia del veintinueve de mayo de dos mil catorce recaída en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile (fundamento 311), estableció como una característica necesaria de la prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la CADH -junto con **i)** su naturaleza cautelar y no punitiva y que **ii)** se funde en elementos probatorios suficientes- que dicha medida debe estar sujeta a revisión periódica.

44 Sobre este aspecto véase la Sentencia Casatoria número 564-2016/Loreto, del doce de noviembre de dos mil dieciocho (fundamento de derecho quinto).

Ir al índice

sola presencia de cualquiera de ellos[45] (y la verificación de los otros dos presupuestos), el juez puede dictar el mandato de prisión preventiva, puesto que con la justificación de la necesidad de neutralizar dicho peligro -sea el de fuga u obstaculización- se logra cumplir su fin.

Quincuagésimo noveno. Lo que sí resulta innegable es la diferente configuración y determinación de los peligros de fuga y obstaculización: el primero hace referencia a la capacidad del imputado de sustraerse de la acción de la justicia -con lo que evita que se cumpla el trámite regular del proceso y la aplicación de una eventual pena-, mientras que la segunda se refiere al peligro "vinculado a la injerencia del procesado en libertad ambulatoria respecto del resultado del proceso, lo que puede manifestarse con la influencia directa del actor en la alteración, ocultamiento o desaparición de los medios probatorios"[46], lo que incluso puede realizarse mediante terceras personas.

Sexagésimo. En tal aspecto y por la propia naturaleza de cada riesgo procesal, se desprende que el peligro de obstaculización "pierde consistencia una vez que se va produciendo la audiencia de algunos testigos y la progresión de las investigaciones"; así, "el riesgo real de presiones a testigos se atenúa e incluso desaparece con el trascurso del tiempo"[47].

Por tanto, como sostiene Ascencio Mellado, "no es del todo acertado establecer la misma duración para prevenir un determinado riesgo de fuga o para evitar la obstaculización de la investigación. En efecto, 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, la prisión preventiva debe reducirse drásticamente [...]"[48].

Sexagésimo primero. Es decir, conforme se va neutralizando el peligro de obstaculización valorado para la imposición de la medida, esta va perdiendo su legitimidad de mantenerse, ya que, como es ampliamente sostenido, la prisión preventiva constituye el medio de coerción de máxima afectación al derecho a la libertad y, por tanto, la disminución de dicho peligro de obstaculización debe reflejarse en el plazo de duración de esta o en su revocatoria (sí desapareciera por completo), según el caso en concreto.

Sexagésimo segundo. En el presente caso, la Sala Superior estableció que "no existe indicio razonable para presumir el peligro de fuga de la investigada Keiko Sofía Fujimori Higuchi"

---

45 Así, el Tribunal Constitucional en su STC número 03223-2014-PHC/TC, del veintisiete de mayo de dos mil quince, sostuvo que "[...] la configuración del peligro procesal, no implica que, de manera simultánea, tengan que concurrir los supuestos del peligro de fuga y de la obstaculización del proceso por parte del inculpado [...]. Y es que resulta suficiente que se manifieste alguno de los aludidos supuestos, concurrente con los presupuestos procesales de la pena probable y de los elementos probatorios que vinculan al procesado, para que el juzgador determine el peligro de la sujeción del inculpado al proceso penal y pueda decretar la medida de detención provisional a través de una resolución motivada" (fundamento jurídico 11).

46 STC número 04163-2014-PHC/TC/Moquegua, fundamento 10.

47 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Op. cit.*, p. 461.

48 ASENCIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal en el Perú. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Revisado en: http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/regulacionprisionpreventiva.pdf

Ir al índice

-considerando 84 de la resolución de vista-. Ello, evidentemente, delimita el ámbito de pronunciamiento de este Tribunal Supremo.

Al subsistir solo el peligro de obstaculización[49], resulta claro que el peligro procesal (como presupuesto material de la prisión preventiva) decae. Esto se desprende del cumplimiento del fin legítimo de la medida, pues solo en tanto que este se respete la privación de la libertad de un investigado no deviene en arbitraria.

Por tanto, a medida que se aseguren las fuentes de prueba -a través de -medidas de protección y actuación de prueba anticipada (prueba personal), aseguramiento de fuentes de prueba material, entre otros- y la finalidad de la medida se vea cumplida, no se justifica -de manera general- continuar privando de libertad al imputado.

Sexagésimo tercero. En este caso, la Sala Superior no cumplió con la exigencia de la motivación *reforzada* exigida para la duración de la medida[50], que, como ya indicamos -a diferencia del peligro de fuga-, va decayendo en cuanto el proceso sigue su curso y se efectúan acciones de aseguramiento de las fuentes de prueba (personal o material, cuya influencia legítima o destrucción por parte del imputado se pretende evitar).

Sexagésimo cuarto. En tal virtud, el plazo de la prisión preventiva resulta proporcional en tanto que aún refleje el cumplimiento de los fines legítimos que la justifican[51].

Si estos fueron satisfechos, no es posible mantener en su extensión máxima la restricción más gravosa de la libertad, pues esta resulta de aplicación excepcional.

Sexagésimo quinto. En consecuencia, en el caso en concreto, este Tribunal Supremo considera que, en vista de que la Sala Superior descartó que la imputada Fujimori Higuchi presentara peligro de fuga y solo mantuvo el peligro de obstaculización, debió fundamentar de manera específica el mantenimiento del plazo máximo previsto para la medida (treinta y seis meses)[52], lo que resulta imprescindible para sostener la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva e incide, por tanto, en la garantía de motivación de las resoluciones judiciales.

---

49 La que fue sustentada por la Sala respecto a las presiones y amenazas en torno al sentido de la versión de los declarantes, así como el ofrecimiento para no brindar declaraciones: fundamentos 70 al 73 del auto de vista y, en específico, fundamentos 91 al 99.

50 Sobre todo porque acogió algunos agravios en relación con este tema y no valoró algunos elementos de convicción valorados al respecto por el JIPN (tales como su intervención en el allanamiento de los locales de Fuerzo Popular -fundamento 96 y 97-).

51 Aunque se refiere o la medida de detención judicial preventiva, véase al respecto la STC 1091-2002-HC/TC/Lima. del doce de agosto de dos mil dos, fundamento jurídico 14.

52 Al respecto debe tenerse presente, además, que la CIDH ha manifestado su preocupación sobre el incremento de este plazo de duración de la medida para los procesos de criminalidad organizada (como el presente), introducido por el Decreto Legislativo número 1307 en el "Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de lo prisión preventivo en las Américas" (2017), considerando 51. Revisado en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf

Ir al índice

En conclusión, este Colegiado Supremo, al advertir la falta de motivación suficiente sobre el plazo de duración de la medida (causal prevista en el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal), considera que, a fin de evitar que esta devenga en arbitraria, resulta necesario que se adecúe en atención a que, según se desprende de los recaudos, esta investigación requiere la realización de múltiples actos de investigación respecto a una cantidad significativa de imputados y testigos, además de recabar documentación relacionada a personas naturales y jurídicas tanto en nuestro país como en et extranjero. En tal sentido, resulta proporcional que esta medida se reduzca hasta dieciocho meses, puesto que se refiere a un proceso por el delito de lavado de activos agravado por pertenencia a una organización criminal.

Este plazo de duración resulta razonable para que el fiscal a cargo de la presente investigación adopte las medidas necesarias de aseguramiento que aún no haya efectuado respecto a los órganos de prueba cuya protección estime pertinente para los fines del proceso, especialmente porque, a la fecha, la investigación formalizada tiene diez meses de iniciada.

II. Recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Pier Paolo Figari Mendoza

Sexagésimo sexto. El investigado Figari Mendoza cuestionó aspectos relacionados a: **i)** la corroboración de la existencia de fundados y graves elementos de convicción[53], y el peligro de obstaculización[54] como presupuestos materiales de la prisión preventiva y **ii)** la valoración de la declaración del testigo protegido[55].

En torno a estos aspectos alegó la afectación de garantías procesales (como la proscripción del derecho penal de autor, defensa, debida motivación, prueba, igualdad, tutela judicial efectiva y legalidad) y el respeto de la motivación para determinar el peligro procesal en la prisión preventiva (conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 502-2018/PHC); por lo que las causales de procedencia admitidas fueron las previstas en el artículo 429, incisos 1 y 4, del Código Procesal Penal.

Sexagésimo séptimo. El primer tema propuesto relacionado con la configuración de los fundados y graves elementos de convicción -sobre su vinculación a un partido político- no contiene argumentos suficientes que sustenten la necesidad de desarrollo de doctrina jurisprudencial, ya que la proscripción de la responsabilidad penal objetiva ("o de autor")

53 Sostuvo que no era suficiente acreditar su vinculación y cargo en el partido político y que existen elementos de convicción no invocados por el JIPN, pero valorados por la Sala Superior.

54 El cual, refiere, debe acreditarse con octos positivos de peligro y no con acciones de terceros.

55 Indica que esta no debe presentar contradicciones y ser corroborada, por lo que debe incluirse en el artículo 158, Inciso 2. del Código Procesal Penal.

Ir al índice

se encuentra aceptada tanto legal[56] como jurisprudencial[57] y doctrinariamente, pues nuestro sistema legal penal consagra el llamado "derecho penal de acto"[58].

Analizar su vinculación y cargo con el partido político Fuerza 2011 (ahora Fuerza Popular) se relaciona con la imputación por el delito de lavado de activos agravado, pues la postura del fiscal requirente es que, precisamente, al interior de dicha agrupación se "enquistó" una organización criminal a la que Figari Mendoza pertenecería.

Por ello, no es cierto que el solo hecho de ser miembro de un partido político fundamente automáticamente su pertenencia a una organización criminal, sino que aquel es solo uno de los presupuestos que, junto con los demás elementos de convicción valorados (por los órganos de instancia), en ese extremo, pueden determinar su pertenencia a aquella.

En este caso, la Sala Superior arribó -de forma motivada y congruente- a la conclusión de que el imputado pertenece a una organización criminal (fundamento 5.1.) luego de analizar de manera específica y conjunta los demás elementos de convicción propuestos por el titular de la acción penal, por lo que no se verifica la afectación de las garantías alegadas.

Sexagésimo octavo. Esta Corte Suprema aprecia que el segundo aspecto relacionado a su propuesta de desarrollo de la acreditación del primer presupuesto material de la prisión preventiva se refiere a la congruencia recursal -en tanto que alega que existen elementos de convicción no invocados por el JIPN, pero valorados por la Sala Superior-.

En torno a ello, se tiene establecido que dicho principio (conforme al aforismo tantum *devolutum quantum appellatum*) comprende una limitación a las facultades de pronunciamiento del Tribunal Revisor (artículo 409 del Código Procesal Penal), lo que permite la necesaria correlación entre lo recurrido y lo resuelto, así como la protección del derecho a la defensa y la seguridad jurídica[59].

Sexagésimo noveno. Sin embargo, en el caso en concreto, el aspecto que se pretende cuestionar no se relaciona con el contenido de este principio, ya que, como se desprende del extremo pertinente del auto de vista -considerando 5.3.3.2.-, la Sala Superior solo precisó que, de los actuados, se verifica que existen dos documentos con el mismo número "Informe

56 Artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

57 STC número 03245-2010-PHC/TC Lima, del trece de octubre de dos mil diez: "El principio de responsabilidad personal y la proscripción de responsabilidad por hecho ajeno constituye una manifestación del principio de la culpabilidad, que a su vez es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Este principio, si bien no goza de reconocimiento constitucional expreso, puede ser derivado del principio de proporcionalidad de las penas y de legalidad penal (Cfr. Exp. N° 0014- 2006-PI, fundamentos 28-33). Así, el principio de culpabilidad brinda la justificación de lo imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió, (cfr. Exp. N° 0014-2006-PI, fundamento 25). de este modo queda proscrita lo responsabilidad objetiva" (fundamento 28). Véase tambien la sentencia de la Corte IDH, del veintiuno de octubre de dos mil dieciséis, caso Pollo Rivera y otros vs. Perú (fundamentos 248 y 249).

58 Conforme o lo establecido en el artículo 9 de lo Convención Americana de Derechos Humanos.

59 Conforme se desarrolla en la Sentencia de Casación número 413-2014/Lambayeque del siete de abril de dos mil quince (fundamento vigésimo cuarto y siguientes).

Ir al índice

Técnico 006", elaborado por la ONPE -citado de esta forma por el JIPN y por la defensa- pero que ambos tienen las mismas conclusiones (esto es, observaciones a los ingresos recaudados por el partido político por no haberse identificado a los aportantes).

La precisión de la Sala Superior -de que existen dos informes con el mismo número y conclusiones- no vulnera la congruencia recursal, ya que ello no incide en la inferencia sobre la valoración de dicho elemento de prueba.

Septuagésimo. Por otro lado, sobre los temas propuestos de desarrollo sobre la corroboración de la declaración del testigo protegido y la acreditación del peligro de obstaculización, nos remitimos a los criterios doctrinarios y jurisprudenciales expuestos *ad supra* en los considerandos 42 al 54 y 56 al 61, pues resultan pertinentes al ser semejantes en el planteamiento de estos temas para el desarrollo de doctrina jurisprudencial.

Septuagésimo primero. Corresponde precisar que la justificación del peligro de obstaculización se basa en una presunción ("riesgo razonable") de que el imputado, en libertad, tenga injerencia ilícita - por sí o por medio de terceros- sobre órganos de prueba o elementos de prueba material.

Sin embargo, para acreditar el peligro procesal que fundamenta la limitación del derecho fundamental de la libertad, "resulta constitucionalmente inaceptable que [...] el elemento de juicio en que se pretenda sustentar también sea una conjetura; ya que de ser así, la razonabilidad de la presunción decae en la justificación de la medida"[60].

Por ende, no se puede basar una sospecha razonable en otra sospecha razonable, sino que su acreditación requiere elementos de convicción objetivos.

Resulta indispensable que la motivación del peligró procesal para justificar la medida de prisión preventiva se sustente en elementos de convicción objetivos incorporados válidamente a la investigación, los que deberán ser evaluados no solo de forma individual sino en conjunto.

Septuagésimo segundo. En el caso, se verifica que, para acreditar el peligro de obstaculización del encausado Figari Mendoza, el análisis del auto de vista -considerando 5.6.3.3- se sustentó en que existen declaraciones de diversos testigos que sostuvieron que fueron instruidos para brindar una versión contraria a la verdad (sobre su participación como aportantes de fondos al partido político), y que ello fue realizado por órdenes de personas vinculadas al partido político (como el imputado, que conformaba -según la imputación fiscal- el "núcleo duro" de la organización criminal).

Además, se valoró una documental ("chat La Botica") de la que -según sostiene la Sala Superior- se desprende la participación directa del imputado en una conversación respecto a acciones contra el fiscal a cargo del presente caso.

60 STC 00502-2018-PHC/TC Piura (acumulado). del veintiséis de abril de dos mil dieciocho, fundamentos 97 y 98.

Ir al índice

Por tanto, esta Corte Suprema verifica que el auto de vista cumplió con sustentar el extremo del peligro de obstaculización por parte de Figari Mendoza sobre la base de elementos de convicción concretos que deben analizarse conforme a la naturaleza de los hechos investigados (es decir, como presunto integrante de una organización criminal).

Septuagésimo tercero. Ahora bien, como se indicó *ad supra*, este Colegiado Supremo ha sostenido la necesidad de corroboración de la declaración del testigo protegido, así como la posibilidad de valorar determinadas partes de su declaración y descartar otras (en caso de que estas no cuenten precisamente con respaldo objetivo), siempre que sean autónomas (considerando cuadragésimo séptimo).

Esta valoración exige la distinción del aporte probatorio de cada elemento de la declaración y su acreditación específica en torno a la hipótesis táctica de la que se parte; por lo que, en este caso, no se corrobora la afectación al derecho a la prueba alegado por el casacionista.

Septuagésimo cuarto. Finalmente, se advierte que la Sala Superior descartó que Pier Paolo Figari Mendoza presentara peligro de fuga -considerando 5.6.3.2. del auto de vista-; por tanto, el presupuesto material de peligro procesal se sustenta, en su caso, solo por el peligro de obstaculización (como en el caso de su coimputada Fujimori Higuchi).

A pesar de ello, la Sala Superior mantuvo el plazo de duración de la medida -fijado por el JIPN- únicamente con la justificación de que permitirá a la Fiscalía agotar la investigación, tomando en cuenta la naturaleza del delito imputado y la pluralidad de partícipes.

Septuagésimo quinto. El referido argumento utilizado por el Tribunal Superior no refleja la motivación cualificada exigida para sustentar el plazo de duración de la medida (como se advirtió ad *supra* en el fundamento sexagésimo tercero), sobre todo cuando en este caso se sostiene solo en el riesgo de obstaculización que, por su naturaleza y conforme el avance de la investigación, disminuye la intensidad del peligro procesal.

Si bien existe un plazo máximo legalmente establecido para mantener detenido a un investigado (en este caso, treinta y seis meses), se debe evaluar en concreto si dicha duración resulta razonable y proporcional[61].

Septuagésimo sexto. La Sala Superior no cumplió con motivar debidamente el mantenimiento del plazo máximo de duración de la prisión preventiva, pues solo sostuvo, de forma genérica, que la investigación era compleja (por su naturaleza o número de diligencias a actuar), sin valorar que excluyó el peligro de fuga del casacionista (causal prevista en el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal).

---

61 Debe tenerse en cuenta lo consagrado el artículo 7.5. de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto al plazo razonable en el que una persona detenida debe ser juzgada o ser puesta en libertad aun cuando el proceso continúe (con las medidas que se consideren para asegurar su comparecencia).

Ir al índice

Por ello, este Tribunal Supremo, en sentido similar a lo expuesto *ad supra* (considerando sexagésimo quinto), estima proporcional reducir dicho plazo e imponer al recurrente hasta dieciocho meses, en atención al avance de la investigación y a que este nuevo plazo debe tener correlato específico y concreto -en el caso de peligro de obstaculización- en el desarrollo de las diligencias pertinentes y la actuación del fiscal en el aseguramiento de los elementos de prueba.

III. Recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka

Septuagésimo séptimo. Este Tribunal Supremo verifica que los tres temas propuestos por el imputado Yoshiyama Tanaka -señalados en el auto admisorio y reiterados en la audiencia de casación- se refieren a aspectos generales de motivación de resoluciones judiciales, es decir, que los operadores de justicia realicen control de convencionalidad (aplicando sentencias de la Corte IDH y que ello se incorpore en el artículo 429.5 del NCPP), que se respondan los agravios formulados por las partes y que se usen reglas de la lógica, la ciencia o la técnica para valorar elementos de convicción (en el procedimiento de la prisión preventiva).

Septuagésimo octavo. Al respecto, se debe resaltar que el recurso de casación excepcional -como el presente- debe desarrollar los alcances interpretativos de alguna disposición, la unificación de posiciones disímiles de la Corte o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no fue desarrollado en forma suficiente, con el fin de enriquecer dicho tema con nuevas perspectivas fácticas y jurídicas (actualización de la doctrina); además de expresar incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial actual.

Estas propuestas de desarrollo deben vincularse con el contenido del caso en concreto y las causales de interposición del recurso.

Septuagésimo noveno. De los argumentos expuestos por el casacionista en torno a los temas de desarrollo propuestos no se refleja, de manera suficiente, dicha finalidad excepcional; puesto que, si bien alegó afectación de garantías procesales, hizo uso de argumentos genéricos que no se relacionan con las causales de procedencia que alegó (artículo 429, incisos 1 y 4, del ncpp) y no tiene incidencia en la imposición de la medida de prisión preventiva en su contra.

Octogésimo. Por ende, no constituye un "exceso de formalismo" requerir a un recurrente que precise la norma de derecho interno cuya aplicación -alega- colisiona con las normas de la CADH, más aún cuando los artículos del Código Procesal Penal que contemplan la prisión preventiva contienen aspectos diversos y diferenciados. Ello no afecta la motivación del auto (por falta de respuesta de agravios), pues no se puede exigir a un órgano jurisdiccional que supla la deficiencia en el planteamiento de los agravios.

Además, el tema propuesto de la valoración probatoria sobre la base de las reglas de la lógica, ciencia o técnica ya se encuentra establecido de manera expresa e inequívoca en el

Ir al índice

artículo 158 del Código Procesal Penal –citado en su recurso- y cuya aplicación (o falta de esta) puede ser analizada solo en tanto que se indique cómo fueron afectadas en el caso en concreto.

Octogésimo primero. Se aprecia que el alegado tema respecto al control de convencionalidad en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales nacionales no requiere de una exigencia adicional de este Tribunal Supremo, pues se encuentra establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Ello no exige necesariamente que se citen pronunciamientos de la Corte IDH en las resoluciones judiciales, sino que se respeten las garantías procesales que se consagran en la CADH u otros instrumentos internacionales a los que el Perú se encuentre adscrito y que forman parte del derecho nacional[62].

Su infracción debe señalarse de manera específica en el caso en concreto, por lo que era pertinente, como indicó la Sala Superior (considerando 105 del auto de vista), que se exija al apelante que precise la norma de derecho interno cuya aplicación contraviene los instrumentos internaciones o las decisiones adoptadas por los Tribunales Supranacionales.

En ese sentido, no resulta suficiente –como realizó en su recurso de casación- que se copien fundamentos de sentencias de la Corte IDH (de manera aislada) sin que efectúe el correlato con la supuesta afectación que le causa la valoración y las conclusiones a las que arriban los órganos jurisdiccionales.

Octogésimo segundo. Además, debe rechazarse su propuesta de interpretación extensiva del artículo 429, inciso 5 del CPP (para incluir el apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH), ya que no es facultad de este Tribunal Supremo el atender solicitudes de *lege ferenda* que requieran una modificación legislativa.

Igualmente, no es de recibo su propuesta para establecer pautas metodológicas sobre la valoración probatoria (sin precisar la aplicación específica a la incidencia en su caso en concreto), ya que ello constituye precisamente una función connatural a la finalidad nomofiláctica del recurso de casación.

