



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 22-2010 (AUTO)
CUSCO

SENTENCIA CASATORIA

Lima, veintitrés de septiembre de dos mil diez .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional interpuesto por la defensa del encausado ISAAC GARGANTILLA SÁNCHEZ contra el auto de vista oral de fojas cuarenta y tres - cuaderno de apelación-, del cuatro de marzo de dos mil diez, que confirmando el auto de primera instancia de fojas veintiséis, del veintiocho de enero del año en curso, desaprobó el acuerdo de terminación anticipada celebrado entre la Fiscalía y el imputado, derivado del proceso seguido en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296° del Código Penal) en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

ANTECEDENTES

PRIMERO: Que el Fiscal Provincial Antidrogas del Cusco mediante requerimiento de fojas dos, del catorce de enero de dos mil diez, instó la terminación anticipada del procedimiento penal ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco, en la investigación seguida contra Isaac Gargantilla Sánchez por delito contra la Salud Pública - tráfico ilícito de drogas -artículo 296° del Código Penal-.

A estos efectos, acompañó el acuerdo previo con el imputado y su defensa. Según ese acuerdo, la pena base sería de ocho años de pena privativa de libertad, doscientos dieciséis días multa y dos años de inhabilitación; y, con los beneficios legales, correspondería al imputado, seis años y ocho meses de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa y dos años de inhabilitación. La reparación civil acordada alcanzaría a la suma de siete mil nuevos soles a favor del Estado.

SEGUNDO: Que el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, previo trámite de audiencia, por resolución de fojas veintiséis, del veintiocho de enero de dos mil diez, desaprobó el acuerdo de terminación anticipada, atento a la ausencia de proporcionalidad y razonabilidad de la pena objeto de acuerdo. Esa decisión fue recurrida en apelación por el Fiscal Provincial y el imputado.

TERCERO: Que la Sala de Apelaciones, cumplido el procedimiento de apelación correspondiente, por auto de vista oral de fojas noventa y uno, del cuatro de marzo de dos mil diez, en orden a la posición contraria al acuerdo y a la pretensión impugnativa del Fiscal Provincial asumida por el Fiscal Adjunto Superior en la audiencia de apelación, confirmó el referido auto de primera instancia que desaprobó el acuerdo de



terminación anticipada. Contra esta resolución se interpuso y concedió recurso de casación.

CUARTO: Que declarado admisible el recurso de casación constitucional, por inobservancia de la garantía procesal constitucional de tutela jurisdiccional, y cumplido el trámite previsto por el apartado uno del artículo 431° del nuevo Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos y según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431°, apartado cuatro, con el artículo 425°, apartado cuatro, del Código acotado, el día lunes cuatro de octubre a las ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que según se advierte del recurso de casación de fojas ciento dos el Tribunal Superior -tal como postula el impugnante- no tomó en cuenta que el recurso de apelación fue planteado no sólo por el Ministerio Público, sino también por el imputado y su defensa. Anotó que si bien el Fiscal Superior expresó su disconformidad con el planteamiento del Fiscal Superior y cuestionó el acuerdo de terminación anticipada, básicamente respecto de la pena acordada, el mencionado acuerdo de terminación anticipada asumió correctamente la existencia de una pluralidad de circunstancias atenuantes conforme a los artículos 45° y 46° del Código Penal que permite rebajar la pena hasta el mínimo legal; además, se respetó los lineamientos establecidos por el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, del trece de noviembre de dos mil nueve. Por último, cuestionó el acuerdo suscrito entre Jueces y Fiscales del diecinueve de octubre de dos mil nueve, por entender que no es compatible con el principio de legalidad penal.

SEGUNDO: Que el auto de vista oral, transcrito a fojas cuarenta y tres, del cuatro de marzo de dos mil diez -cuaderno de apelación-, en función a la posición adoptada en la audiencia de apelación por el señor Fiscal Adjunto Superior -que cuestionó el acuerdo y los fundamentos del recurso de apelación del señor Fiscal Provincial, así como señaló que según el Acuerdo antes aludido el punto de partida para determinar la pena concreta será el punto intermedio de la pena conminada para el correspondiente tipo legal-, estimó que existía un allanamiento expreso con la resolución recurrida y un desistimiento de la apelación formulada, por lo que concluyó que, ante la pretensión fiscal de confirmación del auto apelado, no cabía otra opción que proceder de esa forma. Añadió que “... resulta obvio que no es necesario referirnos a los fundamentos expuestos por la señorita Defensora de Oficio Gloria Diana Escalante Aedo, abogada patrocinante del imputado Isaac Gargantilla Sánchez, a causa de la posición asumida por el señor Fiscal en esta instancia”.



