



DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

# El Peruano

FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825 POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

MARTES 20  
de febrero de 2024

AÑO DEL BICENTENARIO, DE LA CONSOLIDACIÓN DE NUESTRA INDEPENDENCIA, Y DE LA CONMEMORACIÓN DE LAS HEROICAS BATALLAS DE JUNÍN Y AYACUCHO



PODER JUDICIAL

Corte Suprema de Justicia  
de la República

**XII Pleno Jurisdiccional  
de las Salas Penales  
Permanente, Transitoria  
y Especial**

**JURISPRUDENCIA**

**SEPARATA ESPECIAL**

## NOTA ACLARATORIA

Los jueces y juezas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el marco de la publicación de los Acuerdos Plenarios del XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal en el Diario Oficial El Peruano, precisan a la comunidad jurídica y judicial y, público en general, los siguientes acuerdos:

1. Respecto al Acuerdo Plenario N° 01-2023/CIJ-112 sobre “Determinación judicial de la penal. Problemas contemporáneos y alternativas inmediatas”, dejar sin efecto el fundamento 50 y 51. Comunicado de fecha 22 de diciembre de 2023, para mayor información ingresar al siguiente enlace: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s\\_corte\\_suprema\\_utilitarios/as\\_home/as\\_cij/as\\_plenos\\_jurisdiccionales/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_2023/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_supremos/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2023/as_plenos_jurisdiccionales_supremos/) o escribir al correo electrónico [plenosycapacitacioncij@pj.gob.pe](mailto:plenosycapacitacioncij@pj.gob.pe)
2. Respecto al tema 6 “La prisión preventiva y problemas concursales entre el inciso 6 del artículo 122 B y el artículo 368 del Código Penal”, será analizado y debatido en un próximo pleno jurisdiccional. Comunicado de fecha 08 de febrero de 2024, para mayor información ingresar al siguiente enlace: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s\\_corte\\_suprema\\_utilitarios/as\\_home/as\\_cij/as\\_plenos\\_jurisdiccionales/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_2023/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_supremos/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2023/as_plenos_jurisdiccionales_supremos/) o escribir al correo electrónico [plenosycapacitacioncij@pj.gob.pe](mailto:plenosycapacitacioncij@pj.gob.pe)
3. Respecto al tema 8 “Recurso del actor civil contra el sobreseimiento y absoluciones. Alcances”, será analizado y debatido en un próximo pleno jurisdiccional. Comunicado de fecha 20 de noviembre de 2023, para mayor información ingresar al siguiente enlace: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s\\_corte\\_suprema\\_utilitarios/as\\_home/as\\_cij/as\\_plenos\\_jurisdiccionales/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_2023/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_supremos/](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2023/as_plenos_jurisdiccionales_supremos/) o escribir al correo electrónico [plenosycapacitacioncij@pj.gob.pe](mailto:plenosycapacitacioncij@pj.gob.pe)

CÉSAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO  
Magistrado Coordinador  
XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal  
Corte Suprema de Justicia de la República

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

## ACUERDO PLENARIO N.º 01-2023/CIJ-112

**BASE LEGAL:** Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31591, de 26-10-2022.

**ASUNTO:** Determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

## ACUERDO PLENARIO

## I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 293-2023-P-PJ, de veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, realizaron el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil veintitrés, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del enlace de la página web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–, modificada por la Ley 31591, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós, para dictar acuerdos plenarios que definan la uniformización de la jurisprudencia penal.

2º. El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica, la instalación del Pleno Jurisdiccional –que se realizó con la Primera Sesión del Pleno de veintidós de junio de dos mil veintitrés– y la selección de los temas del foro para que se propongan los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial a fin de garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección de temas alcanzados por la comunidad jurídica, la designación de jueces supremos ponentes y la designación de la fecha de presentación de ponencias respecto de las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas. Esta fase culminó con la II Sesión del Pleno Jurisdiccional de seis de julio último.

3º. El doce de julio último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate. Se trata de los siguientes: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales. **B.** Delitos ambientales: exigencia y vigencia del informe técnico de la autoridad administrativa, diferencias entre infracción administrativa y delito de contaminación ambiental, y momento de consumación del delito ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria. **D.** Delito de trata de personas: aspectos de determinación típica y problemas

normativos. E. Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley 31751. F. Prisión preventiva y problemas concursales entre el artículo 122-B, inciso 6, del Código Penal y el artículo 122-B del mismo código. G. El motivo de sobreseimiento del artículo 344, apartado 2, literal d), del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas. H. Estándar de elementos de convicción y sobreseimiento. El recurso del actor civil contra el sobreseimiento y la absolución. Alcances.