Octogésimo tercero. No obstante lo anterior, en otro extremo de su recurso alegó que el requerimiento de prisión preventiva no resultaba conforme con pronunciamientos de la Corre IDH (casos Chaparro Álvarez y otro vs. Ecuador, y Norín Catrimán y otros vs Chile) y lo establecido por esta Corte Suprema (en la Sentencia Plenaria Casatoria número 1-2017/CIJ-433) respecto al uso de dicha medida de coerción y el grado de sospecha necesario para imponerla, respectivamente.

Ello, según sostuvo, conllevó que se le privara de su libertad con fines de investigación y sin alcanzar el grado de conocimiento para llevarlo a juicio.

62 Conforme al Artículo 55 de la Constitución Política del Perú.

Ir al índice

Octogésimo cuarto. Sobre el último extremo, esta Corte Suprema considera necesario precisar que es necesario precisar que las normas procesales que contemplan la prisión preventiva gozan de presunción de constitucionalidad y permiten la aplicación de esta medida de coerción personal aun de manera previa al juicio[63], esto es, a partir de la formalización de la investigación preparatoria[64].

Octogésimo quinto. Al respecto, las sentencias de la Corte IDH a las que hace mención la defensa del investigado Yoshiyama Tanaka -que, refiere, no fueron aplicadas- deben ser analizadas en su completitud y en el contexto en que fueron emitidas.

En tal virtud, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, la Corte utiliza la palabra *acusado* para identificar a la persona sometida a un proceso formal, sin diferenciar que se esté en la etapa ligación o instrucción[65], pues la legislación ecuatoriana de aquella época así lo establecía[66].

En suma, de dichos pronunciamientos no se deriva necesariamente que solo pueda dictarse una medida de coerción procesal cuando se encuentre expedito el inicio de un juicio oral, sino que se trata de resaltar su finalidad cautelar.

Octogésimo sexto. Por su parte, la Sentencia Plenaria Casatoria número 1-2017/CIJ-433 exige la sospecha grave para la imposición de esta medida de coerción e indica que esta es más intensa que la sospecha suficiente, exigida para la acusación y el enjuiciamiento (fundamento jurídico 24, literal d).

La sospecha grave o apariencia del buen derecho, como requisito consustancial de esta medida, está referido únicamente a la carga o peso de vinculación del investigado con el hecho criminal, el que incluso podría variar en el transcurso de la investigación -principio *rebus sic stantibus*-, esto es, se relaciona con el desarrollo del proceso y el grado de colección de prueba suficiente que es progresiva.

Por tanto, no solo una persona acusada (contra quien se ha generado una pretensión punitiva) puede ser pasible de prisión preventiva.

---

63 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -artículo 9, inciso 3- refiere que la prisión preventiva se podrá imponer para asegurar la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

64 Como se desprende de los artículos 286.1 y 338.4 del Código Procesal Penal.

65 Así, parte estableciendo que se abrió proceso penal contra el señor Chaparro y se dictó auto de prisión preventiva, para luego señalar en el fundamento 105 que "la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para 'garantizar la inmediación' del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento".

66 El artículo 170 del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano establecía que "a fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el Juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real''. Luego, en su artículo 171. "las medidas cautelares de carácter personal son la detención y la prisión preventiva".

Ir al índice

Octogésimo séptimo. La acusación, en tanto límite del pronunciamiento final del Ministerio Público, exige un hecho preciso, inmodificable e inmutable y una acabada determinación de participación de los involucrados en el delito, no solo de aquellos sometidos a la prisión preventiva.

La sospecha grave, propia para dictar el mandato de prisión preventiva, está relacionada necesariamente -en tanto que concuerda con el momento procesal para requerirla, con la formalización de la investigación preparatoria- con una base más reducida de actos de investigación que los que, posteriormente, requerirá la acusación y es en correlación a ello que debe valorarse la diferencia del nivel de sospecha exigido para la prisión preventiva y para la acusación.

Octogésimo octavo. Por otro lado, se verificó que la Sala Superior, al efectuar el análisis correspondiente al peligro procesal y responder los agravios respectivos -fundamento 113 del auto de vista-, solo mantuvo uno de los elementos de convicción valorados por el JIPN para sustentar el peligro de obstaculización de este investigado (como es el no abrir la pueda de su domicilio en la diligencia de allanamiento, pese a encontrarse al interior) y rechazó los demás argumentos del *a quo* al respecto y, en consecuencia, declaró fundado su agravio.

Por ello, se aprecia que, según el análisis del Tribunal Superior, la intensidad del peligro de obstaculización se vio disminuida y, a pesar de esto, no se cumplió con motivar de manera específica que dicho único dato concreto -que sustenta, a su criterio, el referido peligro- justifique razonablemente mantener el plazo máximo de duración de la medida de coerción impuesta (causal prevista en el artículo 429, inciso 4, del Código Procesal Penal).

Octogésimo noveno. Por ello, y a fin de no desvirtuar la finalidad de la medida y prevenir su arbitrariedad, este Colegiado Supremo -en el mismo sentido que lo expuesto en el caso de sus coimputados Fujimori Higuchi y Figari Mendoza- estima pertinente y proporcional que se impongan hasta dieciocho meses de prisión preventiva para el encausado Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka.

IV. Recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del investigado Luis Alberto Mejía Lecca

Nonagésimo. El casacionista Mejía Lecca propuso los siguientes temas de desarrollo jurisprudencial: **i)** competencia del órgano que debe conocer dicho delito común, **ii)** corroboración de la declaración del testigo protegido[67], **iii)** la identidad del acto investigado (obstrucción de la justicia) y del peligro procesal (actos de obstrucción), y **iv)** la proporcionalidad de la duración de la medida de coerción impuesta.

67 Sobre este tema nos remitimos, en lo pertinente, a lo sostenido al respecto en los fundamentos cuadragésimo segundo al quincuagésimo cuarto de la presente ejecutoria suprema. En el caso en concreto, debe indicarse que la Sala usó le declaración del testigo protegido número 03 solo como argumento adicional sobre el cuestionamiento de la organización criminal (ver fundamentos 6.9.16. al 6.9.19.) y que le permite sustentar su conclusión sobre la sospecha de su participación en esta.

Ir al índice

Nonagésimo primero. Sobre el primer tema, la Sala Superior sostuvo -considerando 6.9.15 - que el delito de obstrucción a la justicia debía ser investigado por una Fiscalía común; sin embargo, se decantó-por la primacía del principio de la "unidad de juzgamiento", en atención a que estos hechos guardan conexión con los investigados por el delito de lavado de activos agravado (seguido contra este y sus coimputados).

El referido criterio se encuentra reconocido de manera unánime -doctrina[68] y jurisprudencia[69]-, pues permite acumular investigaciones a fin de asegurar el éxito de las pesquisas y la economía procesal, por lo que no reviste interés casacional y no se verifica la afectación de la garantía alegada en este extremo, ya que el imputado Mejía Lecca se mantiene como investigado por el delito de lavado de activos agravado (a pesar de que la Sala Superior no confirmara la prisión preventiva por extremo).

Nonagésimo segundo. Ahora bien, el tema que, consideramos, tiene repercusión en este caso se refiere al análisis de la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva impuesta, así como de la necesaria diferenciación que debe existir respecto a los fundados y graves elementos de convicción de la comisión del delito de obstrucción de la justicia y el peligro de obstaculización, para la imposición de la prisión preventiva por el delito previsto en el artículo 409-A del Código Penal.

Nonagésimo tercero. Este Colegiado Supremo aprecia que la Sala Superior, si bien refiere que la medida de prisión preventiva por el delito de obstrucción a la justicia es idónea, necesaria y proporcional (considerando 6.9.36.), sobre este último extremo -que resulta de vital importancia para sostener la legitimidad de la medida- solo refiere de forma genérica que "el peligro de obstaculización a la actividad probatoria es real y actual y ha sido dirigido hacia varias personas" [sic].

Como hemos indicado previamente, ello no se condice con la exigencia de la motivación reforzada necesaria para esta medida, sobre todo cuando, luego de la exclusión de su aplicación para el delito de lavado de activos agravado, se requería que el *ad quem* justificara por qué el recurrente debía ser privado de su libertad por el plazo máximo de duración de la prisión preventiva[70] solo por el delito de obstrucción a la justicia; es decir, que sustentara de manera específica su decisión de afectar la libertad de Mejía Lecca en la misma intensidad que la de sus demás coimputados, a quienes la Sala Superior les impuso igual medida de coerción por idéntico plazo, pero respecto a un delito mucho más grave y complejo (lavado de activos agravado).

Nonagésimo cuarto. No debe perderse de vista que, cuando la Sala Superior descartó la imputación contra Mejía Lecca por lavado de activos (para sustentar la prisión preventiva) y solo le impuso la prisión preventiva por el delito de obstaculización a la justicia, esta medida

68 ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho procesal penol-Doctrina, jurisprudencia y legislación actualizado.* Lima: CEIDES. 2018. p. 161: y SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal.* 3° ed. lima: Grijley. 2014. p. 187.

69 Como criterio de determinación de competencia, véase la STC número 02168 2002-HC/TC (fundamentos 3 y 4).

70 El argumento de que no cuestionó el extremo del plazo de esta medida no se sostiene, en tanto la pretensión de la defensa fue la revocatoria de la prisión preventiva.

Ir al índice

tenía por finalidad asegurar únicamente la investigación fiscal por este último tipo penal y, por ello, se debió valorar la proporcionalidad de la aplicación de la medida respecto únicamente al delito común referido.

Nonagésimo quinto. Por otro lado, este Colegiado Supremo aprecia que este delito[71] denota, por sí mismo, la afectación contra la administración de justicia -específicamente, la función jurisdiccional-, pues esta figura jurídica tipifica la conducta de quien, mediante el uso de fuerza física, amenaza, ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido, impide u obstaculiza se preste un testimonio o la aportación de pruebas o induce a que se preste un falso testimonio o pruebas falsas.

Nonagésimo sexto. Si bien nada obsta a que algunos elementos de convicción de los que el órgano jurisdiccional desprenda la existencia de sospecha grave de la comisión del delito también puedan ser usados para justificar la existencia del peligro procesal (sea sospecha de fuga u obstaculización), resulta necesario y evidente que ello se motive específicamente en atención a la finalidad diferenciada de cada presupuesto.

Lo contrario conllevaría asumir que la figura típica del delito de obstrucción a la justicia contiene en sí mismo su propio peligro procesal (con el correlato de la acreditación connatural de un presupuesto para la imposición de la prisión preventiva), lo que no puede sostenerse.

Nonagésimo séptimo. Debe precisarse que en las investigaciones o procesos por el delito de obstrucción a la justicia el hecho imputado y sus elementos de convicción no pueden acreditar, automáticamente, el peligro procesal de obstaculización del investigado (como requisito de la prisión preventiva), sino que este debe sostenerse en una presunción de riesgo diferenciada.

En el caso en concreto, no se verifica una motivación específica y suficiente que permita evidenciar el riesgo de injerencia en los elementos de prueba por parte del imputado Mejía Lecca, ya que este se vinculó solo a la imputación concreta de la comisión del ilícito investigado de obstrucción a la justicia.

Nonagésimo octavo. En consecuencia, esta Corte Suprema considera que la fundamentación de la medida de prisión preventiva contra Luis Alberto Mejía Lecca, por parte de la Sala Superior, afecta la garantía de proporcionalidad (causal prevista en el artículo 429, inciso 1, del Código Procesal Penal).

Así, debe revocarse la prisión preventiva y, a fin de asegurar su presencia para los fines de la investigación, variarse por las medidas de coerción personal menos gravosas de:

---

71 Introducido al Código Penal por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007; en la exposición de motivos de dicha norma se indica que se procede a esta incorporación conforme con el Protocolo de la Convención de las Naciones Unidad contra la Delincuencia Organizada Transnacional ("Convención de Palermo"), en cuyo artículo 23, se estableció el compromiso de cada estado parte de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito dichas conductas.

Ir al índice

i. impedimento de salida del país, por el plazo proporcional de dieciocho meses (conforme lo previsto en el artículo 296, inciso 3, del Código Procesal Penal) y

ii. comparecencia con restricciones, bajo las siguientes reglas de conducta:

- Registrarse cada treinta días en el correspondiente control biométrico y cumplir con justificar sus actividades ante el juzgado.
- Prohibición de comunicarse, directa o indirectamente, con testigos, investigados u otros órganos de prueba de la investigación que se sigue en su contra, tanto por el delito de lavado de activos como por el de obstrucción a la justicia.
- Prohibición de no ausentarse de la localidad de su residencia, sin previa autorización judicial (no basta la simple comunicación al juez).
- Obligación de asistir a todas las diligencias a las que se le convoque, tanto por el fiscal como por el juez a cargo de la investigación.
- El pago de una caución económica que garantice su arraigo en el proceso por la suma de S/ 100 000 (cien mil soles), que deberá ser abonado en el plazo de treinta días naturales.

Por tanto, ya que se verifica de los recaudos que el imputado Luis Alberto Mejía Lecca se encuentra detenido desde el dieciséis de noviembre de dos mil dieciocho, se deberán cursar los oficios correspondientes a fin de disponer su inmediata libertad, siempre que no exista en su contra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente.

DECISIÓN

Por estas razones, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. **DECLARARON FUNDADOS, en parte,** los recursos de casación interpuesto por las defensas de **Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza** contra las Resoluciones de Vista signadas con los números 26 y 28, del tres de enero de dos mil diecinueve (fojas 1747 y 1865. respectivamente), en el extremo en el que declararon infundados sus recursos de apelación y confirmaron las Resoluciones signadas con los números 7, 16 y 10 (fojas 1203, 1531 y 1359 respectivamente) que declararon fundados los requerimientos de prisión preventiva en su contra por un plazo de treinta y seis meses en el proceso que se les sigue por la presunta comisión del delito de lavado de activos agravado, en perjuicio del Estado.

II. En consecuencia, **CASARON** el extremo correspondiente de las respectivas resoluciones de vista referido al **plazo de la duración de la medida de prisión preventiva** y, actuando en sede de instancia, **REVOCARON** el extremo en las Resoluciones signadas con los

Ir al índice

números 7, 16 y 10 (fojas 1203, 1531 y 1359, respectivamente) que fijó en treinta y seis meses el plazo de la prisión preventiva y **REFORMÁNDOLA** dispusieron que este sea fijado hasta por **dieciocho meses** para los procesados Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza (los que serán computados desde que estos fueron privados de su libertad en virtud de la presente medida). Así, en el caso de Fujimori Higuchi, vencerá el treinta de abril de dos mil veinte; de Figari Mendoza, vencerá el catorce de mayo de dos mil veinte y de Yoshiyama Tanaka, vencerá el diez de septiembre de dos mil veinte[72].

III. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa de **Luis Alberto Mejía Lecca** contra la Resolución de Vista número 27, del tres de enero de dos mil diecinueve (foja 1865), en el extremo en el que declaró infundado su recurso de apelación y confirmó la Resolución número 11 (foja 1447), que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva en su contra por un plazo de treinta y seis meses en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la administración pública-obstrucción de la justicia, en perjuicio del Estado.

IV. En consecuencia, **CASARON** dicho extremo de la resolución de vista y, actuando en sede de instancia, **REVOCARON** y **REFORMARON** la Resolución número 11 (foja 1447), e impusieron a Luis Alberto Mejía Lecca las medidas de coerción personal de **impedimento de salida de país** por el plazo de **dieciocho meses** así como de **comparecencia con restricciones** bajo las siguientes reglas de conducta:

- Registrarse cada treinta días en el correspondiente control biométrico y cumplir con justificar sus actividades ante el juzgado.

- Prohibición de comunicarse, directa o indirectamente, con testigos, investigados u otros órganos de prueba de la investigación que se sigue en su contra, tanto por el delito de lavado de activos como por el de obstrucción a la justicia.

- Prohibición de no ausentarse de la localidad de su residencia, sin previa autorización judicial (no basta la simple comunicación al juez).

- Obligación de asistir a todas las diligencias a las que se le convoque, tanto por el fiscal como por el juez a cargo de la investigación.

- El pago de una caución económica que garantice su arraigo en el proceso por la suma de S/. 100 000 (cien mil soles), que deberá ser abonado en el plazo de treinta días naturales.

72 En tanto conforme es de conocimiento público (por medios de comunicación), Yoshiyama Tanaka regresó al país y se entregó a las autoridades, el once de marzo de dos mil diecinueve, al contar con una orden de captura derivada de la presente medida de prisión preventiva.

Ir al índice

V. **DISPUSIERON** se cursen los oficios correspondientes a fin de disponer la **inmediata libertad** de Luis Alberto Mejía Lecca, siempre que no exista en su contra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza por impedimento del señor juez supremo San Martín Castro.

S.S.
PRÍNCIPE TRUJILLO
CASTAÑEDA ESPINOZA
CHÁVEZ MELLA

Ir al índice

VOTO DISCORDANTE DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS IVÁN ALBERTO SEQUEIROS VARGAS E IRIS ESTELA PACHECO HUANCAS

VISTOS: los recursos de casación interpuestos por las defensas de **Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Pier Paolo Figari Mendoza, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka** y **Luis Alberto Mejía Lecca** contra las Resoluciones de Vista signadas con los números 26, 27 y 28, del tres de enero de dos mil diecinueve (folios 1747, 1865 y 1951, respectivamente), en el extremo en el que declararon infundados sus recursos de apelación y confirmaron las Resoluciones signadas con los números 7, 16, 10 y 11 (folios 1203, 1359, 1447 y 1531, respectivamente), que declararon fundados los requerimientos de prisión preventiva en su contra por un plazo de treinta y seis meses en el proceso que se les sigue por la presunta comisión del delito de lavado de activos agravado y –solo en el caso de Mejia Lecca- obstrucción de la justicia en perjuicio del Estado.

FUNDAMENTOS: VOTO EN MINORÍA

∞ Definición funcional del recurso de casación y cuestiones preliminares

1. Conforme describe el artículo 429 del Código procesal penal, el recurso de casación solo procede por las causas establecidas en los cinco incisos de dicho precepto. En este caso, se ha concedido por tres causas:

i) La inobservancia de garantía constitucional (debido proceso).

ii) La indebida o errónea aplicación de dichas garantías (entiéndase, derechos) y la inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionados con nulidad.

iii) La falta o manifiesta ilogicidad en la motivación, cuando el vicio fluye de su propio tenor (entiéndase, del propio tenor de la resolución impugnada).

Por tanto, el marco de evaluación se circunscribe solamente a esos ámbitos.

2. Es de conocimiento elemental que la casación no origina una tercera instancia adicional a la evaluación –la legislación prevé una doble instancia-, sino únicamente tiene la finalidad de analizar la correcta interpretación y aplicación de la ley y uniformizar la jurisprudencia. Por ello se refiere que es de cognición limitada y se concentra únicamente en lo que se denomina *quaestio iuris*, esto es, lo puramente jurídico.

3. El recurso de casación –entiéndase ordinario- penal tiene una función predominantemente parciaria en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales, aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico

Ir al índice

–nomofiláctica- y de unificación de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de normas jurídicas[1].

4. El Tribunal Supremo durante mucho tiempo ha desarrollado su actividad funcional como instancia judicial en materia penal. La tendencia con el nuevo modelo procesal es que sea un Tribunal de Casación[2]; por tanto, la transición en esos términos requiere un tiempo de adecuación y socialización que finalmente nos permita comprender cabalmente lo que significa ser *instancia* y lo que significa ser *Tribunal de casación*.

Ello no solo se trata de una variación nominal, sino que, esencialmente, implica que el comportamiento de las partes y el desenvolvimiento de los órganos judiciales se dé dentro de esas condiciones y exigencias jurídicas, que importan ciertamente una comprensión debida de lo que significa un recurso de casación y otro de apelación.

5. El recurso de casación admitido enmarca los extremos y límites sobre los que el Tribunal Supremo se debe pronunciar. No se trata, en este caso, de una evaluación integral de la teoría de la prisión preventiva, sino que, dentro del marco normativo vigente, en atención a los agravios que las partes han alegado y los términos en que se ha concedido el recurso, el Tribunal de Casación tiene que circunscribir su decisión.

6. El presente recurso no fue admitido para establecer criterios que deban regir para la aplicación de la prisión preventiva. Ese tema ha sido reiteradas veces evaluado y definido jurisprudencialmente por la Corte Suprema en diversos pronunciamientos. Incluso algunos fueron declarados vinculantes, como los siguientes:

- **a.** Casación 1-2007/Huaura;
- **b.** Casación 382-2012/Ica;
- **c.** Casación 626-2013/Moquegua;
- **d.** Casación 724-2015/Piura;
- **e.** Casación 704-2015/Pasco;
- **f.** Casación 704-2015/Pasco;
- **g.** Casación 564-2016/Loreto;
- **h.** Casación 564-2016/Loreto;
- **i.** Casación 216-2016/Del Santa;
- **j.** Casación 708-2016/Apurímac;
- **k.** Casación 119-2016/Áncash, y
- **l.** Casación 1445-2018/Nacional.

7. Adicionalmente, esta medida de coerción será tratada a nivel general por todos los jueces que integran las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República en el pleno jurisdiccional penal. Por tanto, el pronunciamiento de la Sala de Casación únicamente se circunscribe a evaluar si las

1 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2.°. ed. Madrid: Editorial Colex, 1997, p.668.

2 MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. 1.° ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p.513.

Ir al índice

propuestas de casación planteadas por las partes tienen fundamento en los extremos concedidos.

∞ Conceptos generales

8. Es nuestra obligación como jueces aclarar a la ciudadanía que no existe en el Perú ningún preso político. Todos los mandatos de detención preventiva y las sentencias condenatorias obedecen a razones jurídicas como consecuencia de investigaciones y juzgamientos transparentes y ajenos a cualquier otro interés subalterno que no sea la aplicación de la ley con prudencia pero con severidad, con imparcialidad e independencia a pesar de las perturbaciones, obstrucciones y otras maneras subrepticias que pretenden desestabilizar el sistema y permitir que se eluda la acción de la justicia. Es necesario confrontar dichas barreras con razones jurídicas.

