



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1523-2016
AYACUCHO

Sentencia vinculante del concurso real retrospectivo

Sumilla. 1) El concurso real retrospectivo es una institución de derecho penal material; y, como tal, rige el principio de *tempus comissi delicti*: la norma aplicable es la de la fecha de comisión del delito. El procedimiento para hacer viable las consecuencias jurídicas del concurso real retrospectivo, son sin duda de carácter procesal y, por ende, rige el principio de *tempus regit actum*, entendiéndose este último como la fecha de la actuación procesal. 2) La concepción originaria del Código Penal de mil novecientos noventa y uno cambió radicalmente con la Ley del trece de mayo de dos mil seis, pues en los supuestos de concurso real, incluido el retrospectivo, se asumió, el modelo de acumulación de las penas con un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años. 3) Queda claro que si, por diversos factores, no se siguió esa consecuencia jurídica penal en el subsiguiente proceso, con el resultado anómalo de dos penas independientes entre sí, es del caso seguir el procedimiento incidental de ejecución de acumulación o unificación de penas, que a efectos procesales instauró la Ley ya derogada y que, luego, el Código Procesal Penal la asumió como un incidente de ejecución específico, que con las últimas reformas del aludido concurso, ya no tiene razón de ser la refundición de penas, sino su acumulación o unificación.

Lima, veinte de febrero de dos mil diecisiete.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la encausada YOLANDA VILLALVA GAMBOA contra el auto superior de fojas sesenta, de quince de abril de dos mil dieciséis, que declaró improcedente la solicitud de refundición de penas; en el proceso penal que se le siguió por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Que la encausada Villalva Gamboa en su recurso formalizado de fojas sesenta y seis, de cinco de mayo de dos mil dieciséis, insta la reforma del auto impugnado y pide se acepte la refundición de penas que solicitó al Tribunal Superior. Alega que si bien se derogó la Ley número 10124, ello no significa que la institución jurídica de la refundición de penas se dejó sin efecto, pues se encuentran vigentes los artículos 28 apartado 4 y 491 apartado 5 del Código Procesal Penal y artículos 292 literal b) del Código de



Procedimientos Penales que hacen mención a la refundición de penas; que la sumatoria de penas entró en vigor por la Ley número 28730, de trece de mayo de dos mil seis, y la derogación de la Ley número 10214 se produjo por la Ley número 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece.

SEGUNDO. Que el auto superior recurrido consideró que rige la ley procesal aplicable al momento de la actuación procesal, esto es, cuando se solicitó la refundición de penas. En el presente caso, la solicitud en referencia se presentó el nueve de noviembre de dos mil quince, fecha en que ya se encontraba vigente la Ley número 30076 que derogó la Ley número 10124.

TERCERO. Que aparece de autos que la encausada fue sancionada, independientemente, por dos delitos de tráfico ilícito de drogas, cometidos: el primero, el nueve de febrero de dos mil diez y el segundo, el cinco de julio de dos mil doce. Por el primer delito se le condenó en primera instancia el tres de mayo de dos mil trece, sentencia ratificada por la Corte Suprema el diecisiete de junio de dos mil catorce, a la pena privativa de libertad de ocho años. Por el segundo delito se le condenó en primera instancia –sentencia no impugnada– el veintiuno de enero de dos mil catorce, a la pena de seis años de privación de libertad [sentencias de fojas veinte y treinta y tres; y, sentencia de fojas seis].