∞ El once de septiembre del presente año, se seleccionaron a los juristas y las instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4º. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, un informe escrito en relación a la "determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales", Branko Slavko Yvanovich Vásquez, abogado y profesor universitario; Ciro Cancho Espinal, abogado y profesor universitario; Dennier Villanueva Domínguez, abogado; Jearsineo Ray Yarlequé, abogado y profesor universitario; Jorge Rodrigo Tapia Bedregal, Luis Alejandro Yshií Meza abogado y profesor universitario.

5º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el jueves veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés. Hicieron uso de la palabra el abogado Ciro Cancho Espinal, abogado Dennier Villanueva Domínguez, y abogado y profesor universitario Luis Alejandro Yshií Meza.

6º. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y 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 el acuerdo plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República para pronunciar resoluciones vinculantes a través de reglas interpretativas con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7º. Han sido ponentes los señores PRADO SALDARRIAGA y LUJÁN TÚPEZ.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. TEMAS PROBLEMÁTICOS MATERIA DE ANÁLISIS

8º. El presente Acuerdo Plenario tiene el cometido de brindar pautas hermenéuticas claras y de utilidad práctica en relación a la aplicación judicial de penas en casos donde el marco legal nacional ha devenido en incoherente e insuficiente por la sobreposición e incompatibilidad operativa de distintos modelos y reglas de determinación de la pena. Los cuales se han incorporado en el Código penal de 1991 y en leyes afines a él mediante modificaciones legales parciales, siendo las de mayor trascendencia las introducidas por la Ley 30076, de 28 de agosto de 2013<sup>1</sup>. Es así que en la última década se han evidenciado prácticas distintas y distorsionadas en el procedimiento judicial de determinar, decidir e imponer penas en los casos penales a cargo de la judicatura nacional, lo cual ha sido advertido por la doctrina especializada y fue también observado durante la audiencia pública del XII Pleno Jurisdiccional<sup>2</sup>. Por consiguiente, corresponde, pues, a este Acuerdo Plenario, superar los problemas detectados en base a los criterios que se desarrollaran a continuación sobre los siguientes aspectos: a) Necesidad de esquemas operativos diferentes para la aplicación de la pena; b) Aplicación de la pena cuando concurren simultáneamente en el caso penal circunstancias, causales de disminución o aumento de punibilidad y reglas de reducción por bonificación procesal; c) Aplicación de la pena en casos de tentativa de delito con circunstancias agravantes específicas; d) Aplicación de una pena privativa temporal en delitos sancionados

con pena privativa de libertad de cadena perpetua cuando concurren circunstancias atenuantes, causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal; e) Aplicación excepcional de reglas de reducción por bonificación procesal de origen suprallegal. Ahora bien, tales criterios se han construido a partir de las reglas y principios que sobre la materia de análisis se regulan en el Título Preliminar, en los artículos 13, 14 15,16, 21,22,25, 45, 45-A, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D, 47, 48, y 49, 50 y 51 de la Parte General del Código Penal; así como en los artículos que se irán precisando a lo largo del Acuerdo Plenario correspondientes a la Parte Especial del Código Penal o del Código Procesal Penal y de Leyes penales y procesales afines.

### § 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

9º. Se han sucedido diferentes perspectivas filosóficas y jurídicas sobre la dosimetría penológica, algunas afinadas en tópicos o tónica de jurisprudencia de conceptos<sup>3</sup>, otras en taxonomía penológica, en dogmática punitiva de prevención general y especial, hasta en la aplicación privilegiada de los principios de proporcionalidad, prohibición de doble valoración o principio de inherencia, humanidad, resocialización del reo, etc. Dependiendo de cuál de estas opciones teóricas que se adopten surgirá la denominación que se estime más idónea e ideográfica para designar a esta materia, así como para precisar su comprensión y extensión. La jurisprudencia producida por la Corte Suprema de Justicia en este dominio ha preferido utilizar las denominaciones tradicionales de determinación judicial de la pena o de aplicación de penas<sup>4</sup>. Lo cual se aprecia en los Acuerdos Plenarios 01-2008/CJ-116, de tres de noviembre de dos mil ocho, 04-2009/CJ-116, de ocho de enero de dos mil diez, 08-2009/CJ-116, de ocho de enero de dos mil diez, 02-2010/CJ-116, de treinta de diciembre de dos mil diez, y en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2018/CIJ-433, aprobado en el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de las Salas Supremas Penales Permanente, Transitoria y Especial de veinte de diciembre de dos mil dieciocho. Además, también se ratifican en el presente Acuerdo Plenario.