La presente sentencia muestra la independencia con la que obraron los integrantes de este Colegiado y las diferencias, precisamente, muestran que está despercudida de toda influencia, presión, inducción o consideración extraña a la ley y a las circunstancias especiales del caso, en que el juez actúa con total libertad, plena independencia y absoluta imparcialidad, y circunscribe su análisis al tema estrictamente jurídico, bajo interpretaciones correctas de la Constitución y las normas legales implicadas en el caso.

9. Este círculo necesario que concentra en rigor los ámbitos en los que se desenvuelve una decisión judicial determina que el juez tenga convicción acerca de la función que desarrolla, seguridad de que su decisión es la correcta y garantía de que otras decisiones pueden ser confiadas a ese juez. Caso contrario, si el magistrado se ve influenciado por factores ajenos al caso, su decisión estará viciada.

10. El Código Político garantiza la unidad y exclusividad de la función judicial (artículo 139.1) y también establece que la **"potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial"**. En consecuencia, todo conflicto sometido al sistema de justicia, ineludible y exclusivamente, tiene que ser visto por el sistema a través de los órganos judiciales correspondientes. Por tanto, cualquier injerencia en esa atribución y potestad, directa, indirecta, subrepticia, bien o mal intencionada y, peor aún, cualquier inmiscuimiento indebido, tiene que ser rechazado, descartado y, de ser el caso, proscrito y sancionado, a fin de evitar distorsiones, interpretaciones antojadizas, manipulación e, inclusive, sometimiento del sistema judicial a intereses subalternos.

11. Se viene cuestionando últimamente el abuso de las prisiones preventivas y, por otro lado, se alienta e incluso se exige que el sistema de justicia sea severo con quienes delinquen, paradoja que corresponde confrontar a los jueces, que con la ponderación debida deben cumplir con el rol de impartimiento de justicia dentro de la Constitución y la ley, garantizando los derechos de las personas; pero no solo de quienes son procesados, sino de todas las personas, pues las víctimas y los perjudicados por hechos delictivos también tienen derechos. En suma, la ponderación con la que debe actuar el juez es muy exigente

Ir al índice

y lo determina a evaluar con tranquilidad, serenidad, imparcialidad e independencia total a fin de decidir lo que en justicia, desde la perspectiva legal, corresponde.

12. El cuestionamiento a la prisión preventiva se viene produciendo desde que algunas personas de determinados ámbitos sociales, políticos y económicos comenzaron a ser investigados, procesados y privados de su libertad, pues esos cuestionamientos no fueron visibles cuando solo los delincuentes comunes eran los que terminaban en prisión, tarea que el Poder Judicial emprende con rectitud y bajo el elemental principio de la igualdad de las personas ante la ley. En tal virtud, el tratamiento procesal para todos los que están en similar situación tiene que ser igual, ponderación que sin duda le corresponde al juez, que es el servidor público que observa los comportamientos sociales, evalúa las conductas humanas y, en su principal afán de mantener la tranquilidad social y otorgar estabilidad a las instituciones, desarrolla su función al margen de los intereses políticos o de otra índole, que en el momento vigente pretenden manipular el sistema de justicia. Por tanto, la respuesta tiene que ser definida, constante, igual, severa y humana. Cualquier especulación sobre estas decisiones no debe rebasar el ámbito jurídico, debido a que las resoluciones judiciales están por encima de la grita pública y la opinión interesada o tergiversada de diversos sectores probablemente bien intencionados, pero normalmente mal informados.

∞ Términos de admisión del recurso de casación

13. Conforme al auto de calificación emitido el veintiséis de abril de dos mil diecinueve, las materias que fueron propuestas y amparadas para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial son las siguientes:

a. De la defensa de Keiko Sofía Fujimori Higuchi

i) Determinar si se afectó el requisito de imputación necesaria con las modificaciones de la base fáctica de la imputación e incorporación de nuevos elementos de convicción por el Juzgado de Investigación Preparatoria, aun cuando fueron excluidas posteriormente por la Sala Penal de Apelaciones.

ii) Dicha exclusión -que fue valorada como no trascendente por la Sala- debió conllevar la revocación de la medida de coerción, pues ya no se contaba con el primer requisito de la prisión preventiva -fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe de él-.

iii) No cabe mantener la existencia del peligro de obstrucción de la justicia -cuyo reproche es menor que el peligro de fuga- cuando los testigos ya declararon y los documentos se encuentran en poder de las autoridades.

iv) Las declaraciones de los testigos con identidad reservada deben contar con corroboración suficiente.

Ir al índice

v) Se desnaturalizó la figura del testigo protegido, pues en el caso se desprende que participó en el hecho, por lo que le corresponde la calidad de colaborador eficaz.

b. De la defensa de Pier Paolo Figari Mendoza

i) La pertenencia a un partido político no es suficiente para acreditar la existencia de una organización criminal ni del delito de lavado de activos.

ii) No se debe valorar la declaración de un testigo protegido cuyas contradicciones han sido advertidas por la Sala Superior.

iii) La figura del testigo protegido se encuentra incluida en el término *situaciones análogas* del artículo 158.2 del Nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP), por lo que requiere una necesaria corroboración.

iv) La Sala de Apelaciones no puede invocar un elemento de convicción distinto a los que se encuentran en la resolución impugnada.

v) El peligro de obstrucción de la justicia no puede sustentarse en acciones realizadas por terceros, sino que requiere actos positivos de peligro.

c. De la defensa de Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka

i. Es necesario asegurar el cumplimiento de la obligación de los jueces y operadores de justicia de practicar el control de convencionalidad, por lo que debe incluirse el inciso 5 del artículo 429 del NCPP referido al apartamiento de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante. Corte IDH).

ii. Son necesarias reglas jurisprudenciales tendientes a evitar que los órganos jurisdiccionales dejen sin respuesta las pretensiones, argumentos o articulaciones de las partes.

iii. Es preciso establecer reglas jurisprudenciales tendientes a la valoración de los elementos de convicción, conforme a las reglas de la lógica, la ciencia o la técnica, dentro del procedimiento de la prisión preventiva.

d. De la defensa de Luis Alberto Mejía Lecca

i) El caso es competencia de una Fiscalía común, máxime si el agraviado es el mismo fiscal especializado a cargo de la presente investigación.

ii) La valoración de la declaración del testigo protegido número 2017-55-3 debe realizarse al amparo del artículo 158.2 del NCPP, es decir, con la exigencia de los elementos de corroboración.

Ir al índice

iii) Existe identidad del acto investigado -obstrucción de la justicia- y del peligro procesal -actos de obstrucción-, pues las acciones atribuidas se desarrollaron mientras estaba siendo investigado.

iv) La duración de la medida no es proporcional, pues solo se confirmó por el extremo del delito de obstrucción de la justicia, por lo que corresponden solo nueve meses de prisión preventiva.

14. Fue el propio auto de calificación el que circunscribió el ámbito del recurso a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 429 del NCPP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Respecto al planteamiento de Keiko Sofía Fujimori Higuchi

1. Con relación al motivo previsto en el inciso 1 del artículo 429 del NCPP, afirma que se transgredió el inciso 5 del artículo 139 del Código Político –motivación de las resoluciones judiciales-. Vinculó tal planteamiento con la falta o manifiesta ilogicidad de la motivación del inciso 4 del citado precepto.

2. La vulneración al mencionado derecho fundamental exige que el accionante precise los cuestionamientos a la motivación que detecte al interior de la resolución impugnada, bajo los criterios regularmente admitidos como válidos para considerar una motivación debida.

3. La doctrina jurídica nacional ha establecido como márgenes de evaluación de la motivación de las decisiones judiciales los siguientes criterios primarios: **i)** motivación insuficiente, **ii)** motivación incongruente, **iii)** motivación ilógica, **iv)** motivación inexistente o aparente, **v)** falta de motivación y **vi)** motivación defectuosa con sus variantes. Dichas variables determinan la necesidad y concisión para fundamentar la configuración de esta causa. El casacionista ha de precisar el defecto motivacional del que adolece la resolución impugnada y, en este caso, se menciona la *inexistencia de motivación o motivación aparente* -ver letra a)- del recurso de casación -principio de congruencia recursal-.

4. Se califica como motivación inexistente o aparente cuando hay ausencia de fundamentos claros y definidos en los que se sustenta la decisión -no existe motivación- o cuando se esbozan frases sin consistencia o genéricas que no están referidas a las alegaciones de las partes y, en todo caso, se trata únicamente de improvisaciones que dan la apariencia de motivación sin contenido concreto respecto al tema por decidir, lo que origina que la comprensión de la decisión no tenga sustento explicativo elemental. Así lo ha expresado también la parte recurrente citando el fundamento 7 de la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Caso número 00728-2008-PHTC.

5. Bajo tal explicación, debemos entender que este defecto de la motivación tiene que

Ir al índice

surgir del propio tenor de la resolución, por lo que es preciso evaluar qué refiere el Tribunal de Apelación al decidir el caso.

6. La disconformidad de una de las partes, no constituye supuesto para amparar su alegación de falta de motivación.

7. La resolución impugnada, evaluada mediante casación, deberá dar respuesta ordenada a cada uno de los agravios esgrimidos por los impugnantes. En primer lugar, aborda los argumentos de esta investigada desde el punto 5 hasta el 103, y su corolario lo expone en el punto 104.

∞ Respecto a la primera materia de interés casacional

8. Los extremos de la imputación que reclama la parte han sido establecidos gráficamente en un cuadro comparativo -folio 5-, en el que se señalan puntualmente las variaciones o modificaciones que se han producido desde lo que llaman *requerimiento original* hasta el *requerimiento con precisiones*, sobre la base de la cautela del órgano judicial de tener claras las imputaciones.

9. La defensa arguye que la Sala no ha motivado por qué los **"defectos anotados (referidos a la descripción de la base fáctica) no han sido gravitantes para la adopción de la medida cautelar"**. Este defecto de motivación traería consigo un inadecuado concepto del buen derecho debido, en resumen, a que los graves y fundados elementos de convicción del aspecto subjetivo del hecho punible -que es el primer fundamento para evaluar una prisión preventiva-estarían en cuestión.

10. Este ámbito de debate, en estimación de esta ponencia, ha sido suficientemente evaluado, respondido y concluido en los puntos 8 y 9 de la fundamentación de dicho agravio. En efecto, se señala que tales modificaciones no tienen vicio de inconstitucionalidad y no afectan el derecho de defensa; por ende, se estima que no son gravitantes para evaluar el elemento base de una prisión preventiva. En suma, con los elementos iniciales (originales), sin las modificaciones introducidas, basta para la configuración de los graves y fundados elementos que sustentan la producción de un hecho delictivo con el cual la investigada estaría vinculada.

11. Naturalmente, la exigencia de precisión en los hechos y la más exacta determinación fáctica tiene asidero para su reclamación cuando se pretenda evaluar el fondo del asunto, pues no debemos olvidar que los requerimientos de prisión preventiva solo se realizan sobra la base de una inicial investigación, todavía precaria, incompleta e incipiente, que otorga un margen de verosimilitud aún discutible, porque recién está iniciándose el proceso, pero existe la necesidad de vincular al investigado con aquel precisamente para el cumplimiento del propósito procesal. Entonces, las reclamaciones sobre la base de la certeza y la determinación precisa no son de recibo en esta etapa procesal.

Ir al índice

12. La descripción del marco básico de imputación es, en este caso, suficientemente claro, preciso y específico, y en el curso de las investigaciones, como es natural, varíe algunos extremos de esa determinación inicial de los hechos, agravando los comportamientos o disminuyéndolos hasta el extremo, inclusive de derivar en otros ilícitos penales inicialmente previstos o, finalmente, desaparecer las sospechas que originan la investigación, es viable. Por tanto, este extremo reclamado no tiene consistencia para establecer que no existe base táctica razonable para iniciar una investigación, o que los cargos iniciales de imputación son genéricos, inciertos, inviables, ficticios o deleznables. Por el contrario, estima esta evaluación si son determinados y justifican el primer elemento que requiere el artículo 268 del NCPP. No se requiere doctrina jurisprudencial sobre la materia, pues la propuesta de la norma mencionada sobre el requerimiento de la existencia de graves y fundados elementos de convicción referidos a un hecho de carácter delictivo está ampliamente descrita.

13. Los planteamientos que la parte recurrente propone de folios 15 a 18 están circunscritos específicamente al caso materia de análisis; por tanto, no constituyen problemas jurídicos que trasciendan más allá del caso en concreto, en razón de que las interpretaciones que sugiere tienen el exclusivo propósito, como es comprensible, de pretender entendimientos o interpretaciones sugerentes al caso, que en nada contribuyen a la necesidad de unificar criterios o solucionar un problema judicial recurrente, ni mucho menos constituyen un asunto de debate necesario para estabilizar criterios u opiniones dispersas. Se busca, pues, una evaluación en torno al caso puntual, sin proyección casatoria, sino más bien como instancia de revisión.

14. Precisar cuándo es gravitante o trascedente la incorporación de nuevos elementos de convicción para adoptar una medida de prisión preventiva no es determinable mediante doctrina precisa, puesto que se producirá en cada caso específico y según las condiciones especiales que se deben evaluar. Sin perjuicio de lo que se expresa, las normas procesales son lo suficientemente definidas en materia de actuación probatoria dependiendo de las etapas del proceso, así como la incorporación de nuevos elementos al caso, tanto más si, conforme a los términos de la Casación número 216-2016/Del Santa, en fase de apelación, se pueden presentar actos de investigación actuados con posterioridad al auto de prisión preventiva.

15. Igualmente, se pretende que se establezcan los casos en los que una nulidad provoca estado de indefensión o simplemente debe declararse la nulidad de la resolución y adoptarse una revocatoria de la medida. Este también es un cuestionamiento específico de este caso, en razón de que las condiciones que se argumentan requieren además otros factores o situaciones que contribuyan a tomar una decisión. En consecuencia, las materias problemáticas que fluyen del caso en concreto no pueden derivar en un reclamo de adopción de criterios doctrinarios. Por tales razones, esta materia no tiene valor casatorio.

16. La Sala Superior, además, incluye otros elementos que describen situaciones fácticas determinadas y precisas (ver argumentos desde el número 10 hasta el 68) en las que

Ir al índice

sustenta la existencia de los graves y fundados elementos de convicción de la producción de un delito y su vinculación con la investigada. En consecuencia, la pretensión de sustentar que se excluya la existencia de este requerimiento del artículo 268 del NCPP no tiene asidero, cuando justamente lo que abunda en la resolución impugnada es la razonable solidez con que se ha evaluado este aspecto.

∞ Respecto a la segunda materia de interés casacional

17. Respecto al peligrosísimo procesal, puntualmente a la obstaculización de la justicia -artículo 429.2 del NCPP-, debemos señalar que la defensa invoca esta causal bajo el argumento de que se habría incurrido en inobservancia de una norma procesal sancionada con nulidad.

18. La premisa para evaluar este argumento es la nulidad de las resoluciones judiciales, porque la condición de inobservancia que prevé el motivo de casación circunscribe dicha condición a que la resolución tenga vicio de nulidad, conforme se sanciona en la última parte del artículo 429.2 del NCPP.

19. La nulidad de una resolución se halla prevista en el artículo 149 del NCPP y siguientes. En efecto, luego de establecer la taxatividad, en el artículo 150 de dicho cuerpo legal se mencionan de manera clara y puntual los casos de nulidad absoluta, y el artículo siguiente evalúa las causas de nulidad relativa. También se deben mencionar los casos en los que se convalida determinada resolución a fin de salvar de una declaración de nulidad.

20. Sobre dicho marco normativo indispensable en esta evaluación, la defensa plantea que se ha incurrido en error al interpretar el artículo 268.l.c del NCPP, que concuerda con el artículo 270 del mismo cuerpo legal.

21. Nos concentramos con la defensa en el análisis de la obstaculización (en razón de que la fuga ha sido virtualmente desestimada).

22. La defensa efectúa el análisis de este elemento -obstaculización- desde su perspectiva, lo que es legal y legítimo, y estima que se ha vulnerado dicha norma porque, al interpretar la obstaculización en que habría incurrido su patrocinada, ello se realiza sobre una base errónea, con lo cual se llegaría a conclusiones "antojadizas e irrazonables" [sic]. Es errado -según refiere- partir del deber de veracidad de los órganos de prueba sin percatarse de que obligar a las personas a declarar de manera diferente significaría que se estén autoinculpando de hechos delictivos; por tanto, la exigencia de pedir a los testigos que digan la verdad, en este caso, no tiene consistencia.

23. La Sala y el Juzgado de Investigación Preparatoria han establecido como peligro de obstaculización que la investigada sabía que se estaba buscando influenciar sobre el sentido de la declaración de los testigos a cambio de dinero y, además, se habría amenazado para que algunos mantengan su versión. Así lo ha resumido la defensa

Ir al índice

-folio 20-. Sobre esta descripción, la Sala de Instancia estima que la probabilidad de obstaculización es alta y, en consecuencia, este elemento normativo se encontraría presente.

24. Es lógico establecer que, si los hechos -que no son materia de evaluación en casación- determinan que la investigada, por el lugar que ocupaba en la agrupación política, tenía conocimiento de las actividades que se desarrollaban, también tenía conocimiento de la procedencia del dinero para financiar la campaña electoral. Igualmente, al iniciarse una investigación sobre la referencia táctica de que habrían existido aportes de dinero no conocidos y había testigos que declaraban en ese sentido y otros cuyos nombres figuraban como aportantes decían lo contrario -lo que habría determinado que se indujera a dichos testigos para que declarasen conforme convenía en el proceso-, la investigada también tenía conocimiento de esos hechos, razón que conlleva una conclusión a la que la Sala de Instancia arribó, esto es, que la investigada tenía conocimiento de los actos de obstrucción u obstaculización del proceso penal. Ergo, está obstaculizando el proceso[3].

25. Sobre esa elemental lógica, la defensa arguye que, al haberse excluido el peligro de fuga y haber disminuido, en consecuencia, la intensidad del peligrosismo, ya no es necesario mantener la prisión preventiva, sino una medida menos gravosa, tanto más si pueden otorgarse mecanismos de protección a los testigos, como se viene realizando. Adicionalmente, señala que ya no se puede sostener la obstaculización si los testigos ya declararon y, finalmente, si el peligro de fuga es más intenso para sustentar la prisión preventiva, entonces la obstaculización merece un menor reproche.

26. Deducimos de estas alegaciones la indirecta admisión de la existencia de obstaculización procesal, pues no se confronta directamente que no hubo obstaculización o no existe, sino que se rodea el asunto y se señala: "si proteges a los testigos, no puedo obstaculizar", "en otros casos ya declararon, entonces no puede obstaculizar" y, finalmente, "si no hay peligro de fuga, el hecho de que obstaculice es menos grave".

27. La resolución impugnada, en los numerales 70 hasta el 77, evalúa de manera amplia el tema referido a las **"presiones y el cambio de versión de los declarantes"; "ofrecimiento de dinero para no declarar en Lima"**, esto es, el *factum* de la obstaculización, y en los siguientes numerales -73 hasta 77- se refiere a la verosimilitud de dichos comportamientos y concluye que se justifica la afirmación de que hay signos de obstaculización. Debemos agregar que la intensidad de esta sospecha ha originado que a uno de los investigados (Mejía Lecca) se le inicie investigación por el delito de obstrucción de la justicia. Entonces, no se trata de una mera referencia o probabilidad de que haya obstaculización, sino

3 "La peligrosidad procesal es la aptitud y actitud de un sujeto para materializar un riesgo de frustración procesal, mediante el acceso y alteración de los elementos esenciales de la resolución penal. Esa peligrosidad justifica el recurso a la tutela cautelar cuando se predica del sujeto pasivo del proceso". En: PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso.* Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 118.

Ir al índice

que objetivamente ha sido necesario (ante la evidencia de las sospechas que se han convertido en causa probable) iniciar una investigación autónoma sobre este delito por la gravedad de los cargos referidos.

28. El artículo 268 del NCPP prevé las condiciones para dictar un mandato de prisión preventiva y, entre ellos, el literal c) exige **"que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratara de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)"** [el subrayado es nuestro].

29. La interpretación razonable de dicha norma nos remite a una condición alternativa: fuga u obstaculización. En el presente caso, se ha desestimado la fuga, pero se mantiene la obstaculización y los márgenes de riesgo en ambas situaciones. Entendemos que es similar para el entendimiento de la norma.

30. Si bien es cierto que fugarse tiene una connotación de mayor peligro de ausencia en el proceso, obstruir u obstaculizar el conocimiento de la verdad que persigue el proceso también constituye un riesgo cierto evidente y severo para los fines procesales. Por ende, ambos riesgos, desde perspectivas diferentes, tienen el mismo valor para sustentar el peligrosismo procesal.

31. En consecuencia, la aseveración de la defensa de que, habiendo desaparecido el peligro de fuga y al solo subsistir el peligro de obstaculización se determina que la medida cautelar debe ser cambiada, no tiene predicamento sólido, sin perjuicio de la evaluación que debe realizarse respecto a la intensidad de ambas situaciones.

32. Afirmar que el peligro de fuga es de mayor intensidad que el de obstrucción, en términos absolutos, no resulta válido debido a que el perjuicio al proceso puede resultar más intenso con la obstrucción que con la fuga y, al margen del hecho objetivo de que quien fuga puede inclusive paralizar el proceso, la obstaculización puede resultar más negativa en atención a que se pretende esconder la verdad, condición palpable en los procesos en los cuales hay pluralidad de involucrados y, por tanto, el perjuicio no es solo para quien se sustrae de la justicia, sino que el riesgo procesal alcanza a todos los involucrados. Entonces, mucho dependerá del caso en concreto para calificar que el peligro de obstrucción resulte más intenso y perjudicial que el peligro de fuga[4].