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

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

QUINTO. Que se ha entendido, aunque sin base normativa, que en caso de concurso real retrospectivo refundir importa incluir o comprender una pena en otra –la menor en la pena mayor o más grave– impuesta en distinto proceso –puras consecuencias de derecho penal material–, (confusión o falta de armonía que se debe, como esclareció Hurtado Pozo, porque las normas procesales tienen fuentes legales distintas a las materiales –francesa la primera y holandesa la segunda–), cuando históricamente el concurso real asumió, en



estos casos, la concepción de una nueva penalidad desde la perspectiva del delito más grave, al que debe tenerse presente para su incremento punitivo los hechos de la otra sentencia (véase: artículo 108 del Código Penal de mil novecientos veinticuatro y originarios artículos 50 y 51 del Código Penal vigente). Para la fijación de la pena no se siguió el modelo de absorción puro, luego, no puede hablarse de Refundición, sino el de asperación: pena global aumentando la pena individual que correspondía al imputado por el delito más grave [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, dos mil seis, página setecientos siete]. Ese modelo es el mismo para el concurso real retrospectivo [HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal Parte General, II*, página doscientos diecisiete].

En el presente caso, la concepción originaria del Código Penal de mil novecientos noventa y uno cambió radicalmente con la Ley número 28730, de trece de mayo de dos mil seis, pues desde el día siguiente de esa fecha en los supuestos de concurso real, incluido el retrospectivo, se suman las penas concretas que corresponden a los delitos cometidos, hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, que no puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Se asumió, en tal virtud, el modelo de acumulación de las penas con un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Parte General*, dos mil doce, página setecientos ochenta y siete]. Así se determinó en el Acuerdo Plenario número 4-2009/CJ-116, de trece de noviembre de dos mil nueve, párrafo noveno.

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

SÉPTIMO. Que en el presente caso los dos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos por la encausada Villalva Gamboa se cometieron con posterioridad a la modificación normativa del concurso real; luego, la solución al problema



de las dos condenas no pasa por la refundición en los términos planteados por la citada encausada –ni siquiera estaba amparada por las reglas de los originarios artículos 50 y 51 del Código Penal–, sino por la adición o sumatoria de las penas materia de las dos condenas que se le impusieron. Esa es la solución jurídicamente adecuada, a la que el Tribunal debe instar disponiendo la incoación del incidente de ejecución correspondiente. Que debe tramitarse con arreglo a los principios de contradicción y concentración, previo traslado al Ministerio Público y, luego, a la encausada.

OCTAVO. Que, es indiferente a tal planteamiento, el hecho de que recién con fecha veinte de agosto de dos mil trece, mediante la Ley número 30076, se derogó expresamente la Ley número 10124, pues la solución jurídica al concurso real retrospectivo, en todo caso, era la que contempló el artículo 51 del actual Código Penal con sus sucesivas modificaciones, que hacía referencia a una concreta solución específica al concurso de delitos.

El problema procesal –de unificación o acumulación de penas– solo se refiere al trámite que corresponde seguir para solucionar el concurso real retrospectivo si el juez de la segunda o tercera sentencia no aplicó, en su caso, la adición de penas al dictar ésta.

El recurso defensivo debe desestimarse y así se declara.

NOVENO. Que dada la especial trascendencia de este caso que resuelve un tema jurídico que continuamente se presenta en nuestros Tribunales, y vista la doctrina que desarrolla, es pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, para afirmar su efecto de precedente vinculante.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con las conclusiones del dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas sesenta, de quince de abril de dos mil dieciséis, que declaró improcedente la solicitud de refundición de penas; solicitada por la sentenciada YOLANDA VILLALVA GAMBOA, en el proceso penal que se le siguió por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado. **II. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley, sin perjuicio de proceder conforme a la última parte del fundamento jurídico séptimo. **III. ESTABLECIERON** que los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto de esta Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **IV. ORDENARON** se publique esta Ejecutoria Suprema en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página Web del Poder Judicial. **V. HÁGASE** saber a las



27



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1523-2016/AYACUCHO

partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene la señora jueza suprema Luz Sánchez Espinoza por vacaciones del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
SÁNCHEZ ESPINOZA

CSMC/egot.

San Martín
[Handwritten signatures]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Signature]
Diny Yuriana Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Primera Sala Penal Transitorio
CORTE SUPREMA

03 FEB 2017