10º. Cabe destacar que la función esencial de todo Acuerdo Plenario es desarrollar doctrina jurisprudencial vinculante para superar o dar solución a problemas prácticos que afecten la coherencia, consistencia y predictibilidad de las decisiones judiciales que aplican la legislación penal nacional. No es, pues, ni puede ser su finalidad técnica la de discutir o asumir discursos o teoremas dogmáticos. Los cuales, como reconoce actualmente la propia dogmática penal parece ser una "misión imposible"<sup>5</sup>. En consecuencia, el punto de partida de estas reflexiones y alternativas jurisprudenciales es la utilidad práctica que corresponde a los procedimientos judiciales de determinación de la pena. Esto es, que la pena que se imponga a un condenado sea cierta, legal y justa. Para lo cual surge como necesidad operativa poder contar con instrumentos y reglas comunes a la vez que uniformes que posibiliten hacer predecible y controlable todo resultado punitivo. Pero, sobre todo, que dicho resultado se materialice y formalice en la sentencia con una sólida y razonada justificación.

11º. Ahora bien, la predictibilidad de una pena justa impone identificar, en primer lugar, el espacio que posee el juez penal para la aplicación de la proporcionalidad punitiva que corresponde al caso. Esto es, demanda reconocer, como en la escolástica de la baja edad media, qué es lo que concierne a los jueces y qué es lo que no les concierne. Al juez lo que le corresponde, en puridad de cosas, es la aplicación de reglas e indicadores que permitan cumplir las exigencias de los principios de culpabilidad o responsabilidad por el daño ilícito y de lesividad sobre el bien jurídico tutelado. Pero, además, le corresponde también al juez aplicarlos dentro de una proporcionalidad limitada por los rangos mínimos y máximos de penalidad conminada que están previa y exclusivamente fijados por

la Ley. En tal sentido, seguir transitando por prácticas que so pretexto de proporcionalidad lo que hacen es aminorar exageradamente la pena, incluso por debajo de los límites legales o convencionalmente establecidos sin justificación legal o, peor, utilizando una aparente motivación, desacredita la tarea judicial de imponer una pena concreta justa. Queda claro, entonces, que las objeciones a cualquier tipo de método de dosimetría punitiva se disuelven siempre que, con tal metodología, se ubique al juez en su rol propio y correcto de individualizador legitimado de la pena (juez de la pena) y no de configurador o modificador oficioso del marco punitivo (legislador de la pena).

### § 3. SOBRE LA DOSIMETRÍA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

**12º.** La dosimetría penal es una técnica de razonamiento judicial que sirve para el cálculo aritmético de un resultado punitivo. Ella le permite al juez llegar a una cifra objetiva que define la extensión cuantitativa de la pena a imponer. Para lo cual se deberá partir de la convergencia de parámetros establecidos previamente y que posibilitan bajo un raciocinio lógico jurídico la determinación de una pena individualizada y previsible. Se trata, pues, de un procedimiento técnico y valorativo cuya función esencial es servir al órgano jurisdiccional para llevar a cabo la individualización de los castigos penales<sup>6</sup>. El cual, además, debe respetar, como ya se ha indicado, el rango punitivo abstracto, mínimo y máximo legal, dentro del cual se decidirá la pena concreta que se imponga en la sentencia al autor o partícipe culpable del delito imputado y probado durante el proceso.

**13º.** En consecuencia, pues, la determinación judicial de la pena tiene por función la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal<sup>7</sup>. Dicha actividad la realiza el juez al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas que acreditan el hecho punible como típico antijurídico y culpable. Sin embargo, debe quedar claro que sin importar qué método de dosimetría penal se utilice, este deberá siempre consignarse expresamente en las sentencias al momento de determinar e imponer judicialmente una pena, el no hacerlo atenta contra las garantías de la administración de justicia y afecta los derechos fundamentales de los justiciables, tanto del propio sentenciado como de la víctima. Además, impide el control superior sobre la correcta utilización del método empleado y del iter seguido para obtener la pena concreta.