33. Quien fuga no trata de esconder la verdad, solo huye con la opción de que pueda ser alcanzado por la justicia en cualquier momento; mientras que quien obstruye la justicia

4 "En el proceso penal, la relevancia del hecho (genéricamente entendido, incluye la participación de un sujeto en él) resulta indiscutible. Más allá de su trascendencia en la vigencia y contenido de diversos actos e instrumentos procesales, es un determinado hecho (el que tiene apariencia delictiva) el que marca el inicio del proceso penal. Determinar ese hecho es, en realidad, el cometido principal del proceso penal en su fase declarativa, que concluye con la resolución que afirma (o no) la certeza de aquel. Toda resolución que dé comienzo, paralice o termine el proceso penal se fundará en algún motivo relativo al hecho objeto de enjuiciamiento". En: PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Op. cit.*, pp. 5 y 76.

Ir al índice

no solo impide su investigación, sino que confronta a la justicia y, de mala fe, utilizando artimañas y otros comportamientos detestables, impide que se puedan alcanzar márgenes de veracidad.

34. También se invoca que no tiene sustento mantener sospecha de obstaculización debido a que los testigos ya declararon y las pruebas documentales ya se encuentran en manos de las autoridades, afirmación actual que no consta en este cuaderno de casación. No obstante, merece ser evaluada, en razón del crédito de veracidad que tienen la defensa y la Fiscalía sobre sus afirmaciones en el proceso.

35. Este argumento de la defensa también corrobora lo antes señalado: que admite de manera indirecta que, si se obstruyó, como ya declararon los testigos, entonces ese comportamiento ya no debe tener sustento para alegar dicho elemento en la prisión preventiva. Sin embargo, lo que se revisa en casación, conforme lo señalamos reiteradamente, no es cómo está el proceso en este momento o cómo ha evolucionado o en qué estado se encuentra, sino que la evaluación se circunscribe a la resolución impugnada que resuelve la pretensión de las partes en el momento en que se plantea, lo que en primer término nos remite a no considerar esta alegación.

36. Es preciso, además, indicar que lo que se califica al momento de decidir sobre la prisión preventiva está referido al comportamiento de los procesados en el momento oportuno en el que se expone la pretensión y el fiscal refiere que hay obstaculización al momento de su pretensión cautelar. Por esa razón, la Sala Superior, al evaluar la apelación, se extiende en las consideraciones sobre dicho comportamiento, haciendo citas expresas y puntuales del comportamiento obstruccionista de los investigados, sin perjuicio de considerar -según la lógica de la defensa- que, como ya declararon los testigos, el peligro ya no existe. Bien se puede afirmar que, cuando haya nuevos testigos, se seguirá obstruyendo. Entonces, el razonamiento que sustenta este extremo es extremadamente relativo e inoportuno.

37. En lo que respecta a la presunta inobservancia de las **normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad**, se debe dejar establecido que no se ha indicado con precisión por qué la resolución de segunda instancia es normativamente nula. Tampoco se precisó cómo se inobservó el artículo 268 del NCPP.

38. Evaluada la decisión recurrida, se aprecia que esta ha sido debidamente motivada y consta un análisis amplio para sustentar su conclusión respecto a la conformidad del fallo de primera instancia. Así, esta causal no se configura.

39. Sobre la base de lo señalado, la accionante denuncia falta de motivación o ilogicidad en la motivación -folio 26 del escrito-. Puntualmente, se remite a la motivación incompleta o insuficiente respecto a la obstaculización de la actividad probatoria, debido a que uno de los argumentos para sustentar dicha afirmación es que habría prueba documental que no ha sido explicada.

Ir al índice

40. De la resolución cuestionada, se observa que el peligrosismo procesal está esencialmente sustentado en la obstrucción procesal a través de las indebidas intromisiones en las declaraciones espontáneas de los testigos, y finalmente, cuando la defensa reclama doctrina jurisprudencial sobre el asunto en su escrito, redunda en las declaraciones de los testigos, lo que demuestra que la referencia documental no tiene incidencia positiva ni negativa en los actos de obstrucción, cuyo núcleo central radica en la manipulación supuesta de testigos.

41. Tan cierto es ello que la propuesta de doctrina que pretende la defensa, luego de mencionar los documentos, es la siguiente: **"¿Si la obstaculización de la prueba radia en el temor de que los testigos (colaboradores) cambien de versión -por miedo a las amenazas, pagos o presiones-, no sería conveniente que la Fiscalía los ofrezca como prueba anticipada y de esta manera desaparezca el peligro procesal?"**. Advertimos y concluimos que no se trata del cuestionamiento a la falta de motivación referido a los documentos, sino más bien a la manipulación indebida de los testigos; entonces, el tema planteado como carente de motivación no ha sido sustentado, por lo cual la defensa incurre en falta de fundamentación de su pretensión en cuanto se refiere a la mención de prueba documental no sustentada.

42. Por último, en este extremo, la propuesta de doctrina jurisprudencial no tiene esa condición, sino únicamente se trataría de una sugerencia o previsión a tomar en el proceso para evitar la manipulación de testigos, lo que no sirve para encaminar un criterio jurisprudencial importante referido al peligrosismo procesal.

∞ Respecto a la tercera materia de interés casacional

43. En cuanto a los documentos obtenidos e incorporados a la investigación, la defensa menciona que no habría peligro de obstrucción en este extremo y requiere que la Corte Suprema establezca un criterio doctrinal en tal sentido. Sin embargo, ello no reviste trascendencia de semejantes características. Vale decir, no se debe convalidar cualquier reclamo de las partes procesales o postura interpretativa o dogmática como doctrina jurisprudencial solo porque así lo requieren, sino que esa condición se adquiere sobre la base de muchos factores trascendentales que determinen en el sistema de justicia un problema importante que solucione una controversia de interpretación diversa o contradicción manifestada en diversos órganos judiciales. Asimismo, cuando hay posiciones doctrinarias diversas, contradictorias o inestabilidad en un análisis recurrente sobre un asunto jurídico.

44. De otro lado, la accionante alega que se infringió una norma procesal referida a la integración de una decisión judicial: **"Indica que la Sala Penal, pese a que el JIP llega a plausibles conclusiones, la Sala hará 'precisiones en vía de integración' (FJ 12, página 12)"** [sic]. ASÍ surge una interrogante: **"¿Estas precisiones debieron hacerse sobre la parte resolutiva o sobre la parte considerativa?"**, y concluye señalando que la Sala **"realizó la integración sobre los elementos de convicción tomados en cuenta por el JIP que fundamenta la prisión preventiva"**. La defensa advierte un problema en estas

Ir al índice

integraciones y considera que deben efectuarse sobre la parte resolutiva y no sobre la parte considerativa, porque no se deben subsanar errores o deficiencias al respecto.

45. Debe quedar claro que los fundamentos esgrimidos para sustentar una decisión jamás serán perfectos. El criterio de evaluación del juez *Ad Quem* no necesariamente coincide con el del *A Quo*, en razón de que la percepción de las personas sobre los textos leídos siempre tendrá matices. En consecuencia, lo que se busca en la fundamentación de una resolución judicial son simplemente precisiones tácticas, razones suficientes y citas normativas debidamente interpretadas, que *grosso modo*, al entendimiento de una persona promedio, trasmitan una justificación suficiente para tomar la decisión.

46. Ninguna fundamentación se halla exenta de críticas ni es absolutamente completa. En ese ámbito de subjetividad, la integración a la que se refiere la Sala no tiene el propósito de suplir lo que no se dijo ni tampoco de corregir los errores que se cometieron o completar las carencias y llenar las omisiones.

47. Lo que ocurre es que, al fundamentar una resolución en vía de apelación[5], además de lo mencionado en la resolución impugnada, se puede agregar, completar o interpretar con mayor precisión o amplitud la decisión de primera instancia, lo que no implica que la resolución venida en grado no esté debidamente fundamentada, sino que, sin perjuicio de la fundamentación existente, se pretenden reforzar nociones, conceptos, normas y hechos (sin modificarlos) que incrementen el valor de la fundamentación y favorezcan el entendimiento y comprensión de las partes en materia de justificación de la decisión. En resumen, es un reforzamiento de la decisión, como normalmente ocurre con todas las fundamentaciones en las resoluciones de vista.

48. En consecuencia, no es viable que por las expresiones de integración que menciona la resolución se tenga que deducir de manera incorrecta que hay ausencia de fundamentación en la resolución de primera instancia.

49. Adicionalmente, en materia procesal existe la figura del saneamiento -ver artículos 152 y 153 del NCPP-normas igualmente válidas en otras materias procesales que permiten incluso rectificar errores (lo que no es el caso), dar cumplimiento con el acto omitido (lo que tampoco es el caso) de oficio con el propósito de lograr el éxito procesal y evitar innecesarias nulidades que no tienen asidero sustancial. Por tanto, la doctrina jurisprudencial que pretende la defensa no reviste trascendencia.

50. Es más, no existe doctrina citada por la parte sobre este tema ni cuál sería su propuesta de corrección, enmienda o rectificación que merezca ser evaluada vía casación. Finalmente, la defensa no precisa en qué radica la afectación de lo corregido en la parte considerativa a la decisión de prisión preventiva, pues no es el momento oportuno ni el medio eficaz, menos aún la incidencia procesal (prisión preventiva) para ir revisando los errores, deficiencias, carencias, irregularidades, probables nulidades

5 Términos de la Casación número 208-2018/Amazonas.

Ir al índice

y demás ocurrencias del proceso de investigación, cuando lo que se plantea es que se revoque la prisión preventiva por determinados criterios, fundamentos o citas normativas cuestionables referidos al tema del debate. Lo contrario es fijar puntos de vista probablemente plausibles para un debate sobre el fondo del asunto u otros temas procesales o sustanciales que no Inciden en la prisión preventiva, que por su naturaleza es una institución clara y puntualmente establecida en el artículo 268 del NCPP -en el que se establecen sus requisitos— y cualquier debate sobre su adopción o rechazo tiene que centrarse en esos elementos, vistos desde la perspectiva del caso en concreto y en función de aquellos argumentos que puntualmente están referidos al asunto.

51. La casación, por su naturaleza, determina un debate jurídico concreto sobre un asunto puntualmente definido, sin entrar a evaluar los temas discutibles en el proceso, sino únicamente la resolución materia de impugnación. Es contra ella que se interpone el recurso y su evaluación solo se concentra en los términos allí expresados. Lo demás es abundante e innecesario para un recurso de casación, que a costa de ir forzándose con temas ajenos a su naturaleza puede derivar en que su tratamiento se lleve a cabo en similares condiciones que en sede de instancia.

52. Evidentemente, la novedad del recurso de casación, que se ha implementado en materia penal recién con la vigencia del nuevo modelo procesal que aún no ha sido puesto en vigencia a nivel nacional, requiere un tiempo de asimilación y socialización. Por tanto, debemos insistir en que su efectividad estará determinada por lo siguiente: **i)** su cabal entendimiento dogmático como recurso extraordinario, **ii)** como recurso circunscrito a un debate jurídico estricto, **iii)** a su evidente diferencia con el recurso de apelación, y **iv)** a su agilidad y concreción, lo que deriva en un recurso concreto, puntual, con precisión del tema en debate y los problemas jurídicos que dicho tema plantea, o en todo caso con cita expresa de la norma mal interpretada y su correcta interpretación. En consecuencia, la casación no se debe entender como un recurso adicional en el que se revise toda la resolución impugnada, con valoración de prueba y satisfacción de todos los argumentos que legítimamente se esgrimen en un recurso de apelación, que por sus características es manifiestamente diferente a un recurso de casación excepcional.

∞ Respecto a la corroboración de las declaraciones de los testigos protegidos o el colaborador eficaz

53. La accionante sostiene que se inobservó la garantía constitucional prevista en los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución. El reclamo consiste en **"determinar la exigencia de la corroboración suficiente de las declaraciones del testigo con Identidad reservada como una medida de compensación por las dificultades ocasionadas a la defensa en la participación del interrogatorio".**

54. Al respecto, el artículo 158.2 del NCPP precisa este concepto como exigencia necesaria para otorgar valor a esa declaración del testigo protegido; por tanto, debemos evaluar si en este caso el dicho del testigo protegido al que se hace referencia ha tenido corroboración o es que la decisión de la prisión preventiva se ha adoptado solo sobre la

Ir al índice

base de esa declaración del testigo protegido, a quien los defensores de los procesados no tuvieron oportunidad de interrogar.

55. Sin duda, el reclamo tiene consistencia no solo por la razonabilidad del planteamiento y por la coherencia y la lógica del proceso penal, pues los abogados de los imputados están en su derecho de interrogar a los testigos como parte sustancial del ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, en particulares y especiales condiciones de los testigos protegidos, esta prerrogativa legal de defensa se ve obstruida. Por esa razón, la norma legal señala que sobre dicha base no se pueden imponer medidas coercitivas ni mucho menos dictar una sentencia condenatoria.

56. Nuevamente nos ceñimos al recurso de casación no como instancia, y evaluamos la sentencia contra la que se interpone el recurso para establecer si, en efecto, se ha validado una declaración de testigo protegido sin corroboración para sustentar la prisión preventiva.

57. La doctrina que propone la defensa (ver letra a), folio 36) tiene el mismo concepto contenido en el artículo del NCPP antes mencionado, con la diferencia de que se pretende que la causa para relativizar la validez de esa declaración del testigo protegido sea explicada en la doctrina, esto es, que se considere como compensación por la afectación a una garantía del debido proceso (defensa), que es en parte el sustento o elemento esencial de la norma glosada. En consecuencia, no requiere ser considerado como doctrina jurisprudencial.

58. Es un mejor argumento señalar que, en todo caso, tomar en cuenta una declaración de esta naturaleza para sustentar una prisión preventiva sería evidentemente contrario a la ley y a una garantía constitucional; por tanto, resulta necesario evaluar el contenido de la resolución impugnada sobre esta materia, esto es, verificar si la sola declaración del testigo protegido es argumento suficiente para sustentar la prisión preventiva.

59. Al evaluar la situación jurídica en esta casación -como se apreciará en líneas posteriores al analizar el recurso que propuso Mejía Lecca, quien también argumenta esta causal-, se ha indicado que existe suficiente corroboración de esa declaración del testigo protegido, como en efecto también menciona de manera amplia la resolución materia de casación.

60. En el ítem 59 de la resolución impugnada, bajo el título de "Argumentos del JIPN respecto a los aportes de San Martín", se inicia la evaluación de la declaración del testigo protegido TP 2017-55-3 y a lo largo de los siguientes considerandos, luego de describir dichas declaraciones, se mencionan todas las declaraciones coincidentes, concomitantes y coherentes que, por cierto, tienen la virtud de corroborar lo que ese testigo depuso.

61. Puntualmente y con detalle se describe lo que dijeron otros testigos y, a folio 69, bajo el título de "Elementos corroborantes", se informa textualmente sobre esa condición requerida. Sin perjuicio de la validez y razón que le asiste a la defensa al mencionar

Ir al índice

que la declaración del testigo protegido debe ser corroborada, se advierte que en este caso existe dicha corroboración; por tanto, su alegación que pretende invalidar la consistencia de la declaración testimonial que no debe ser tomada en cuenta por no tener corroboración no es correcta y tampoco requiere desarrollo doctrinal.

∞ Respecto a la distinción funcional entre testigo protegido y colaborador eficaz

62. La sexta causa invocada por la defensa también se sustenta en el artículo 429.4 del NCPP referido a la falta de motivación o ilogicidad en la motivación. Sustenta su planteamiento haciendo referencia a falta de aplicación del artículo 473 del NCPP (colaborador eficaz). Señala que la declaración del testigo protegido no es tal si no tiene la condición de aspirante a colaborador eficaz; por tanto, esas declaraciones debieron ser corroboradas.

63. Como bien refiere, se concentra en evaluar si la figura del testigo protegido puede suplantar al colaborador eficaz, para de ese modo suprimir la necesidad de corroboración.

64. Con esta argumentación se pretende desvirtuar dicha declaración y, luego, la defensa reclama que no se tomen en cuenta esas declaraciones como sustento de la prisión preventiva, porque la valoración de esa declaración, si tiene la condición de testigo protegido, debe ser diferente a la valoración que tenga como aspirante a colaborador eficaz. Indica que la Sala no ha fundamentado por qué considera como testigo protegido a un aspirante a colaborador eficaz; por tanto, en vista de los problemas que se originan, dicha falta de definición derivaría en que su declaración es nula y no debió valorarse.

65. Sobre esta base se pretende la determinación de una doctrina jurisprudencial que indique **"si la figura del testigo protegido puede suplantar a la del colaborador eficaz y su respectivo procedimiento, incluso habiendo un reconocimiento de la comisión de los hechos por parte del sujeto".**

66. Sin embargo, esta pretensión no tiene consistencia para cuestionar las razones en que se sustenta la prisión preventiva desde la perspectiva de los cargos que origina la investigación y que se han considerado graves y fundados elementos de convicción para establecer la existencia de un hecho delictivo. No tiene incidencia directa en el recurso de casación, puesto que el debate central está concentrado en la aplicación correcta o incorrecta del artículo 268 del NCPP y el cumplimiento de cada uno de los elementos que requiere dicha norma para que la medida cautelar en mención tenga consistencia.

Segundo. Respecto al planteamiento de Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka

1. La defensa del citado investigado propuso en su recurso de casación (folio 2084) tres temas a desarrollar jurisprudencialmente, vinculados a las causales de los numerales 1 y 5 del artículo 429 del NCPP.

Ir al índice

2. En esa línea, al realizar el control de admisibilidad en esta instancia, mediante ejecutoria suprema del veintiséis de abril de dos mil diecinueve, se declaró bien concedido el recurso de casación solo respecto a los extremos vinculados al numeral 1 del artículo 429 del NCPP, por infracción de las garantías constitucionales del debido proceso, la debida motivación de las resoluciones judiciales y la congruencia recursal. Sus argumentos fueron los siguientes:

a) Es necesario asegurar el cumplimiento de la obligación de los jueces y operadores de justicia de practicar el control de convencionalidad, por lo que debe incluirse en el artículo 429.5 del código el apartamiento de los pronunciamientos de la Corte IDH.

b) Son necesarias reglas jurisprudenciales tendientes a evitar que los órganos jurisdiccionales dejen sin respuesta las pretensiones, argumentos o articulaciones de las partes.

c) Es preciso establecer reglas jurisprudenciales tendientes a la valoración de los elementos de convicción conforme a las reglas de la lógica, la ciencia o la técnica, dentro del procedimiento de la prisión preventiva.

3. Delimitado ello debe subrayarse que, llevada a cabo la sesión de audiencia de casación en esta instancia el veinticuatro de julio de dos mil diecinueve, la intervención del abogado defensor del casacionista se limitó a reproducir cuestiones genéricas de su respectiva impugnación (incluso respecto a extremos que no fueron admitidos), sin incidir en los motivos de un recurso de casación, que en este caso, dada la naturaleza de la resolución, solo es excepcional. No obstante, al haberse admitido los extremos ya descritos, el pronunciamiento se fijará sobre la base de lo ya delimitado y admitido en el auto supremo que lo declaró bien concedido.

4. Entonces, se verificará si el pronunciamiento de la Sala de Apelaciones se circunscribió a los principios constitucionales del debido proceso, la debida motivación de las resoluciones judiciales y la congruencia recursal. No corresponde en esta Sede Suprema efectuar un análisis del fondo de la controversia, pues ello ya fue dilucidado en primera y segunda instancia. Es clara la jurisprudencia de esta Corte Suprema respecto a que:

> [...] El recurso de casación, tendencialmente, está centrado en el examen de la denuncia de infracciones normativas -siempre que la resolución que se recurre se fundamente en la vulneración de un precepto legal que permita el recurso de casación: necesaria relación de causalidad-. Es decir, se circunscribe a la *quaestio iuris*: control de las cuestiones de Derecho[6].

5. Bajo este marco recursal, la defensa del casacionista propuso un **primer tema** de desarrollo jurisprudencial vinculado a la necesidad de asegurar el cumplimiento

6 Recurso Casación número 292-2019/Lambayeque.

Ir al índice

de la obligación de los jueces y operadores de justicia de practicar el control de convencionalidad, por lo que debe incluirse al artículo 429.5 del NCPP (apartamiento de los pronunciamientos de la Corte IDH).

6. La propuesta planteada por la defensa del casacionista se encuentra en la línea del artículo 55 de la Constitución Política del Perú, que reconoce que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que prescribe que "las normas relativas o los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

En tal virtud, se han expedido varios pronunciamientos de la Corte IDH y del Tribunal Constitucional (Expediente número 04617-2012-PA/TC) que fueron de aplicación de distintos estándares en los que se fijaron las obligaciones del Estado peruano como Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), y la evolución jurisprudencial y sus alcances en la doctrina de control de convencionalidad.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte IDH ilustra con claridad en el caso Gelman vs. Uruguay que:

> Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex *offício* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

7. En esa línea, en un Estado constitucional y democrático de derecho el juez tiene un rol de dar respuesta a un conflicto jurídico no solo basado en la ley, sino ponderando un conjunto de principios y valores constitucionales que garanticen la tutela de los derechos fundamentales. Pero sucede que, en este caso, lo que solicita la defensa del casacionista es una modificación legislativa del acotado dispositivo procesal penal, lo cual es competencia del Poder Legislativo, conforme al numeral 1 del artículo 102 de la Constitución Política del Perú, que prescribe que "son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existente" y no del juez, que si bien es un juez constitucional, tiene su límite en la Constitución, la ley y la normatividad interna e internacional de la que forma parte el Perú, pero en el marco de sus competencias y regulaciones procesales al tema, como en efecto está regulado internamente en el artículo 268 y siguientes del NCPP, lo cual es compatible

Ir al índice

con el artículo 7.2. de la CADH y el numeral 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR).