TERCERO: Que si bien es cierto, por la especial configuración orgánica del Ministerio Público y los principios institucionales y de actuación que lo informan, específicamente el principio de unidad en la función, el Fiscal Superior en grado no está sujeto a la posición procesal asumida por el Fiscal inferior -ésta no le es vinculante- y, por tanto, puede adoptar un planteamiento jurídico distinto -el aludido principio de unidad en la función compromete, en todo caso, a los Fiscales del mismo oficio, mas no al Superior en grado (la Fiscalía Superior)-, es de precisar que el desistimiento siempre es expreso y está sujeto a un trámite específico, conforme establece el artículo 341° y siguientes del Código Procesal Civil. En consecuencia, no es posible sostener que el Fiscal Superior se desistió del recurso de apelación. Al no hacerlo -el desistimiento no se presume- el Tribunal debía pronunciarse sobre el mérito del recurso de apelación del Fiscal Provincial, quien introdujo la pretensión impugnativa y a la cual debió responder razonada y razonablemente.

Es de precisar, según se advierte del audio que contiene la audiencia de apelación del cuatro de marzo del año en curso, que el Fiscal Superior se limitó a sostener que está de acuerdo con la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria que desestimó el acuerdo provisional de terminación anticipada; que su actuación, aunque difiere del Fiscal de Investigación que apeló el auto desestimatorio, se ampara en los artículos cinco de la Ley Orgánica del Ministerio Público y sesenta y uno del Código Procesal Penal; y que, en tal virtud, se aparta de la apelación del Fiscal de Investigación, y de hacer lo contrario -seguir sosteniendo la apelación- no sería coherente con su postura frente a otros casos similares.

Por tanto, el indicado Fiscal no se desistió expresamente del recurso de apelación, ni tampoco siguió el procedimiento preestablecido del recurso de desistimiento. Tampoco lo hizo respecto del propio acuerdo suscrito por el Fiscal Provincial.

CUARTO: Que cabe puntualizar que la pretensión impugnativa la introduce el Fiscal recurrente y es ésta la que delimita los principios de congruencia y de exhaustividad del Tribunal de Apelación. El Fiscal Superior en grado sólo puede alterar este ámbito de la pretensión impugnativa en la medida en que se desista del recurso, total o parcialmente -y lo puede hacer porque institucionalmente rige en el Ministerio Público el principio de jerarquía y desde la perspectiva de su actuación impera el principio de objetividad o legalidad-. Siendo así, no es razón suficiente aludir a la posición del Fiscal Superior hecha valer en la audiencia de apelación para, inmotivadamente, confirmar el auto recurrido.

QUINTO: Que, por otro lado, aún cuando la Fiscalía Superior instó la confirmación del auto recurrido, subsistía el recurso defensivo y, por tanto, debió respondersele cumplidamente. El hecho de que el proceso de terminación anticipada se sustenta en el principio del consenso procesal en modo alguno trae consigo que si la Fiscalía Superior que conoce de la Alzada expresa su disconformidad con la posición adoptada por la Fiscalía Provincial -como sucedió en el presente caso-automáticamente decae el acuerdo suscrito entre el Fiscal Provincial con el acusado y su defensa. Es en la primera instancia donde se define el marco de actuación del proceso, y además son las partes las



que, con motivo del recurso de apelación que interponen, delimitan la competencia funcional del *Index Ad Quem*; el objeto del recurso no puede ser alterado o limitado en segunda instancia, salvo los casos de desistimiento legalmente previstos. El consenso expresado en el Acuerdo suscrito entre el Fiscal Provincial con el acusado y su defensa no se elimina por la posición discrepante de la Fiscalía Superior, la cual sólo puede solicitar la confirmatoria del auto recurrido y, en su caso, desistirse de la apelación del Fiscal Provincial.

Cabe precisar, de otro lado, que el desistimiento de un acto procesal concreto, en todo caso, debe someterse a los requisitos, condiciones, posibilidades de ejercicio y procedimiento establecido en el ordenamiento procesal.

SEXTO: Que, siendo así, se vulneró la garantía constitucional de tutela jurisdiccional. La resolución de vista no está fundada en derecho, no es congruente ni cumplió con el principio de exhaustividad. No respondió todos los motivos del recurso de apelación ni absolvió las pretensiones impugnativas hechas valer por la Fiscalía Provincial con el imputado y su defensa. Ante una ausencia de motivación y la vulneración de la garantía de tutela jurisdiccional no cabe otra opción que anular la resolución de vista y disponer que el Tribunal Superior emita una decisión sobre el fondo del asunto. Es de aplicación el artículo 150º, literal d), del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de tutela jurisdiccional interpuesto por la defensa del encausado ISAAC GARGANTILLA SÁNCHEZ contra el auto de vista oral de fojas cuarenta y tres, del cuatro de marzo de dos mil diez -cuaderno de apelación-, que confirmando el auto de primera instancia de fojas veintiséis, del veintiocho de enero del año en curso, desaprobó el acuerdo de terminación anticipada celebrado entre la Fiscalía y el imputado, derivado del proceso seguido en su contra por delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296º del Código Penal) en agravio del Estado. En consecuencia: **NULO** el auto de vista oral de fojas cuarenta y tres, del cuatro de marzo de dos mil diez; **DISPUSIERON** que la Sala Penal Superior expida nueva resolución absolviendo el grado con expresa mención de los agravios de las partes recurrentes.

II. **ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique como corresponde. Hágase saber.

III. **MANDARON** que cumplidos los trámites pertinentes, se devuelvan los autos al Tribunal de origen.-

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO

PRADO SالدARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CÁSTILLO