### § 4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

**14º.** Son principios rectores que orientan y legitiman la aplicación y ejecución judicial de la pena los siguientes:

**15º. El principio de legalidad penal.** Es el condicionante de conducta que obliga a respetar los límites previos fijados por el legislador al momento de imponer una pena concreta. Así, pues, el juez posee parámetros de cuantificación de la pena. Lo que determina que la función jurisdiccional, en este dominio, se halla sometida al principio de *nulla poena sine lege*, lo que implica que la *lex previa*, *lex certa* y *lex scripta* como componentes de la legalidad de la pena (*lex stricta*), deben cumplirse cabalmente<sup>8</sup>. El principio de legalidad es la garantía tuitiva más importante de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, constituye un límite inexorable en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, al configurar las conductas punibles y determinar o ejecutar sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), como expresión de la voluntad general<sup>9</sup>; pero, también como base de la independencia e imparcialidad de la jurisdicción<sup>10</sup>.

**16º.** Según la jurisprudencia interamericana «En un Estado de Derecho, el principio de legalidad [...] preside [...] la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo». Por lo

que: «Corresponde al juez penal, al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico»<sup>11</sup>.

**17º.** Los principios de **culpabilidad y lesividad**, consagrados en los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal, respectivamente, para efectos de la aplicación judicial de penas, se encuentran estrechamente vinculados. Por la culpabilidad la pena debe ser equivalente a la responsabilidad incurrida, sea dolosa o culposa. Por la lesividad, la pena debe ser proporcional al daño causado. Sin embargo, resulta equivocado entender que el principio de proporcionalidad (*ex delicto*) habilita al juez a construir libremente un rango punitivo abstracto para un determinado delito y fuera del rango legal. Tal proceder es incoherente, además de violentar el principio de legalidad, pues afecta el principio lógico de razón suficiente<sup>12</sup>.

**18º.** Estos dos principios obligan al órgano jurisdiccional a imponer la pena que corresponda a la responsabilidad de cada agente y sin ignorar el grado o intensidad de la lesión causada, por el hecho punible. Salvo, claro está, que estos presupuestos ya estén incluidos como elementos típicos del delito que se trate. Esto último, por imperio del principio de **prohibición de doble valoración o principio de inherencia**.

**19º. El principio de humanidad.** Este principio pertenece con mayor propiedad al derecho penitenciario y no al derecho penal sustantivo. En el ámbito penitenciario, el test de humanidad de la pena exige comprobar los siguientes aspectos: **(i)** la pena debe ser objetivamente revisable, esto es, no debe abarcar en su configuración normativa ni en su imposición judicial toda la vida del reo; **(ii)** debe ofrecer al interno una expectativa o esperanza realista, no meramente teórica, de alcanzar algún día la libertad; **(iii)** el procedimiento para recuperar la libertad debe ser predeterminado, claro y cognoscible desde el mismo momento de la imposición de una pena privativa de libertad; **(iv)** la decisión liberatoria debe tener en cuenta la evolución individual experimentada por el reo durante la ejecución de la condena; y, **(v)** el reo debe recibir, de manera voluntaria, no forzada, el tratamiento adecuado a sus características y necesidades para favorecer dicha evolución<sup>13</sup>.

**20º.** Ahora bien, el principio de humanidad o principio de proscripción de la crueldad, es el eje central de la ejecución penal y uno de los límites primordiales del poder punitivo en un Estado democrático y constitucional de derecho. Según él, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el condenado. Lo óptimo es buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los Derechos Humanos<sup>14</sup> y en consonancia con instrumentos internacionales vinculantes como las "Reglas Nelson Mandela"<sup>15</sup>. En ese sentido, se proscriben los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes en la vida carcelaria. Es un baremo tanto para el legislador como para el ejecutor de las penas ya impuestas. Pero no resulta aplicable como criterio legal dosificador para precipitar la pena por debajo del límite mínimo que le pudiera corresponder legalmente. (El artículo 45-A, segundo párrafo, del Código Penal expresamente prescribe que la pena se aplica «dentro de los límites fijados por ley»).

### § 5. CRITERIOS Y REGLAS DE JURISPRUDENCIA VINCULANTE PARA SUPERAR LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DETECTADOS EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

#### A. NECESIDAD DE ESQUEMAS OPERATIVOS DIFERENTES PARA LA APLICACIÓN DE LA PENA

**21º.** Las Salas Penales de la Corte Suprema desde los Acuerdos Plenarios N.º 1- 2008/CJ-116 y N.º 5-2009/

CJ-116, así como en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433 han reconocido que en el derecho penal nacional coexisten diferentes reglas sobre la aplicación de la pena: **causales de disminución o incremento de la punibilidad, circunstancias y reglas de reducción por bonificación procesal**. Además, que la utilidad, función, oportunidad o eficacia de todas ellas son también distintas. También se ha aceptado en las decisiones jurisdiccionales de las Salas Penales de la Corte Suprema que hay circunstancias genéricas, circunstancias específicas y circunstancias agravantes cualificadas<sup>16</sup>.