8. En el caso, efectivamente la Sala de Apelaciones, al responder los tres primeros agravios del ahora casacionista, argumentó que:

> [...] El JIPN no hace referencia a dicha jurisprudencia en su decisión. La amplitud del criterio de la Corte IDH hace que su aplicación opere en casos donde efectivamente, no se tengan los grados de sospecha pertinentes para iniciar diligencias preliminares o la investigación preparatoria y específicamente, que sin tener elementos graves y fundados se requiera una prisión preventiva [...].

Sin embargo, al revisar integralmente los motivos de primera instancia, ratificados en segunda instancia, para dictar el mandato de prisión preventiva contra el casacionista, concluimos que materialmente sí se llevó a cabo el control convencional -como tarea inherente a la labor jurisdiccional- pues se motivó razonadamente la acreditación de los presupuestos materiales de acuerdo con nuestra norma interna, lo cual hace que estos sean excepcionales por naturaleza.

9. En tal virtud, el tema propuesto por el casacionista -más allá de ser una modificación al NCPP- en lo central, plantea que la aplicación de la normativa de derecho interno relativa a la prisión preventiva (artículo 268 y siguientes del NCPP) debió someterse al control convencional frente a los pronunciamientos de la Corte IDH en las sentencias de los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador y Norín Catrimán vs. Chile, referidos a que para dictarse la medida de coerción personal de prisión preventiva la sospecha debe fundarse en hechos específicos y no en meras conjeturas o decisiones abstractas, y que el Estado solo está autorizado para privar de la libertad a una persona cuando alcance conocimiento suficiente para llevarla a juicio.

10. El casacionista vinculó el tema antes descrito con la inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso, por haber incurrido la Sala de Apelaciones en un exceso ritual manifiesto. Sostiene que la Sala se limitó a rechazar su agravio (referido al control convencional) alegando que no se había especificado la norma de derecho interno que colisionó con las normas internacionales. Esta situación (no haber especificado de qué normas del derecho interno se trataba) fue tácitamente aceptada en el recurso de casación; sin embargo, también consideró el casacionista que era de conocimiento del Colegiado Superior a qué normas de derecho interno se refería (las de prisión preventiva).

11. Es cierto que en el caso de Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador se hace referencia a que la sospecha (para una detención o prisión preventiva) debe fundarse en hechos específicos y no en meras conjeturas o decisiones abstractas. También se añadió que el Estado solo está autorizado para privar de la libertad a una persona cuando alcance conocimiento suficiente para llevarla a juicio, tal como alega la defensa del casacionista.

Ir al índice

12. Sin embargo, de la lectura integral de la sentencia en mención (que trata sobre una detención arbitraria y el allanamiento a una empresa), se puede advertir que el contexto al que hace referencia la Corte IDH es [...] que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya participado en el ilícito que se investiga". De allí se deduce que el "conocimiento suficiente para llevarla a juicio" no está referido en estricto a una etapa procesal en específico, en que se pueda plantear una medida de prisión preventiva, tal como invoca el casacionista (etapa intermedia después de acusación); sino, más bien, se vincula a los fundados y graves elementos de convicción que permitan sostener una tesis de imputación delictiva contra el investigado y que esta nos haga suponer razonablemente que el titular de la acción penal dirige legítimamente la investigación hacia un juicio oral y público.

Asimismo, la Sentencia Plenaria Casatoria número 1-2017/CIJ- 433, del once de octubre de dos mil diecisiete, que dejó sin efecto el carácter vinculante de la Casación número 92- 2017/Arequipa, se pronuncia respecto al estándar probatorio, ergo, el conocimiento suficiente en el delito de lavado de activos, y especificó, en estricto, que el estándar o grado de convicción respecto a dicho ilícito no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal. Además, está fijado en la ley, en el Código Procesal Penal. Y varía progresivamente en intensidad, según vayan avanzando las actuaciones correspondientes.

13. De esta manera, no podemos deducir que el razonamiento de la Corte IDH estuvo orientado a delimitar que el Estado, a través del titular de la acción penal, recién posee el "conocimiento suficiente" cuando emite un requerimiento acusatorio. Es evidente, entonces, que la persecución del delito y el conocimiento suficiente se manifiesta desde etapas anteriores a la intermedia, en la que para requerir una medida cautelar de prisión preventiva es necesario que exista una sospecha grave. En esa línea, esta Suprema Corte, en la sentencia plenaria casatoria antes descrita, ha fijado que los niveles del estándar probatorio para iniciar diligencias preliminares se basan en una sospecha inicial simple. Para formalizar la investigación preparatoria se necesita una sospecha reveladora. Para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se requiere una sospecha suficiente. Y, respecto a la prisión preventiva, se exige una sospecha grave, que es la más fuerte anterior al pronunciamiento de una sentencia, que requiere prueba más allá de toda duda razonable.

14. Abona a este razonamiento que la naturaleza de la prisión preventiva es de carácter temporal, y en esa medida se puede solicitar su variación (artículo 283 del NCPP), a través de la presentación de nuevos elementos de convicción que desvirtúen esa "sospecha grave". El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 64 de la sentencia recaída en los Expedientes signados con los números 4780-2017-PHC/TC y 00502-2018-PHC/TC (acumulado), señaló que:

> [L]os jueces penales al momento de evaluar los nuevos elementos de convicción de un pedido de revocatoria del mandato de comparecencia por el de prisión

Ir al índice

> preventiva, deben necesariamente valorar todos y cada uno de los elementos presentados no solo por el Ministerio Público, sino, también por la defensa técnica de los procesados, esto a fin de justificar de manera razonable la presunta existencia de elementos que permitan razonablemente vincular al procesado con la comisión del delito por el que se le sigue un proceso penal, a razón de salvaguardar la presunción de inocencia, en tanto la prisión preventiva es una medida temporal y no definitiva de la dilucidación de la responsabilidad penal.

Es decir, una de las características de la prisión preventiva es la temporalidad, vinculada a la necesidad razonable, excepcional y proporcional de que el investigado permanezca privado de su libertad, en la medida en que se cumplan los estándares exigidos legalmente. Así, mientras se cumplan los presupuestos previstos en la norma, tal requerimiento temporal, excepcional y proporcional puede ser solicitado por el titular de la acción penal incluso desde etapa de investigación preparatoria.

15. Por otro lado la Corte IDH, en la sentencia del caso Norín Catrimán vs. Chile (en un contexto de conflicto social entre los pueblos indígenas mapuches y el Estado chileno), analizó el derecho a la libertad personal y la presunción de inocencia en los casos de detención y prisión preventiva, y reiteró que "[...] en casos excepcionales, el estado podrá recurrir a una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso". Esto es, cuando se presente la excepcionalidad de que existan circunstancias o situaciones por parte del procesado que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso, es totalmente acorde a derecho que el Estado solicite una medida que prive provisionalmente de su libertad al investigado, siempre y cuando, de acuerdo a la normatividad interna, se cumplan los presupuestos para dictar dicha medida.

16. Entonces, el control de convencionalidad exige que el análisis de las normas de derecho interno y las de la CADH se realice en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. En el caso en concreto, se trata específicamente del cumplimiento de los presupuestos normativos para requerir la medida de prisión preventiva.

17. En resumen, la Corte IDH, en el caso antes descrito, razonó que los presupuestos materiales para la prisión preventiva como medida cautelar y no punitiva no se habían cumplido y, en consecuencia, no cabía la posibilidad de amparar tal privación de libertad por no haberse cumplido con las normas de derecho interno (específicamente el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal Chileno). Debe precisarse que el caso al que hace referencia el casacionista se dio en un contexto de conflicto social, en el que se privó de su libertad a indígenas mapuches y activistas.

18. En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante una situación distinta y, conforme la Sala de Apelaciones ha sustentado la medida cautelar personal sobre la base del requerimiento fiscal, es por el presunto delito de lavado de activos agravado (como integrante de una organización criminal), previsto en los artículos 1 y 2 de la Ley número

Ir al índice

27765 (modificados por el Decreto Legislativo número 986), con la forma agravada del literal b) del artículo 3 de la mencionada ley. En esa medida, el análisis en extenso de los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia respecto a los elementos necesarios para dictar dicho mandato preventivo ha sido cumplido.

Debemos precisar que la Corte IDH no tiene pronunciamiento sobre la prisión preventiva en los delitos de criminalidad organizada, pues los casos a los que hace referencia el casacionista versan sobre delitos comunes.

19. Por ello, podemos sostener que la Sala Superior conformó la medida cautelar de prisión preventiva impuesta a través de una debida motivación, pues expusieron en la resolución los medios probatorios que acreditarían la recepción de dinero de Brasil y acciones tendientes a justificar los aportes de Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular) por parte del imputado. Asimismo, se presentaron en la resolución los elementos de convicción sustentatorios (declaración de Jorge Henrique Simões Barata, de Marcelo Bahía Odebrecht y diversos testigos protegidos). De otro lado, sustentó el modo como se pretendía justificar el ingreso de dichas sumas dinerarias a través de la realización de rifas, cocteles y cenas, que son la base de la tesis fiscal sobre el manejo de los fondos dinerarios del partido Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular), lo que a criterio del Juzgado de Primera Instancia y de la Sala Penal Superior incrementa la fundabilidad y gravedad de los enunciados incriminatorios respecto a las irregularidades en la administración de los fondos de campaña. Es claro que se ha sustentado razonadamente la existencia de elementos que vinculan al casacionista con el delito que es materia de investigación.

En esa línea de razonamiento de la Sala de Apelaciones, no se advierte infracción a derecho constitucional alguno y que contravenga normas de la CADH, pues en el caso se acreditaron los presupuestos materiales de la medida cautelar de prisión preventiva, de acuerdo con nuestra normativa interna, en coherencia con la internacional.

20. Nótese, además, que la defensa del casacionista se limitó a contraponer argumentos de defensa, repitiendo los motivos de agravio expuestos en su recurso de apelación. Es decir, no se advierten razones casacionales vinculadas al numeral 1 del artículo 429 del NCPP que merezcan un pronunciamiento jurisprudencial en tal extremo.

21. El **segundo tema** propuesto es que son necesarias reglas jurisprudenciales tendientes a evitar que los órganos jurisdiccionales dejen sin respuesta las pretensiones, argumentos o articulaciones de las partes. Aquí, la defensa del casacionista no ha expuesto cuáles serían dichas reglas jurisprudenciales que deben implementarse, en cumplimiento de la parte final del numeral 1 del artículo 430 del NCPP –explicar específicamente la aplicación que pretende-. Sin embargo, esta Suprema Sala vinculó dicho cuestionamiento a la posible infracción constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales.

22. La motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental consagrado expresamente en el inciso 5 del artículo 139 de nuestra norma fundamental. Prescribe

Ir al índice

que son principios y derechos de la función jurisdiccional "la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

Dicha norma constitucional ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional[7] y de este Supremo Tribunal[8]. De allí que:

> 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, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso[9].

23. Por su parte la Corte IDH, en la sentencia del caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, del cinco de agosto de dos mil ocho, precisó que:

> [...] Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serian decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. [...]. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

24. El motivo de la defensa del casacionista es básicamente que los jueces deben comprobar, antes de la emisión de su decisión, que no están dejando sin respuesta ninguna de las pretensiones, argumentos o articulaciones de las partes. Es decir, busca que se establezcan reglas para contestar las pretensiones de las partes.

En relación con lo dicho reclamo, el Tribunal Constitucional, en el Expediente número 1230-2002-HC/TC, del veinte de junio de dos mil dos (caso César Humberto Tineo Cabrera), ha sido claro en señalar que:

> [...] La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su 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, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

---

7 De todas ellas la antonomástica es la sentencia recaída en el Expediente número 00728-2008-PHC/TC.

8 Al respecto, véase el Acuerdo Plenario número 6-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once.

9 Sentencia recaída en el Expediente número 01480-2006-AA-TC. del veintisiete de marzo de dos mil seis, fundamento jurídico 2.

Ir al índice

Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia 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.

25. Conforme a ello, la Sala de Apelaciones delimitó los agravios del casacionista en un total de veintiséis premisas, que fueron contestadas pormenorizadamente, cumpliendo así con las garantías constitucionales. No obstante, dentro de los fundamentos de su recurso de casación, para sostener una aparente infracción constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, el casacionista señaló lo siguiente:

a) Deficiente motivación externa y motivación aparente, pues la Sala de Apelaciones no dio una respuesta coherente respecto al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte IDH. En este extremo, el casacionista insiste en reclamar que la prisión preventiva solo puede solicitarse cuando haya conocimiento suficiente para poder llevar al investigado a juicio. No obstante, como ha quedado fijado en considerandos anteriores, el razonamiento planteado por el casacionista es parcial frente ai pronunciamiento de la Corte IDH, según se ha señalado en los fundamentos 11 al 13 de la presente ejecutoria suprema, y la respuesta de la Sala de Apelaciones fue debidamente motivada y pormenorizada.

b) También reclama que existe una motivación sustancialmente incongruente entre los fundamentos 34 y 108 de la resolución de vista. Sostiene, que al responder sus agravios en el numeral 108 la Sala de Apelaciones remitió su justificación al numeral 34; sin embargo, en este último declaró fundado el motivo de agravio (de la investigada Keiko Fujimori Higuchi), mientras que en el numeral 108 declaró improcedente su agravio.

Conforme al argumento plasmado en el numeral 34 del auto de vista, se constató que este se halla referido a responder un agravio propuesto por la defensa de la investigada Fujimori Higuchi [entiéndase, relacionado a su tesis de defensa). En este numeral se razona el cuestionamiento del medio de prueba denominado "chat La Botica". Aquí, la Sala de Apelaciones precisó en el numeral 33 que: "Corresponde hacer una primera precisión: la defensa técnica de Keiko Sofía Fujimori Higuchi no pide expresamente en sus agravios que se excluya el referido Chat de la Botica [...], en consecuencia, en virtud al principio de congruencia recursal la legalidad de la incorporación del chat no está en cuestión en esta apelación". Y en el numeral 34 se describe el contenido del referido "chat La Botica".

Ir al índice

Entonces, la motivación incongruente que alega el casacionista no se ajusta la verdad. El razonamiento está en la lectura y análisis realizado a partir del numeral 33 de la resolución cuestionada, que se refiere a otro agravio y a otra investigada.

26. De este modo, la Sala de Apelaciones delimitó el pronunciamiento sin excluir dicho documento del cúmulo de graves y fundados elementos de convicción (porque la exclusión no fue materia de agravio). Por ello, al responder el agravio formulado por el investigado Yoshiyama Tanaka en el numeral 108, referido a la declaración de un testigo protegido (la Sala de Apelaciones entendió que se trataba del testigo número 3, aun cuando la defensa no especificó a qué testigo se refería su cuestionamiento) determinó que efectivamente la sindicación del citado testigo protegido número 3 se apoya en el documento denominado "chat La Botica" en el extremo referido a que "[...] en la estructura criminal quien decidía todo era la cúpula". Y esta es la razón que explica que la Sala de Apelaciones haya desestimado el agravio propuesto por el ahora casacionista. Como se ha expuesto, en el caso no se advierte una motivación incongruente de la Sala de Apelaciones y tampoco existe fundamento en el recurso de casación sobre la excepcionalidad del tema presentado para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

27. Finalmente, como **tercer tema**, propuso que se deben establecer reglas jurisprudenciales tendientes a la valoración de los elementos de convicción conforme a las regias de la lógica, la ciencia o la técnica, dentro del procedimiento de la prisión preventiva.

Relacionó este tema, con la afectación a la debida motivación de las resoluciones judiciales; sin embargo, hacemos hincapié en que, en este caso, tampoco propuso cuáles son esas reglas jurisprudenciales que deben establecerse -entiéndase que, para establecer doctrina es sobre temas nuevos o poco abordados por la jurisprudencia- No obstante, al haberse concedido dicho extremo como material casacional, se responderán sus argumentos en relación con la presunta infracción constitucional antes descrita.

28. Se cuestiona la valoración de los elementos de convicción que fueron tomados en consideración para fundar el pedido de prisión preventiva en su contra. Básicamente son los siguientes:

a) El acta de fundación del partido Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular). Sostiene la defensa del casacionista que no se especificó por qué constituye un elemento grave y fundado de la comisión del delito de lavado de activos como integrante de una organización criminal.

b) La declaración de Adriana Tarazona. Aquí sostiene que en dicha declaración se señala que el casacionista era miembro del Comité Itinerante del Comité Ejecutivo Nacional de Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular) y no se ha valorado para establecer cómo dicha declaración resulta ser un elemento grave y fundado de la existencia de una organización criminal.

Ir al índice

c) Respecto a la decoración de la investigada Keiko Fujimori Higuchi, ella aceptó el grado de amistad con el casacionista y este elemento ha sido considerado, con los demás elementos incorporados, como indicio de la vinculación entre ambos. Sin embargo, no se ha desarrollado cómo resulta útil tal indicio y de qué manera se relaciona con la imputación por el delito de lavado de activos como integrante de una organización criminal.

d) También cuestionó el análisis de las corroboraciones cruzadas de las declaraciones de Marcelo Bahía Odebrecht y Jorge Henrique Simões Barata, que dan cuenta del dinero entregado a Fuerza 2011 (hoy Fuerza Popular), y que el ahora casacionista, a decir de los referidos testigos, era el que representaba al partido y quien habría realizado el pedido de dinero a la empresa.

   Por ello, alega infracción a la debida motivación y reclama que la Sala de Apelaciones corroboró el dicho de los testigos con el de otros testigos (sin mencionar a qué testigos se refiere). Agrega que consideró como contradicción aparente la declaración de Fernando Migliaccio frente a la versión de Jorge Henrique Simões Barata respecto a la modalidad en la que se habría entregado el dinero al ahora casacionista Yoshiyama Tanaka (si fue o no en efectivo a través de un *doleiro*).

e) Finalmente, alega infracción a la garantía constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales y transcribe los fundamentos 117 y 119. Empero, no argumentó en forma clara y expresa en qué consiste tal vulneración para vincularla a un interés casacional y su desarrollo jurisprudencial, tal como lo exige el artículo 430 del NCPP.

29. Conforme a lo detallado en el considerando anterior, el casacionista erróneamente cuestiona un extremo de contenido probatorio, y pretende en puridad que en este nivel de investigación se tenga prueba acabada. No obstante, si bien en este caso existe sospecha grave, como lo ha fijado la Sala de Apelaciones en el fundamento 107 del auto impugnado, no se puede, vía recurso de casación, analizar uno a uno los medios de prueba incorporados o si estos son suficientes para la acreditación del delito, pues dicho razonamiento es propio de la etapa de juicio oral. No es pertinente invocar en esta instancia una valoración probatoria que, de ser el caso, tendrá su etapa procesal correspondiente para ser sometida a un debate amplio y contradictorio bajo el alcance del debido proceso y que no es materia de un recurso de casación.

30. Conforme a lo expuesto, las justificaciones invocadas por el casacionista como fundamento para una casación excepcional no demuestran interés casacional alguno, ni necesidad de un sentido interpretativo. El recurrente, pues, se limitó a reproducir los argumentos de su recurso de apelación, no siendo amparables sus motivos.

Ir al índice

Tercero. Respecto al planteamiento de Pier Paolo Figari Mendoza

1. Figari Mendoza está siendo procesado por la presunta comisión del delito de lavado de activos en la modalidad agravada.

2. Pretende que jurisprudencialmente se determine si **la acreditación de la existencia de un partido político y la detentación de cargos públicos no son suficientes para acreditar la existencia de una organización criminal, ni menos del delito de lavado de activos.**

3. La lectura de la propuesta permite apreciar que no se trata de un tema controversial o que derive de una deficiente interpretación normativa, sino más bien de una afirmación que es correcta, en razón de que no es jurídicamente válido afirmar que la formación o existencia de una agrupación política, *per se*, sea sustento de la existencia de una organización criminal. Por tanto, no hay nada que debatir ni declarar como doctrina jurisprudencial en esta propuesta.

4. En el caso presente no se establece que la sola existencia de una agrupación política sea sustento de una organización criminal, sino más bien que en torno a una agrupación política se habrían juntado determinadas personas para incurrir en diversos hechos delictivos, razón por la cual dicha agrupación política habría servido como referencia vinculante a dichas personas para realizar actividades supuestamente reñidas con la ley y al margen de las actividades propias de una agrupación política.

5. Entonces, al recurrente no se le imputan los hechos delictivos materia de investigación por haberse acreditado la existencia de una agrupación política donde ostentaría cargos públicos, sino por ese margen de actividades ajenas a los propósitos de la agrupación política. Bajo estas condiciones, no solo en agrupaciones políticas, sino en cualquier otra agrupación formal, pública o privada es viable que se desarrollen actividades al margen de la ley, condiciones que evidentemente tienen que ser probadas o descartadas durante la investigación.

6. En cuanto a su segundo planteamiento de desarrollo referido a la **declaración de un testigo protegido cuyas contradicciones y falsedades han sido reconocidas por la Sala de Apelaciones, no puede ser dotada de verosimilitud en uno de sus extremos para sustentar una medida coercitiva personal**, se tiene que esta constituye una afirmación fáctual referida a la determinación de responsabilidad penal o no de una persona imputada, en razón de que el carácter falso o contradictorio de la declaración se debatirá posteriormente y servirá como argumento de cargo o descargo al momento del juicio (de ser el caso).

7. Las pruebas personales tienen su propia valoración en el momento oportuno; en este caso, la decisión de la prisión preventiva se toma sobre la base de las iniciales declaraciones de los testigos cuyas afirmaciones servirán para sustentar la sospecha razonable que justifica el procesamiento de una persona, y son otras las causas que

Ir al índice

decidirán si se justifica o no la prisión preventiva; por tanto, esta argumentación no tiene consistencia para cuestionar la prisión preventiva establecida.

8. Cuando una casación se plantea en su forma excepcional, esencialmente, es para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial y ello significa que existen determinados criterios dogmáticos cuyo entendimiento origina confusión o interpretaciones diversas, y es preciso su desarrollo en torno a un problema jurídico propuesto, sobre la base de determinados hechos concretos. Es decir, fijar una posición que uniformice y determine cuál es el criterio o interpretación correcto, lo que no se advierte en la propuesta de casación que se evalúa. Por lo tanto, no hay apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida.

9. Sobre la materia descrita no obra debate doctrinal ni contradicción dogmática que genere la necesidad de desarrollo jurisprudencial, pues conforme se ha mencionado en el punto 5 es necesario, para cumplir con los fines de un recurso de casación, determinar la materia complicada, dispersa o contradictoria que requiere aclaración.

10. Su pretensión puntualmente reclama los temas antes señalados como justificación para que se conceda la casación. Sin embargo, al ingresar al fondo de la materia casacional advertimos que establecer que una agrupación política en sí misma y formar parte de ella no constituye sospecha de pertenencia a una organización criminal; así como la valoración del testimonio de un testigo protegido, definir el concepto de corroboración, delimitar los alcances del pronunciamiento en vía de apelación y afianzar la doctrina de que el peligro de obstrucción no puede sustentarse en las acciones de otros constituyen materias claramente definidas y establecidas, sin debate doctrinario ni cuestionamiento básico conceptual. Por ende, lo que pretende el impugnante, bajo la protección de reclamo de la doctrina jurisprudencial, es que sus argumentos de defensa para cuestionar la prisión preventiva sean tomados en cuenta, lo que constituye la revaloración de prueba en vía de instancia judicial, pero no resulta plausible para sopesarse en un recurso de casación bajo los parámetros que establecen las normas legales antes glosadas e invocadas por el recurrente.

11. En consecuencia, los fundamentos que sustentan la pretensión de la defensa, vía recurso de casación, no tienen consistencia ni solvencia que requiera un pronunciamiento casatorio sobre el fondo, por lo cual el recurso debe desestimarse.

Cuarto. Respecto al planteamiento de Luis Alberto Mejía Lecca

1. Se le imputa inicialmente a Luis Alberto Mejía Lecca la autoría del delito de lavado de activos a título de autor en la modalidad de actos de ocultamiento, en calidad de integrante de una organización criminal (posteriormente, este extremo fue excluido). Asimismo, se le imputa la autoría de la comisión del delito de obstrucción de la justicia por los siguientes hechos:

Ir al índice

a) Haber realizado actos de ocultamiento de fondos ilícitos. Falsa declaración de supuestos aportantes (dinero proveniente de la empresa Odebrecht).

b) Integrante de una organización criminal y colaborador para lograr falsos testimonios, por su pertenencia a una agrupación política. Haber sido tesorero de dicha agrupación política, asesor del congreso y personero legal.

c) Ofrecimiento de favores indebidos a testigos para que declaren falsamente. Entorpecimiento de la actividad probatoria. Habría coordinado con Pachas Quiñones y Rimarachín Díaz para que declaren falsamente.

d) La Sala Superior aseveró que, respecto al delito de lavado de activos, no se justifica dictar medida de prisión preventiva, debido a que el relato formulado por el Ministerio Público no alcanza márgenes de concreción que permitan evaluar los elementos de convicción referidos a este delito.

2. Se admitió la casación para evaluar la presunta vulneración de un derecho fundamental, el quebrantamiento de una norma procesal sancionada con nulidad y la vulneración de la garantía de motivación.

3. Así, corresponde señalar que el fiscal es competente dentro de los límites que las normas procesales determinan para iniciar investigaciones por la comisión de cualquier delito, inclusive dentro de los procesos que viene investigando o conociendo.

4. Pretende que se determine si el fiscal especial que conoce un caso, al interior de este, puede iniciar una investigación por el delito de obstrucción de la justicia, en agravio de él mismo, cuando este delito le compete conocer al fiscal común.

5. El artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que es obligación del fiscal **"denunciar un hecho que se considere delictuoso por el agraviado o cualquiera del pueblo"**, condición que le otorga ser el titular de la acción penal, conforme informa el artículo 11 de la citada ley orgánica. En consecuencia, de tomar conocimiento de un hecho que tiene contornos delictivos, su obligación es iniciar una investigación.

6. Por ello, es importante determinar que, por su naturaleza, la función fiscal está circunscrita a una jurisdicción por razón de especialidad, materia y territorio, condiciones que, en atención a los requerimientos que se demanda, se flexibilizan; tanto así que el fiscal de la nación tiene dentro de sus atribuciones designar fiscales para casos complejos o por razón de especialidad, lo cual se adecúa a la función que no es decisoria, sino de ser parte en el proceso penal, en que el juez garantiza la constitucionalidad y legalidad de su actuación. En tal virtud, instaurar al interior de un proceso en el que viene investigando determinado delito es propio de su función.

7. Lo más importante en esta evaluación es que dicha investigación, como cualquier otra, siempre estará sometido al juez de garantías. Por ende, si advirtió que al interior

Ir al índice

del proceso que venía investigando había indicios de la comisión de otro delito, era su obligación también iniciar otra investigación por esa nueva sospecha -ampliación objetiva-, y podía, según fuera el caso, continuar como parte del proceso primigenio que viene investigando o, en todo caso, independizar dicha investigación y por razón de especialidad u otra razón justificada derivarla al fiscal competente.

8. Debemos asumir en el presente caso, como se ha argumentado, por unidad procesal, que se continúa con las investigaciones por el delito de obstrucción de la justicia al interior del proceso principal en razón de que existe vinculación.

9. En todo caso, al margen de quién sea el fiscal competente para llevar a cabo dicha investigación, ese no es un motivo que justifique el cuestionamiento a la prisión preventiva, de manera tal que la determinación de "doctrina jurisprudencial" sobre la materia no tendrá ninguna incidencia en el objeto de este recurso de casación.

10. Finalmente, no es objeto de deliberación dogmática quién es el fiscal competente para conocer casos como el presente, puesto que no existe ninguna posición doctrinaria sobre la necesidad de determinar a qué fiscal le corresponde iniciar esta investigación en las condiciones descritas; sino más bien se trata de una postura en que la parte recurrente no está de acuerdo con que el fiscal que investiga el caso principal también investigue el caso adicional.

11. Para responder la preocupación "doctrinal" de la defensa, es preciso establecer de qué manera esta determinación puede incidir en la decisión de disponer la prisión preventiva o no, lo que no resulta viable atendiendo a los fundamentos que sustentan la prisión preventiva, contenidos en la Resolución número 27.

12. La discusión que plantea la defensa es en el sentido de que el delito de obstrucción de la justicia es uno que le compete al fiscal común y no al especializado, puesto que el fiscal tendría doble posición: la de agraviado y la de parte investigadora, lo que no es correcto porque el agraviado de este delito no es el fiscal, sino el Estado, representado por la procuraduría pública especializada en la defensa de los intereses que se especifican, y lo único que hace el fiscal es iniciar una investigación sobre dicha materia.

13. Las citas jurisprudenciales que presenta el recurrente están referidas al comportamiento del juez, que, conforme referimos anteriormente, está premunido de independencia e imparcialidad, condiciones que en la actuación fiscal se relativizan, por no tener función juzgadora ni decisiva. Por el contrario, el fuerte argumento de la unidad de investigación determina que sea en el mismo proceso principal en que también se investigue este delito surgido como consecuencia de las investigaciones realizadas al interior de aquel.

∞ Empleo de la declaración del testigo protegido

14. Respecto al segundo planteamiento referido al empleo de la declaración de un testigo protegido, sin observar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 158 del NCPP, consideramos

Ir al índice

que, según tal precepto, un testigo protegido tiene una situación análoga a la del colaborador eficaz y, aun cuando la situación de ambos es diferente, requiere pruebas que la corroboren para imponer una medida coercitiva personal o dictar condena.

15. Según el considerando 6.9.19. de la resolución impugnada:

> [El imputado] **Mejía Lecca, es un operador directo de Ana Herz, Pier Figari y Keiko Fujimori Higuchi y señala el testigo protegido que en el año 2011 era personero que realizaba coordinaciones a nivel nacional, era enviado a todas partes, cobraba dinero aprovechando su cargo, tenía conocimiento de los problemas, llevaba dinero cuando los candidatos tenían problemas. Así también hace referencia que cuando quiso comprar algunos testigos Luis Mejía Lecca es quien viajaba a San Martín y buscaba al asesor del congresista Rolando Reátegui, precisamente para citar a los falsos aportantes, a los cuales indicaba que brinden una versión distinta a la verdad y todo ello en coordinación con Keiko Fujimori Higuchi.**

16. Sobre esta declaración, el impugnante reclama corroboración, lo que ocurre con el dicho de la testigo Liz Doumet Manrique, quien afirma que una mujer le dijo lo que le convenía declarar, bajo amenaza; y, conforme se determina en la misma resolución (6.9.20.), en el contexto y su integridad, esa versión coincide con lo que refirió el testigo protegido. Si bien es verdad que dicha declaración ha sido cuestionada por la defensa, liminarmente no puede ser amparada puesto que su juicio de veracidad será materia de valoración cuando haya pronunciamiento sobre el fondo del asunto; pero, sin duda, es una inicial corroboración de la versión del testigo protegido.

17. La misma resolución luego el dicho de Liulith Sánchez Bardales, quien brindó un correlato coherente, coincidente y vinculado con la declaración de la mujer antes referida, lo que incide en ese marco de corroboración que reclama el procesado. Y, si bien es verdad que esa corroboración es preliminar, la valoración luego del debate que se produzca en juicio (de ser el caso) determinará la correcta tasación de dichos elementos de referencia. Entonces no es solo la versión del testigo protegido la que sustenta la prisión preventiva, sino que existen declaraciones que, en efecto, le dan mayor intensidad a la sospecha inicial, condición suficiente para sustentar primariamente la imputación y, por tanto, una prisión preventiva.

18. El requerimiento de corroboración en este tipo de declaraciones obedece a la incertidumbre inicial que puede acompañar una declaración del testigo protegido, quien por diversas causas (búsqueda de una mejor posición procesal, de ser el caso) puede referir situaciones no necesariamente correctas, las que por sí solas no pueden sustentar una imputación sólida que sustente una prisión preventiva. Por tal razón, es preciso que haya un margen de corroboración que, sin llegar al extremo de la veracidad, haga viable una sospecha razonable e intensa que justifica válidamente una sustentación de prisión preventiva, siempre que concurran los otros elementos que requiere el artículo 268 del NCPP.

Ir al índice

19. Aunado a lo mencionado, obra en la legislación el contenido del artículo 473 del NCPP, que asigna específicamente a la Fiscalía el deber de corroborar los dichos que proporcionen los colaboradores eficaces. Asimismo, el concepto epistemológico de medio de prueba exige la acreditación de sus contenidos. Igualmente, estas exigencias probatorias están previstas para determinar suficientemente la responsabilidad penal.

∞ Obstrucción procesal y actos de obstrucción de la justicia

20. Respecto a la **identidad del acto investigado (obstrucción de la justicia) y del peligro procesal (actos de obstrucción)**, sostiene la defensa que el diecisiete de octubre dos mil dieciocho, después de que la Sala Superior de Apelaciones decretó la ilegalidad de la detención preliminar dispuesta el diez de octubre de dos mil dieciocho, en tan solo dos días -esto es, el diecinueve de octubre del mismo año- la Fiscalía dispuso formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Mejía Lecca y otros por la presunta comisión del delito de lavado de activos y obstrucción de la justicia.

21. Frente a este desenvolvimiento procesal, reclama que en tan solo dos días el fiscal haya llegado a la conclusión de que habría actos de obstrucción realizados por Mejía Lecca contra las investigaciones que venía realizando el juez, y concluye afirmando que, en todo caso, los actos referidos se habrían producido mientras él no era investigado, lo que le induce a aseverar que existe identidad material entre los actos que para la Fiscalía configuran el delito de obstrucción de la justicia y los actos que configuran peligro de obstaculización.

22. Lo que ha ocurrido en este caso es que, como consecuencia de las investigaciones iniciales por los delitos de lavado de activos y asociación ilícita para delinquir, se descubrió que se habría inducido o manipulado declaraciones de algunas personas con la finalidad de que en ese proceso declarasen en determinado sentido y que en esas actividades habría estado involucrado Mejía Leca, imputación que trajo como consecuencia que la Fiscalía comenzara una investigación autónoma por esos hechos -por cierto, vinculados al caso principal-. En suma, la sospecha de la comisión del delito no se habría producido en esos dos días que refiere la defensa del imputado, sino mucho tiempo antes.

23. La conducta de obstaculizar en el proceso penal no se deduce sobre lo que ocurrió en esos dos días que arguye la defensa, sino que deriva del comportamiento antes señalado, que en primer lugar trae como consecuencia que se inicie investigación por obstrucción de la justicia y de ahí se colige que, al ser esa la conducta del procesado y de tal intensidad que mereció el inicio de una investigación, en este proceso penal la obstrucción continuara. Tal deducción es válida en razón de que no se califica solamente el comportamiento inmediato a la fecha de investigación, sino la conducta integral de la persona, con la finalidad de pronosticar razonablemente su comportamiento procesal. Por ende, es sobre una sólida información del comportamiento de esta persona durante una investigación penal que se determinó dicha conducta.

Ir al índice

24. Finalmente, con base en el criterio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que ha sido excluido del delito de lavado de activos pero es investigado por el de obstrucción de la justicia, reclama que se cambie la medida de prisión preventiva por la de comparecencia, en consideración a que la gravedad de la imputación ha disminuido evidentemente. Al respecto, se debe tener presente que la pena para el delito de obstrucción de la justicia es de cinco a ocho años, lo que nos remite solo al cumplimiento del primer requisito para la prisión preventiva, esto es, que sea superior a los cuatro años; por tanto, dicho tema no incluye el debate de esta casación.

25. Reclama la proporcionalidad con citas de la Corte IDH, y considera que es una medida excesiva no solo en su determinación, sino también en su amplitud temporal (treinta y seis meses). Sin embargo, el contexto de su pronunciamiento, que abarca a otros procesados que se pueden beneficiar o perjudicar con actos de perturbación u obstaculización de la actividad probatoria, es fundamental, pues proporcionalmente en una investigación aislada, dependiendo de las condiciones personales del agente, puede resultar válido el debate sobre ia prisión preventiva y su necesidad y proporcionalidad, al existir otras medidas menos gravosas. Empero, en este caso, en el que además están involucradas otras personas pertenecientes al mismo grupo y vinculadas mediante una agrupación política, y teniendo en cuenta que la actividad delictiva que se le imputa resulta de especial connotación en el caso, la proporcionalidad tiene que medirse en ese ámbito contextual.

26. En efecto, la resolución impugnada hace mención a determinadas citas de declaraciones testimoniales que inciden en un comportamiento cuestionable por parte del imputado en la presente investigación -uer citas mencionadas en 6.9.29. y 6.9.30.-, que corroboran las otras declaraciones, todo lo cual determina que el riesgo del peligro de obstaculización es evidente. En consecuencia, estamos frente a comportamientos que nos remiten a la necesidad de tomar previsiones de carácter procesal para evitar más perturbaciones al proceso de investigación.

27. Es de tal magnitud este comportamiento reiterado, según la descripción que efectúa la resolución impugnada, que al fiscal no le quedó otra alternativa que investigar autónomamente el delito de obstrucción de la justicia, por lo que inclusive sería contradictorio con el sentido común que una persona investigada por ese delito no sea pasible de duda respecto a su comportamiento idóneo en el proceso que se le instaura.

Quinto. Conclusión

Por las razones expuestas, ante la falta de precisión de los motivos casacionales determinados y que justifiquen la excepcionalidad alegada, conforme informa el artículo 427.4 del NCPP, concordante con el artículo 430.3 del mismo cuerpo legal, y al no haber excepcionalidad por no consignarse adicional y puntualmente las razones que justifiquen el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que se pretende, es del caso declarar infundada la presente casación.

Ir al índice

DECISIÓN DISCORDANTE

Por estas razones, **NUESTRO VOTO** es porque:

I. **SE DECLAREN INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por las defensas de **Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Pier Paolo Figari Mendoza, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka** y **Luis Alberto Mejía Lecca** contra las Resoluciones de Vista signadas con los números 26, 27 y 28, del tres de enero de dos mil diecinueve (a folios 1747, 1865 y 1951, respectivamente), en el extremo en el que declararon infundados sus recursos de apelación y confirmaron las Resoluciones signadas con los números 7, 16, 10 y 11 (a folios 1203, 1359. 1447 y 1531, respectivamente), que declararon fundados los requerimientos de prisión preventiva en su contra por un plazo de treinta y seis meses en el proceso que se les sigue por la presunta comisión del delito de lavado de activos agravado y -solo en el caso de Mejía Lecca- obstrucción de la justicia, en perjuicio del Estado.

II. **NOTIFIQUESE** a las partes conforme a ley.

S.S.
SEQUEIROS VARGAS
PACHECO HUANCAS

Ir al índice

Señor:

Tengo el honor de dirigirme a vuestro Despacho para informar que en la presente causa se produjo discordia, siendo el voto de los señores Príncipe Trujillo, Castañeda Espinoza y Chávez Mella porque se declare: **I) FUNDADO** en parte los recursos de casación interpuesto por la defensa de los investigados Keiko Sofía Fujimori Huguchi, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza contra las resoluciones de vista números 26 y 28 del tres de enero de dos mil diecinueve, en el extremo que confirmaron las resoluciones del 31 de octubre, 23 y 15 de noviembre, que declararon fundados los requerimientos de prisión preventiva por el plazo de treinta y seis meses, en el proceso que se les sigue por delito de lavado de activos agravado; en consecuencia **CASARON** el extremo correspondiente de las resoluciones de vista referido al plazo de duración de la medida de prisión preventiva, y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** las resoluciones del 31 de octubre, 23 y 15 de noviembre de 2018 en el extremo que fijó en treinta y seis meses el plazo de prisión preventiva, **REFORMÁNDOLA** fijaron el plazo de prisión preventiva hasta por dieciocho meses; así como **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Alberto Mejía Lecca contra la resolución de vista número 27 del tres de enero de dos mil diecinueve, en el extremo que confirmó la resolución del 16 de noviembre de 2018 que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de treinta y seis meses, en el proceso que se le sigue por obstrucción de la justicia; en consecuencia: **CASARON** dicho extremo de la resolución de vista, y actuando en sede de instancia **REVOCANDO y REFORMANDO** la resolución apelada dictaron mandato de **COMPARECENCIA con restricciones**, bajo reglas de conducta, **caución** por 100,000 soles que deberá ser abonado en el plazo de treinta días naturales, e **impedimento de salida del país** por el plazo de dieciocho meses, disponiendo su inmediata libertad siempre y cuando no exista en su contra mandato de detención emanado de autoridad competente; y los señores Sequeiros Vargas y Pacheco Huanca) porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación.

Que, en aplicación del artículo 145 de la LOPJ debe llamarse a juez supremo dirimente, correspondiendo llamar a la doctora Susana Castañeda Otsú de la Sala Transitoria de la Corte Suprema por encontrarse habilitada.

Es cuanto informo para los fines pertinentes.

Lima, 14 de agosto de 2019

Ir al índice

Lima, catorce de agosto de dos mil diecinueve

AUTOS y VISTOS; con la razón de relatoría que antecede; y **CONSIDERANDO: PRIMERO**. Que de conformidad con el artículo ciento cuarenta y uno de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las Salas de la Corte Suprema cuatro votos conformes hacen resolución, en el mismo sentido lo establece el numeral cuatro del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal; que en el presente caso se ha producido discordia porque tres señores jueces supremos (Príncipe Trujillo, Castañeda Espinoza y Chávez Mella) han votado porque se declare: **I. FUNDADO** en parte los recursos de casación interpuesto por la defensa de los investigados Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza contra las resoluciones de vista números 26 y 28 del tres de enero de dos mil diecinueve, en el extremo que confirmaron las resoluciones del 31 de octubre, 23 y 15 de noviembre, que declararon fundados los requerimientos de prisión preventiva por el plazo de treinta y seis meses, en el proceso que se les sigue por delito de lavado de activos agravado; en consecuencia **CASARON** el extremo correspondiente de las resoluciones de vista referido al plazo de duración de la medida de prisión preventiva, y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** las resoluciones del 31 de octubre, 23 y 15 de noviembre de 2018 en el extremo que fijó en treinta y seis meses el plazo de prisión preventiva, **REFORMÁNDOLA** fijaron el plazo de prisión preventiva hasta por dieciocho meses; así como **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Luis Alberto Mejía Lecca contra la resolución de vista número 27 del tres de enero de dos mil diecinueve, en el extremo que confirmó la resolución del 16 de noviembre de 2018 que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por el plazo de treinta y seis meses, en el proceso que se le sigue por obstrucción de la justicia; en consecuencia: **CASARON** dicho extremo de la resolución de vista, y actuando en sede de instancia **REVOCANDO y REFORMANDO** la resolución apelada dictaron mandato de **COMPARECENCIA con restricciones**, bajo reglas de conducta, **caución** por 100,000 soles que deberá ser abonado en el plazo de treinta días naturales, e **impedimento de salida del país** por el plazo de dieciocho meses, disponiendo su inmediata libertad siempre y cuando no exista en su contra mandato de detención emanado de autoridad competente; y dos jueces supremos (Sequeiros Vargas y Pacheco Huanca) han votado porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación. **SEGUNDO.** Que el artículo ciento cuarenta y cuatro de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial establece que si se produce discordia debe publicarse y notificarse el punto que la motiva, bajo sanción de nulidad; que, como ha quedado expuesto, en el caso de autos el punto que motiva la discordia está en relación a determinar si en los casos de los encausados Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka y Pier Paolo Figari Mendoza se cumplió o no con la exigencia de motivación reforzada exigida para la duración de la medida coercitiva de prisión preventiva por el plazo máximo; y, además, si en el caso de Mejía Lecca, se valoró o no la garantía de proporcionalidad de la medida, en tanto y en cuanto se le investigaba solo por obstrucción de la justicia, y si le corresponde una medida coercitiva menos gravosa, entre otros. **TERCERO.** Que, por consiguiente, debe llamarse al juez supremo dirimente expedito de la Sala Penal Transitoria, empezando por el menos antiguo. Por estos fundamentos, y estando a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y cinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **SE RESUELVE: I. DECLARAR** que se ha producido discordia respecto del extremo indicado en el fundamento

Ir al índice

segundo de esta resolución. **II. LLAMAR** para dirimirla a la jueza suprema doctora Susana Castañeda Otsu. **III SEÑALAR** audiencia para dirimir discordia el día miércoles veintiocho de agosto del año en curso a las once y treinta horas. **IV. ORDENAR** se publique y notifique esta resolución y los votos en discordia. Ofíciese.

Sr.
PRÍNCIPE TRUJILLO

Ir al índice

EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y PELIGRO PROCESAL CASACIÓN N° 358-2019-NACIONAL

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:
JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA[1]

1. Sumilla

El presente trabajo analiza la real dimensión del conocido principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, relacionándolo con el sustento principal de esta medida de coerción personal: el peligro procesal, concluyendo que la sola imposición de esta medida de coerción personal no implica vulnerar el citado principio; sobre esa base analiza la Casación N.° 358-2019-Nacional, determinando que en lo sustancial se ha motivado la resolución.

2. Introducción

Existe una opinión repetida de que la aplicación de la prisión preventiva en el país es la regla y no la excepción (como debiera ser), para ello se esgrimen cifras, pero junto a ello se citan casos concretos, mezclando argumentos que pareciera no debieran analizarse en su conjunto, pues, de un dato estadístico es difícil sacar una conclusión para un caso en concreto.

Por ello, se hace necesario dejar en claro qué es la excepcionalidad de la prisión preventiva, de dónde viene y cuál es su alcance y sobre esa base analizar la figura de esta medida de coerción personal, de tal forma que se revisen con rigurosidad los casos concretos.

Es así que se analizará la excepcionalidad de la prisión preventiva, los requisitos básicos que se deben cumplir para imponer esta medida y, sobre esa base, se analizará el caso materia de comentario, a modo de ejemplo.

3. La excepcionalidad de la prisión preventiva

Como es reconocido por todos, la prisión preventiva es la medida de coerción personal más grave del ordenamiento jurídico, pues importa la privación de libertad antes de la sentencia y una afectación a la presunción de inocencia sobre la base de la existencia del peligro procesal. Antes, con el Código Procesal Penal de 1991, que se aplicaba conjuntamente con el Código de Procedimientos Penales de 1940, se regulaba el mandato de detención, que implicaba la privación de libertad, solo que el pedido se hacía por escrito y de la misma forma se resolvía. Con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 30076, del 19 de agosto de 2013, se adelantó la vigencia de la figura de la prisión preventiva, propia del Código Procesal Penal de 2004, a todo el país.

---

1 Maestro en razonamiento probatorio por la *Universitat de Girona y la Universitá degli Studi di Genova*. Maestría en Ciencias Penales y abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ir al índice

Este adelantamiento debió servir para que todo el país vaya asumiendo los principios de la reforma procesal penal: contradicción, inmediación, así como la libertad que se manifiesta en la excepcionalidad de la prisión preventiva, entre otros. Sin embargo, hay razones para pensar que esta excepcionalidad ha sido dejada de lado o que el esfuerzo por ella no ha sido el suficiente.

Para el 2012 el porcentaje de personas privadas de libertad con prisión preventiva era del 58.8%, en 2016 del 43.2%; y, para 2019, según las Unidades de Registro Penitenciario, los procesados con prisión preventiva constituían el 39.36%, mientras que los sentenciados eran el 60.64% de la población penitenciaria total. Como se advierte, con los años se va reduciendo el porcentaje de personas con prisión preventiva, respecto de los sentenciados, pero esta cifra puede ser engañosa si no se considera que cada año también aumenta el número de personas que se albergan en los centros penitenciarios, así, del 2013 al 2017 hubo un incremento de casi 1.000 personas que se encuentran en prisión preventiva, según la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad.

Esto no se condice con la mentada excepcionalidad, no obstante, quisiera en esta oportunidad poner el foco de atención en un aspecto distinto (que no se respeta el principio de excepcionalidad, que he criticado en diversos trabajos): hay quienes usan estos datos para argüir falazmente que todo auto fundado de prisión preventiva vulnera el principio de excepcionalidad, lo que da cuenta de que no se conoce qué es la excepcionalidad de la prisión preventiva, por lo que se pasa a explicar.

Este principio nace en el iluminismo, que tiene como uno de sus representantes al Marqués de Beccaria[2], esta postura crítica al sistema inquisitivo que reinaba en Europa en esas épocas, recuérdese que este era configurado como una prolongación del poder del Estado[3], no había un proceso oral y menos público, era escrito y secreto, su sistema de prueba era el de prueba tasada o reglada, por lo que se requería de ciertas pruebas y en ciertas cantidades para condenar, por ejemplo, se requería como mínimo dos testigos del hecho y que sean personas honorables; por ello, ante la insuficiencia de pruebas de cargo por efecto del sistema de prueba tasada se requería la confesión de parte, así la tortura sobre el inculpado se convierte en la regla[4], lo que conlleva también a la asunción de la "privación cautelar" como regla y la presunción de culpabilidad.

Frente a ello y sobre la base de la crítica iluminista la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 9 señala que *"Puesto que cualquier hombre*

2 En ese sentido, el citado Beccaria, en su obra De los delitos y las penas, señala: "Tanto más justa y útil será la pena, cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido. Digo más justa, porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza; más justa, porque siendo una especie de pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia sino en cuanto la necesidad obliga.

3 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "El juez de garantía vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N.° 17, Idemsa, Lima, 2005, p. 140.

4 MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos.* Tomo I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 386.

Ir al índice

se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la Ley", esta importante norma pone de relieve, aparte de la presunción de inocencia (y ya no de culpabilidad), que la regla en el proceso es la libertad de los ciudadanos y la privación de ella es la excepción; incluso, se afirmaba que si el encarcelamiento fuere dispuesto en vistas de la tutela exclusiva de los fines del proceso penal, no solo no resultaría ilegítimo por "no ser pena", sino que estaría además justificado[5].

Entonces, el contenido de la excepción es el peligro procesal, pues es el único fin que se considera legítimo para ir en contra de la regla de la libertad, y este elemento se analiza en el caso por caso, no es un tema estadístico, sino de análisis concreto, la regla es que el ciudadano sea procesado en libertad, pero si es que en un caso concreto existe peligro procesal, excepcionalmente, será privado de ella. Actualmente, como señala Daniel Pastor, la prisión será un instrumento válido si se le aplica solamente en los supuestos delimitados de un modo estricto por su excepcionalidad funcional[6].

Esto lo ha entendido la Corte Suprema, para quien la regla es el sometimiento del imputado al proceso en libertad o con medidas limitativas menos intensas, la prisión preventiva es excepcional, pues se debe demostrar en el caso concreto su necesidad. Esta precisión desbarata las tesis que sostenía que la aplicación excepcional de la prisión preventiva estaba siendo vulnerada (Acuerdo Plenario 01-2019)[7].

Entonces, para determinar si es que en un caso en concreto se ha seguido la regla de la excepcionalidad, se requiere analizar el peligro procesal. Ahora, para imponer esta medida, se requiere cumplir más presupuestos y límites, en el caso peruano esto está ligado a la normativa y jurisprudencia internacional, constitucional y legal, como veremos a continuación, pero solo veremos los requisitos materiales.

4. Los requisitos de la prisión preventiva

Para imponerla señala el artículo 268 CPP que el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

---

5 DEI VECCHI, Diego. "Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, N.° 2, 2013, p. 194.

6 PASTOR, Daniel. "La prisión preventiva. problemas actuales y soluciones". En: *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*. Juristas editores, Lima, 2007, p. 189.

7 Al respecto, señala Peña-Cabrera Freyre, que lo que nos debe quedar como mensaje principal de esta Acuerdo Plenario es que la privación provisional de la libertad del imputado solo puede tener como finalidad asegurar los fines esenciales del proceso penal, nunca de los fines preventivos de la pena, ni tampoco debe ser auspiciada por propósitos criminológicos. PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso. "Los diversos estándares de la prisión preventiva a la luz del nuevo Acuerdo Plenario: entre su efectividad y su legitimidad". En: *Prisión preventiva y detención preliminar. Un estado de la cuestión.* Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 201.

Ir al índice

1. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

2. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

3. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

El primer requisito se refiere a la presencia de actos de investigación o datos objetivos (no basados en creencias o sospechas) que hagan verosímil que el delito existe y que el imputado es responsable de ellos. En ese sentido, la casación 626-2013-Moquegua, señala que en este caso se exigen dos presupuestos: 1. Una imputación clara. 2. Actos de investigación o datos que sustenten esta imputación en grado de probabilidad positiva sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida. El juez debe de hacer cálculo de probabilidades sobre si al imputado se le condenará o absolverá.

El segundo requisito del artículo 268 CPP se trata del análisis sobre la posible pena a imponer, no la pena que figura como máximo o mínimo en el tipo penal, sino la concreta. Para ello el juez tomará en consideración todas las circunstancias cualificadas o genéricas, agravantes o atenuantes que podrían modificar la pena.

El peligro procesal, tercer requisito, es el elemento más importante de la institución, es la aptitud y actitud del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración, mediante el acceso o alteración de los elementos esenciales de la resolución penal[8]. Esto ha sido recogido en la legislación, en los artículos 269 y 270 CPP que ejemplifican qué significan estos riesgos:

Artículo 269. Peligro de fuga. Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

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 del imputado para repararlo.

4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

8 PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de las medidas cautelares penales.* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 109.

Ir al índice

5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

Artículo 270 Peligro de obstaculización. - Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.

2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El primer peligro está delimitado por las circunstancias que rodean al caso que permitan realizar un juicio fundado acerca de la sujeción del imputado al proceso o si fugará. Al respecto, la Corte Suprema en el Pleno de 2019 señaló que el juez debe apreciar y declarar la existencia del peligro a partir de los datos de la causa 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, el juez debe evitar usar presunciones y, con mayor razón, meras conjeturas.

Sobre el segundo peligro, peligro de entorpecimiento u obstaculización, lo que se busca es evitar que la conducta del imputado pueda afectar la actividad del Estado, sobre todo su investigación, pero también la producción de prueba en el juicio oral. Como señala Ferrer Beltrán[9], se trata aquí de evitar que el imputado manipule o haga desaparecer pruebas en su contra[10]. Este peligro debe ser tratado con cuidado, pues en principio es el Estado el que debe garantizar la producción y actuación de prueba, pero en ciertos casos, graves, en los cuales pese a la diligencia del Estado la conducta del imputado impida ello o sea muy probable que lo impida, la legislación considera que se puede privar la libertad para evitar este peligro, pero la motivación de este tipo de peligro debe ser más exigente, se debe decir qué actuación concreta está en peligro y debe realizarse inmediatamente (lo que se puede lograr en algunos casos con la prueba anticipada), además, se debe indicar el tiempo en que puede sustentarse la privación de libertad por esta razón.

---

9 FERRER BELTRÁN Jordi. (2010). "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia". Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393/234>.

10 Aunque no es necesario que el imputado sea el autor del delito del que se le acusa para que pueda tener interés en manipular el material probatorio. Asimismo, este autor indica que este peligro presupone precisamente lo que la presunción de inocencia proscribe: que es el autor del delito y, por ello, hará lo posible para evitar que esa circunstancia pueda probarse en el proceso. Otra crítica que se hace es que existe un deber del Estado de asegurar las fuentes de prueba de la cuales luego se servirá la fiscalía para probar la culpabilidad del acusado, por lo que, con este peligro lo que se hace es trasladar ese deber al imputado, así, al no cumplir el Estado su deber de asegurar las fuentes de prueba se le conculca la libertad al procesado. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, p. 555.

Ir al índice

Por ello, como señala la doctrina, la conducta que fundamenta el peligro de obstaculización requiere que el peligro sea concreto y no abstracto (por ejemplo, no basta con decir que tal persona tiene tal o cual cargo para considerarlo peligroso), lo que supone que el riesgo ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba[11]. Para del Río Labarthe se tienen que cumplir tres condiciones para que este peligro fundamente la prisión preventiva: 1. Que las fuentes de prueba que se quieren asegurar sean relevantes para el enjuiciamiento. 2. Que el peligro de actividad ilícita del imputado sea concreto y fundado. 3. Que en modo alguno se ponga en peligro el derecho de defensa del imputado[12].

En ese sentido, el Acuerdo Plenario sobre prisión preventiva establece que este peligro debe estar fundado en circunstancias determinadas: 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. No es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta. 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.

Para la Corte Suprema existen casos en los cuales no hay peligro de obstaculización: actos derivados del ejercicio del derecho de defensa del imputado o su falta de colaboración en la investigación. Lo que es correcto, pues son parte del derecho de defensa y no incriminación. Sin embargo, debemos de señalar que hay casos en los cuales la presunción de inocencia no cubre actividades procesales a los cuales el procesado está obligado a actuar con lealtad, por ejemplo, en la intervención corporal a diferencia de, por ejemplo, la declaración del procesado, la persona se convierte en objeto de prueba (sin quitarle el derecho a la dignidad), así se relativiza su derecho fundamental a la integridad corporal en aras de conocer la realidad de los hechos, siendo objeto de prueba no es posible aplicarle consideraciones basadas en la presunción de inocencia.

Además, también señala que existen casos en los que disminuye el peligro de obstaculización: i) Con el fin de la investigación y con la sumisión del imputado y sus cómplices a juicio. ii) Cuando las investigaciones son efectuadas y las pruebas concluidas. iii) cuando las personas probablemente intimidadas o corrompidas por el imputado o terceros ya han sido interrogadas suficientemente. iv) cuando los actos de obstaculización ya no son posibles.

Como se ve, la Corte Suprema ratifica que las razones para indicar que existe este peligro son restringidas, más que las del peligro de fuga, lo que revela que el máximo ente de la judicatura ha dado criterios más exigentes para imponer la prisión preventiva sobre la base de este peligro. Son criterios generales, aplicables a todos los casos, y la situación actual es que en una gran mayoría de casos la actuación del juez frente al pedido de prisión preventiva no ha sido el más adecuado, este pleno los obliga a justificar de forma detallada, pero no

11 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal,* Lima: Ara editores, 2008, p. 60.

12 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva y medidas alternativas.* Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 214.

Ir al índice

debe pensarse solo en los casos mediáticos, debe ser en todos los casos, en aquellos casos que no tienen la cobertura de los medios de comunicación ni de grandes juristas que se pronuncien por sus clientes, sino aquellos que comparecen ante el juez sin más defensa que la razón de sus argumentos y que son la mayoría en todo el país.

5. Comentario a la jurisprudencia

Un caso importante a tomar en cuenta en materia de prisión preventiva es el de Humala-Heredia, en el cual el Tribunal Constitucional establece una serie de reglas, unas loables y otras criticables, pero del conjunto de argumentos rescatamos una que, consideramos, se debe de aplicar en todos los casos, así el TC explica que la Sala Superior de este caso, para establecer los hechos que sustentaron la medida hizo presunciones de otras presunciones, lo que es inconstitucional. Señala el máximo intérprete de la Constitución que para acreditar los hechos de la prisión preventiva ésta se debe basar en hechos específicos y de ahí hacer razonamientos o presunciones, no se puede basar en meras conjeturas.

En el caso que es materia del comentario, siguiendo la lógica presupuestal del artículo 268, se señaló que existen graves y fundados elementos de convicción que acreditan indicios fuertes de que la imputada, en su condición de presidenta del partido político "Fuerza 2011" (hoy "Fuerza Popular"), en el interior de esta estructura política, formó una organización criminal con un grupo selecto de personas, para fines de cometer delitos graves, en este caso lavado de activos de fondos provenientes de actos previos de corrupción nacional y transnacional. En el caso concreto corresponde a los dineros de procedencia ilícita de la empresa brasileña Odebrecht (oficina de operaciones estructuradas) y otras, siendo su finalidad obtener poder político en las instituciones del Estado y, estando en el poder, cometer otros delitos como los delitos de corrupción.

También se señaló que la pena privativa de libertad para el delito de lavado de activos supera ampliamente los 4 años.

Sobre el tercer requisito, se señaló que este se sustenta en el peligro de obstrucción de la justicia (no peligro de fuga), pues la imputada, como lideresa de la organización, habría ordenado:

- La búsqueda de personas en la región San Martín -ciudades de Tarapoto y de Nueva Cajamarca- para que figuren como aportantes del Partido Fuerza 2011. Ello se corroboraría con las versiones de los "supuestos aportantes" convocados entre los años 2010 y 2011.

- Actos de presión y amenaza que se habrían ejercido sobre los "supuestos aportantes" entre los años 2017 y 2018, con el fin que mantengan las versiones de sus primigenias declaraciones ante el Ministerio Público en las que sí señalaron haber realizado dichos aportes. Ello se corroboraría con las amenazas y coacciones narradas por Liz Documet Manrique y Liulith Sánchez Bardales.

Ir al índice

- Actos de ofrecimiento y pago de dinero a un "supuesto aportante", con el objeto que declare ante el Ministerio Público, haber realizado tal aporte. Esto fluye de la declaración del Testigo Protegido N° 2017- 55-1 quien señala que le ofrecieron diferentes cantidades de dinero y la declaración de Ytalo Ulises Pachas Quiñones, quien acepta haber realizado tales ofrecimientos e incluso realizado un depósito bancario.

- Sobre esa base se concluyó que Fujimori Higuchi buscó influenciar en el sentido de las declaraciones de los órganos de prueba, esto fue afirmado por el Testigo Protegido -2017-55-3, lo que es plausible si se considera que todos estos actos se realizaron en favor del partido Fuerza Popular, cuya lideresa es la investigada, por lo que señala el Poder Judicial que se ha configurado un nivel de obstrucción concreto y no especulativo, sustentados en hechos base plurales y convergentes, como las declaraciones de testigos y prueba documental (váuchers de depósito de los aportes).

Como se advertirá, el Poder Judicial da por acreditado el presupuesto de peligro procesal, en su manifestación de peligro de entorpecimiento, por cuanto la imputada habría ordenado que testigos de los hechos den una versión distinta a la real, para ello, señala que hubo actos de presión y amenaza, así como actos de ofrecimiento y pago de dinero; es decir, para el Poder Judicial estamos ante actos que se subsumen en la norma procesal que señala que existe este peligro cuando el imputado busca influir (por sí o mediante otros) para que testigos informen falsamente.

Cada afirmación que se ha hecho lo ha sustentado en elementos de convicción y sobre esa base a razonado que estos actos son los típicos de entorpecimiento probatorio, por lo que, desde la primera hasta la última instancia se ha concluido lo mismo. Si bien la Corte Suprema no hace evidente este análisis, lo da por hecho y solo responde los cuestionamientos de la recurrente.

Aunque sí analiza este peligro para efectos de determinar el plazo que debiera tener esta medida. Así, la decisión en mayoría señala que como se descartó el peligro de fuga y solo subsiste el de entorpecimiento, el peligro procesal decae, como si el análisis de peligro procesal fuera una serie de sumas y restas.

En realidad, en cada caso se debe determinar el plazo y esto debe estar en función de la necesidad del caso. Sin embargo, la Sala Penal de la Corte Suprema no hace ello y no consideró que la prisión preventiva no caduca con el fin de la investigación preparatoria, pues puede también servir para asegurar los fines del proceso durante la etapa intermedia y del juicio oral.

6. Parte resolutiva

I. FUNDADOS EN PARTE los recursos de casación interpuestos por las defensas de los imputados KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, CLEMENTE JAIME YOSHIYAMA TANAKA y PIER PAOLO FIGARI MENDOZA, contra los autos de vista, contenidos en las Resoluciones N.os

Ir al índice

26 y 28, del tres de enero de dos mil diecinueve, emitidas por la Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios, en el extremo que declararon infundados sus recursos de apelación y confirmaron las Resoluciones N.os 7, 16 y 10, expedidas por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional de la citada Corte, que declararon fundados los requerimientos de prisión preventiva en su contra por el plazo de treinta y seis meses, en el proceso que se les sigue, por la presunta comisión del delito de lavado de activos con agravante, en perjuicio del Estado.

II. En consecuencia, CASAR el extremo correspondiente de los respectivos autos de vista referidos al plazo de la duración de la medida de prisión preventiva, y actuando en sede de instancia, REVOCAR el extremo en las Resoluciones Nos 7, 16 y 10, que fijó en treinta y seis meses el plazo de la prisión preventiva, y REFORMÁNDOLAS, se dispone que este sea fijado hasta por dieciocho meses para los imputados KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, CLEMENTE JAIME YOSHIYAMA TANAKA y PIER PAOLO FIGARI MENDOZA (los que serán computados desde que estos fueron privados de su libertad en virtud de la presente medida). Así en el caso de Fujimori Higuchi vencerá el treinta de abril de dos mil veinte; de Figari Mendoza, vencerá el catorce de mayo de dos mil veinte, y de Yoshiyama Tanaka, vencerá el diez de setiembre de dos mil veinte.

7. Conclusión

Se ha visto que no toda imposición de una medida de prisión preventiva puede ser reputada como vulneradora de la excepcionalidad de esta medida, para ello se analiza el caso en concreto y para esto se debe de conocer los elementos o requisitos para imponer la prisión preventiva que se regulan en el artículo 268 del CPP, solo haciendo ello se puede sacar conclusiones, como se hizo con el caso materia de comentario.

Ir al índice

BIBLIOGRAFÍA

- **Fernán Guillermo Fernández Ceballos**

- Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116.
- Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116.

- **Paul Antonio Ruiz Cervera**

- Recurso de Nulidad N° 956-2011-UCAYALI del 21 de marzo de 2011.
- CASTILLO ALVA, José Luis. El derecho a ser informado. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008. Fondo Editorial PUCP.
- MONTERO AROCA, Juan. Principios del Proceso Penal. Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa. Valencia. 1997.
- Exp. N.° 02061-2013-PA/TC (caso: Carlos Dueñas Olivera).
- Exp. N° 01983-2009-PA/TC (Caso: Antonio Vicente Marcatinco Andia).
- AMBOS, Kai. *Principios del Proceso Penal Europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005.
- Exp. N° 03987-2010-PHC-TC (Caso: Alfredo Alexander Sánchez Miranda y Otros).
- MENDOZA CELIS, Francisco. La necesidad de una imputación concreta en la construcción de un proceso penal cognitivo. 2da. Ed. IDEMSA. Lima.
- Exp. N° 941-2009-PHC/TC (Caso: Lucy Marlene Saldaña Verástegui).
- Exp. N° 02529-2009-PHC/TC (Caso: Huilder Santos Bejar Tenorio).
- Exp. N° 801-2010-PHC-TC (Caso: Teófilo Mario Ochoa Vargas).

- **Francisco Celis Mendoza Ayma**

- Constitución.
- RN 3091-2013-Lima.
- RN 2868-2014-Lima.
- RN 757-2014-Lima.
- RN 40003-2011-Lima 08/08/12.
- RN 2071-2011-Lima. De fecha 06/12/12.

- **Octavio César Sahuanay Calsín**

- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; BLANCO CORDERO, Isidoro; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. SANTANDER ABRIL, Gilmar, ZARAGOZA AGUADO, Javier. Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Washington. OEA Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT) 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores.* Tr. Albino Santos Mosquera. Buenos Aires. Paidós. 2014.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal.* Lima. Jurista. 2013.

Ir al índice

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos.* Lima. Idemsa. 2013.
- GAFILAT (2018) – Informe de Evaluación Mutua de Cuarta Ronda del Perú.
- Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249.
- Recurso de Nulidad 1912/Piura.
- Recurso de Nulidad N° 1248-2018/LA LIBERTAD emitido por la Sala Penal Permanente el doce de marzo de 2019.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004.* Lima. Jurista. 2012.
- FERRAJOLI, Luigui. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal.* Tr. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid. Trotta. 2018.
- ITURRALDE, Victoria. *Lógica, decisión judicial y racionalidad* En BONORINO, Pablo Raúl (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea.* Lima. Ara Editores 2010.
- SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal.* Madrid. Marcial Pons. 2012.
- VÁSQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba judicial.* Madrid. Marcial Pons. 2015.
- NIEVA FENOLI, Jordi. Op. Cit. p 207
- FERRER BELTRÁN, Jordi. (2007) *La valoración racional de la prueba.* Madrid. Marcial Pons.
- NIEVA FENOLI, Jordi. OP. Cit. p. 175.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo.* Lima. Instituto Pacífico. 2017.
- SFERLAZZA, Octavio. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada.* México D.F. Fontamara. 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.* 2da. Ed. Madrid. Marcial Pons. 2004.
- FERRAJOLI, Luigui. Op. Cit. p. 144.
- *Ibidem. p.*143
- ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales.* Madrid. Marcial Pons. 2011.
- NIEVA FENOLI, Jordi. *Op. Cit. p.* 206.
- SAN MARTIN CASTRO, César. *Delito & Proceso Penal. Nueva perspectiva a cinco instituciones penales.* Lima. Jurista Editores.

Enlace electrónico:

- https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ed12a5004cd1f8efbf9dffe93f7fa794/EXP.+322-2014-16+SENTENCIA+DE+VISTA+-+CASO+VI%C3%91AS+DIOSES+y+otros.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ed12a5004cd1f8efbf9dffe93f7fa794

Ir al índice

- **Héctor Fidel Rojas Rodríguez**

- SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 5° edición. Lima, Grijley, 2019.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. 2° edición, Lima, Palestra, 2003.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública. Lima, Jurista Editores, 2014.
- Casación 841-2015 AYACUCHO.
- Recurso de Nulidad N° 351-2015 Santa.
- Casación 231-2017 Puno.
- ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 4° edición. Lima, Grijley, 2007.
- MONTOYA VIVANCO, Yuán (et.al.). Manual sobre delitos contra la Administración pública. Lima, IDEHPUCP, 2015.

Enlace electrónico:

- GUIMARAY MORI, Erick. Apuntes de tipicidad en torno al delito de negociación incompatible. En: Boletín Informativo Mensual del IDEHPUCP, N° 39, Julio, 2014 (Disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/APUNTES-DETIPICIDAD.pdf).

- **Giammpol Taboada Pilco**

- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Lima, Grijley. Abril de 2017.

- **Luis Alberto Tisnado Solís**

- BACIGALUPO, E. (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General. Bogotá: Temis.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (1987-1988). Estudios penales. (T. XII). Ciudad y editorial.
- CARO JOHN, J. (2010). Normativismo e imputación jurídico penal, Lima: Ara.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2002). Imputación objetiva en Derecho Penal. Lima: Grijley.
- JAKOBS, G. (1998). La imputación objetiva en Derecho Penal. Cancio Meliá, M. (trad.). Lima: Grijley.
- JAKOBS, G. (1997). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre acción y omisión. Peñaranda Ramos (trad.). En: Estudios de Derecho Penal. Peñaranda Ramos, Cancio Meliá, M; Suárez Gonzáles. (trad.). Madrid: Civitas.
- LESCH, H. (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (trad.). Bogotá: Universidad Externado Colombia.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (1992). La imputación objetiva del resultado. Madrid: Edersa

Ir al índice

e Instituto de Criminología de Universidad Complutense de Madrid.
- MARAVER GÓMEZ, M. (2009). El principio de confianza en Derecho Penal. Pamplona: Civitas.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E. y HUERTA TOCILDO, S. (1986). Derecho Penal. Parte general. (2ª ed.). Madrid:
- ROBLES PLANAS, R. (2003). La participación en el delito. Fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons.
- ROBLES PLANAS, R. (2007). Garantes y cómplices. Barcelona: Atelier.
- ROBLES PLANAS, R. (2018). Principios de imputación en la Empresa en Delito y Empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial. Barcelona: Atelier.
- SILVA SÁNCHEZ, J. y SUÁREZ GONZÁLES, C. (2001). La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública. Lima: Grijley.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (2016). Fundamentos del Derecho Penal de la empresa. Buenos Aires-Montevideo: B de F.
- TISNADO SOLIS, L. (2018). Responsabilidad penal del abogado en los delitos de organización criminal. Lima: Grijley.

- **Jaime Francisco Coaguila Valdivia**

- RIVERA ARDILLA, Ricardo. *La Extinción de Dominio. Un análisis al Código de Extinción de Dominio.* Bogotá D.C., Editorial LEYER: 2017.
- SALAZAR LANDÍNEZ, Sara. Manual de Extinción de Dominio. Guatemala: Editorial Serviprensa, 2018.

- **Frank Carlos Valle Odar**

- IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. *La etapa intermedia.* Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de derecho procesal penal.* Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio.* Lima: Ara, 2010.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *La etapa intermedia y resoluciones judiciales.* Lima: Grijley, 2014.

- **Dalmiro Huachaca Sánchez**

- Código Procesal Penal, D.L. 957 (2004)
- BINDER, Alberto. Elogio de la audiencia oral y otros ensayos. Coordinación editorial. Poder Judicial del Estado de Nuevo León. 2014.
- CAFFERATA NORES, José. Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino. Editores del Puerto. 2da edición actualizada por Santiago Martínez.

Ir al índice

Enlaces electrónicos:

- VÁSQUEZ ACEVEDO, Enrique. La víctima y la reparación del daño. Revista de derechos humanos -dfensor.
  Disponible En: (consultado:12/03/2020) <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26927.pdf

- GALICIA CAMPOS, Francisco. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos y las Victimas en el Proceso Penal Acusatorio. En: Las Víctimas en el Sistema Penal Acusatorio. (Coordinadores: Carlos F. Nataren Nandayapa. Patricia Gonzales Rodriguez. Jorge Witker Velásquez) USAID -UNAM.
  Disponible En: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/20.pdf

- PASARÁ, Luis. Las Víctimas en el Proceso Penal Reformado. En: Las Víctimas en el Sistema Penal Acusatorio. (Coordinadores: Carlos F. Nataren Nandayapa. Patricia Gonzales Rodriguez. Jorge Witker Velásquez) USAID -UNAM.
  Disponible En: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4258/20.pdf.

- **Julio César Tapia Cárdenas**

- STC Exp. N° 05601-2006-PA/TC.
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Lima: Editorial Ideas, 2019.
- Decreto Legislativo Nº 957, del 29 de julio del 2004.
- Decreto Legislativo Nº 638, del 27 de abril de 1991.
- Acuerdo Plenario N° 04-2019/CJ-116.
- Casación Nº 208-2018 AMAZONAS, del 13 de junio del 2019.
- Tribunal Constitucional en la sentencia 01979-2010-PA/TC, de fecha 15 de noviembre del 2010.
- ROQUE VENTURA, Wilfredo, La reparación civil en el delito de organización criminal, Lima, Editores del Centro, 2019.
- Nuevo Código Procesal Penal.
- Constitución Política del Perú.
- Sentencia 01797-2010-PA/TC, del 15 de noviembre del 2010.

- **Marcial Eloy Paucar Chappa**

- STC N° 0008-2012-PI-TC, del 24 de enero de 2013.
- FERRAJOLI, Luigi, *"Derecho y razón – Teoría del garantismo penal"*, Trotta, Madrid, 1995.
- LARRAURI, Elena, "Control del delito y castigo en Estados Unidos", en *Revista Jueces para la Democracia*, Núm. 32, Madrid, Julio/1998.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *"Consecuencias Jurídicas del Delito – Giro punitivo y Nuevo Marco Legal"*, Idemsa, Lima, 2016.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *"Delitos y Penas – Una aproximación a la Parte Especial"*, Ideas, Lima, 2017.

Ir al índice

- PAUCAR CHAPPA, Marcial, *"Algunas consideraciones dogmáticas en torno al delito de acoso sexual"*, en Revista Actualidad Penal, N° 58, Lima, abril 2019.
- MEINI, Iuán, *"Imputación y responsabilidad penal – Ensayos de Derecho Penal"*, Ara, Lima, 2009.

- **Jesús Heradio Visa Ccalla**

- GHIRARDI Olsen A. El Razonamiento Judicial. Academia de la Magistratura, Lima: 1997.
- ALVARADO YANAC, Juan; Código Penal, Editora y Librería Jurídica Grijley, 20° edición, Lima abril 2019.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Lima: CENALES. 2015, p. 379.
- SAR SUAREZ, Omar; Constitución Política del Perú. Sumillada, concordada y anotada, Editorial Universidad de San Martín de Porres, Lima 2015.
- Sentencia en Casación N° 1382-2017 Tumbes.
- Sentencia en Casación N° 833-2018 Del Santa.
- Sentencia en Casación N° 60-2010 La Libertad.
- Sentencia en Casación N° 482-2016 Cusco.
- Sentencia en Casación N° 179-2018 Ica.
- Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial D.S. N° 017-93-JUS

- **Constante Carlos Avalos Rodríguez**

- Casación N° 1640-2019.Nacional (05 de febrero de 2020).
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. La prueba de indicios en el proceso judicial. Madrid: La Ley, 2020.
- Casación N° 626-2013.Moquegua.
- DE PAULA RAMOS, Víctor. La prueba testifical. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Casación N° 300-2018.Sullana.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Variaciones sobre la presunción de inocencia. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba, Madrid: Marcial Pons, 2010.
- TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- ABEL LLUCH, Xavier. Las reglas de la sana crítica. Madrid: La Ley, 2015.
- GONZALEZ LAGIER, Daniel. "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)". En Jueces para la Democracia 47, Madrid: Jueces para la Democracia, Julio – 2003.

- **Nayko Techy Coronado Salazar**

- Código Procesal Penal de Costa Rica.
- Código Procesal Penal de Honduras, cuerpo legal emitido el 30 de diciembre de 1999.
- Código Procesal Penal de El Salvador, cuerpo legal emitido el 1 de octubre de 2010.
- TARUFFO, Michele. *Teoría de la Prueba.* Lima, Ara Editores, 2015.

Ir al índice

- NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso Penal.* Madrid. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2017.

- **Silvia Noemí Huisa Alvarado**

- CAFFERATA NORES. José (1998). *La prueba en el proceso penal.* (3°ed.) Buenos Aires: De Palma. Citado en: *La eficacia probatoria de la prueba pericial y de la testimonial de la víctima en sentencias por delitos de violación sexual de menores de edad.* Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 115/Enero 2019.
- CASTILLO ALVA, José Luis. "El fummus comissi delicti y el estándar probatorio en la prisión provisional". En: Carmen Vásquez Rojas (coordinadora) Hechos y Razonamiento Probatorio. Zela, Lima, 2019.
- TAPIA VIVAS, Gianina. *Valoración Judicial de prueba en los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad.* Tesis para optar el título de Doctor. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. 2005.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Comentarios sistemáticos y desarrollo jurisprudencial al Código Penal Peruano.* Volumen I. Perú. Editores del Centro E.I.R.L., 1era edición, 2020.
- Acuerdo Plenario N° 4-2015-CIJ-116 de las Salas Penales y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 02 de octubre de 2015.
- Acuerdo Plenario N° 02-2015-CIJ-116 de las Salas Penales y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 30 de septiembre del 2005.
- Acuerdo Plenario N° 1-2011-CIJ-116.
- Sentencia Plenaria Casatoria N° 2-2018/CIJ-433.

- **William Enrique Arana Morales**

- MUÑOZ CONDE, Francisco. De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal Penal del enemigo. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo. La prueba penal, Lima: Edit. Instituto Pacífico, 2017.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Aranzadi, Navarra, 2003.
- CARPIO MARCOS, Edgar. "La interpretación de los derechos fundamentales". En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Constitucional. Tomo I, Porrúa, México D.F., 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación Constitucional. Tomo I, Porrúa, México D.F., 2005.
- MORENO CATENA, Víctor. "Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de los derechos fundamentales durante la investigación penal". En, GOMEZ COLOMER, Juan. Prueba y proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- PÉREZ MARIN, María. Inspecciones, registros e intervenciones corporales. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- VILLEGAS PAIVA, Elky. La regla de exclusión de la prueba ilícita: fundamentos, efectos y excepciones. En: HERRERA GUERRERO, Mercedes y VILLEGAS PAIVA, Elky. La prueba en el proceso penal, Pacífico, Lima, 2015.

Ir al índice

- **Marderlí Elízabeth Carrasco Rosas**

- PASTOR, Daniel. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal.* Buenos Aires, Editores del puerto, 2005.
- RAGUÉS i VALLÉS, Ramón. *La prescripción penal. Fundamento y aplicación.* Barcelona, Atelier, 2004.
- VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Shikara. La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva. Buenos Aires, B de F, 2013.
- SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *Comentarios de los Acuerdos Plenarios II. Derecho Procesal Penal.* Lima, Perú: Pacifico Editores S.A.C. 2017.
- ROXIN, Claux. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Tomo I, Madrid, España: Civitas.1997.
- MEINI, Iván. *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal.* Lima, Ara Editores, 2009.
- Casación 537-2017/Lambayeque.

Enlace Electrónico:

- <incipp.org.pe>. Por Eduardo Alcocer Povis. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal para delitos que afectan a la Administración Pública. pp 5-6.

- **Víctor Burgos Mariños**

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ejecutoria Suprema R.N. N° 1969-2016.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ejecutoria Suprema R.N. N° 975-04.
- ROJAS VARGAS Y OTROS. *Jurisprudencia Penal.* Tomo I, Lima: IDEMSA, 2002.
- Ejecutoria Suprema R. N. N° 2567-98.
- CHUNGA HIDALGO L. *La posición del "particular" en el delito de abuso de autoridad.* Ensayo. Chulucanas Piura – Perú.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Ejecutoria Suprema del 6/8/2003. R.N. N° 2240-2002- Arequipa.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal 1999-2000.*
- Exp. N° 1897-2000, de 12 de septiembre de 2000. Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Jurisprudencia Penal.* TOMO I. Lima: Editorial Grijley, 2002.
- R. N. N° 0779-2004- Piura, Sentencia del 26 de octubre de 2004 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.
- ROJASSI PELLA, Carmen. *Ejecutorias Supremas Penales 1993-1996.* Lima: Editorial Legria, 1997.
- Exp. N° 3436 - 96- Lambayeque, 14 de noviembre 1996.
- ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* Lima: Editorial Palestra Editores, 1997.

Ir al índice

- RAFECAS, Creus, ESTRELLA GODOY Lemos. Cámara Penal de Morón, Sala II, 98/10/91. Citado por DONNA en Derecho Penal Parte Especial, pág. 267. Extraído de PORTAL INSTITUCIONAL PENSAMIENTO PENAL. (s/f) CABRIEL BOMBINI y JAVIER DI IORIO.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC. Recaída en el EXP. N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, STC recaída en el EXP. N° 00008-2012-PI/TC, de fecha 12 de diciembre de 2012.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el EXP. N° 0012-2006-PI/TC – Lima, de fecha 15 de diciembre de 2006.
- Véase Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de junio de 2003.
- GONZÁLEZ-MONGUÍ, Pablo Elías. Delitos contra la libertad individual y otras garantías. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el EXP. N° 2663-2003-HC/TC, de fecha 23 de marzo de 2004.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Grijley. Cuarta edición. 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Vol. I, Trotta, Madrid, 1997.
- Corte IDH. (2006) *Caso Servellón García y Otros vs. Honduras.*
- Corte IDH. (2016) *Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.*
- Corte IDH. (2011) *Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones.*
- Corte IDH (2015) *Caso Galindo Cárdenas y otros Vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 02 de octubre de 2015. Serie C No. 301.
- Corte IDH. (2012) *Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.*
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General,* 5° Edición (2° reimpresión) Barcelona, 1998.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC recaída en el EXP. N° 045-2004-PI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2005) Las detenciones arbitrarias son incompatibles con el Estado de Derecho. Portal Institucional HCHR.
- CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México,* 1998.
- Naciones Unidas, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Considerandos 1 y 3.
- ROY FREYRE, Luis. *Derecho Penal Peruano. Parte especial.* Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1974.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal -Parte Especial. 6ta. Edición.* Volumen 1.Lima: Editorial IUSTITIA, 2015.

Ir al índice

Enlaces Electrónicos:

- <https://www.seguridadidl.org.pe/actores/municipalidades/servicio-de-serenazgo. *Consultado en Enero de 2019*>
- La DRAE es decir "castigo o sanción, generalmente leves.". Recuperado de <https://dle.rae.es/correctivo>
- <https://elderecho.com/el-delito-de-secuestro-del-articulo-164-del-codigo-penal-y-sus-diferencias-con-el-delito-de-detencion-ilegal-y-con-el-delito-de-coacciones-segun-la-jurisprudencia-del-tribunal-supremo>
- BOMBINI Gabriel y DI IORIO Javier (s/f) SEVERIDADES, APREMIOS y VEJACIONES. Asociación Pensamiento Penal. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37798.pdf#viewer.action=download>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. STC de 22 de diciembre de 1994. Portal Institucional del Gobierno de Santa Fe. Recuperado de: <https://santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/214312/1110705/file/APUNTES%20PRUEBA%20Y%20ESTUPEFACIENTES.pdf En el mismo sentido: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=272&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/voces.aspx?voces=REQUISA>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. TRIBUNAL ORAL CRIMINAL FEDERAL N° 02. Causa *"Surita Luis Alejandro S/inf. Art. 170 del C.P. "Rta. El 20-02-07".* Citado en el Portal Institucional del Ministerio Público Fiscal del Gobierno de Argentina. Capacitaciones acerca del Delito de Secuestro Extorsivo, pág. 02, párr. primero. Recuperado de: https://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/Secuestros/Capacitacion/Art_170_CP.pdf

- **Jorge Wayner Cháves Cotrina**

- GIMENO SENDRA, Vícente "derecho procesal penal", Navarra Civitas, Thomson Reuters, 2012.
- BARONA VILAR, Silvia: Prisión provisional y medidas alternativas, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.
- Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116.
- SALAS BETETA, Christian. "El Proceso penal común", GACETA Penal. Lima 2011.
- BURGOS ALFARO, David. "Prisión preventiva" en "Prisión preventiva- Aspectos problemáticos actuales" GRILEY- Lima- 2020.
- PASTOR SALAZAR, Luis. "La investigación del delito en el proceso penal" GRIJLEY 4ª Ed. Lima- 2018.

- **Juan Humberto Sánchez Córdova**

- BECCARIA, en su obra de los delitos y las penas.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "El juez de garantía vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales.* N.° 17, Idemsa, Lima, 2005.

Ir al índice

- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos.* Tomo I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- DEI VECCHI, Diego. "Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, N.° 2, 2013.
- PASTOR, Daniel. "La prisión preventiva. problemas actuales y soluciones". En: *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales.* Juristas editores, Lima, 2007.
- PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso. "Los diversos estándares de la prisión preventiva a la luz del nuevo Acuerdo Plenario: entre su efectividad y su legitimidad". En: *Prisión preventiva y detención preliminar. Un estado de la cuestión.* Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de las medidas cautelares penales.* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal,* Lima: Ara editores, 2008.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva y medidas alternativas.* Instituto Pacífico, Lima, 2016.

Enlace Electrónico:

- FERRER BELTRÁN Jordi. (2010). "Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia".
Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393/234>.

Ir al índice

ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS CASATORIAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL - TOMO II

Este es un esfuerzo conjunto con veintidós renombrados especialistas nacionales que, de manera desinteresada y con el propósito de compartir el conocimiento jurisprudencial a nivel nacional, han efectuado diversos comentarios, optando por desarrollar con mayor amplitud el análisis de tales sentencias a fin de poner en agenda el debate sobre contenidos penales o procesales de compleja interpretación.

Secretaría Técnica de la Comisión Especial de implementación del Código Procesal Penal

Scipión Llona N° 350 Miraflores, Lima 18 Perú

https://www.minjus.gob.pe/reforma-procesal-penal-documentos/
511-204-8020 / 511-204-8076 Anexo: 1268 / 1397

El Perú Primero

Poder Judicial del Perú

Ministerio Público Fiscalía de la Nación

Perú Ministerio del Interior

Perú Ministerio de Justicia y Derechos Humanos