**22º.** Ahora bien, las reformas introducidas por la Ley 30076 no afectaron ni modificaron sensiblemente las posiciones asumidas por la jurisprudencia vinculante del Supremo Tribunal. En todo caso, las modificaciones ocurridas sólo destacaron la existencia y utilidad de las **circunstancias atenuantes y agravantes genéricas** (artículo 46), pero, también, aportaron un protocolo o esquema operativo que ayudaría al juez a identificar y aplicar su eficacia en un caso penal (artículo 45-A)<sup>17</sup>. Lamentablemente, la Ley 30076 no hizo algo semejante en relación con las circunstancias atenuantes y agravantes específicas que estaban reguladas para diferentes delitos en la Parte Especial del mismo Código Penal. Muchas de las cuales, incluso, estuvieron incorporadas en el texto penal sustantivo mucho antes que se promulgara la Ley 30076.

**23º.** Desafortunadamente, aquella sensible omisión del legislador ha suscitado que en los últimos años surjan problemas prácticos y reiterados debates hermenéuticos acerca de si el esquema operativo regulado por el artículo 45-A y conocido como “**de los tercios**”, puede también tener aplicación para los casos penales donde el delito cometido cuenta con un catálogo propio de circunstancias agravantes específicas en la Parte Especial. Lo cual ocurre, por ejemplo, en los delitos de feminicidio, sicariato, secuestro, robo o extorsión, por señalar sólo algunos de los hechos punibles que actualmente resultan ser más emblemáticos y frecuentes en el quehacer jurisdiccional (Cfr.: artículos 108-B, 108-C, 152, 189 y 200). Cabe agregar también que es una característica común a todos estos delitos el contar con amplios listados de circunstancias agravantes específicas, pero carecer en lo absoluto de la regulación de circunstancias atenuantes específicas. Tal diseño normativo constituye no sólo una mala técnica legislativa, sino que genera un notable desbalance en los estándares punitivos. No obstante, esa práctica normativa va a tono con una política criminal de orientación exclusivamente sobrecriminalizadora y que ha aplicado continuamente el legislador nacional sobre aquellos hechos punibles a los que estima como muy graves y que generan o extienden la percepción o el sentimiento de inseguridad ciudadana entre la población<sup>18</sup>.

**24º.** Ante tales limitaciones y controversias los órganos jurisdiccionales y otros órganos vinculados a la justicia penal, como los fiscales del Ministerio Público, han procurado compensar los vacíos o la desproporción punitiva suscitada, incluyendo la aplicación de las atenuantes genéricas del artículo 46, sobre todo la relativa a la **carencia de antecedentes penales** del autor o partícipe del delito. Sin embargo, dicha praxis deviene en inapropiada ya que mezcla circunstancias de diferente naturaleza, eficacia y operatividad. Además, siguiendo esta misma actitud e intención compensadora otros operadores jurisdiccionales han aplicado también para tales casos el esquema de los tercios. Sin embargo, tal proceder conlleva, igualmente, un efecto de sustitución perverso y negativo para el condenado, **consistente en tener que aplicarle siempre una pena dentro del tercio intermedio** (concurren atenuante genérica con circunstancias agravantes específicas) y que en la mayoría de veces resulta ser siempre más severa que la que le correspondería con otro esquema operativo como el denominado “**esquema operativo escalonado**”<sup>19</sup>. No obstante, es de precisar también que, al uso de este último esquema operativo, aplicable en los casos de delitos con circunstancias agravantes específicas, se le ha objetado

que tiene limitaciones insuperables pues no permite aplicar en ningún caso el mínimo de la pena conminada, ya que dicho esquema sólo permite aplicar la eficacia de las circunstancias agravantes específicas concurrentes siempre por encima de dicho mínimo legal<sup>20</sup>.

**25º.** Analizando, pues, la controversia planteada, resulta evidente que la opción de jurisprudencia vinculante más ventajosa y que menos distorsiona el proceder de los operadores jurisdiccionales, para decidir e imponer una pena concreta en coherencia con los principios de legalidad y de pena justa, es la que corresponde al empleo de dos esquemas operativos o protocolos de aplicación de penas diferentes. En consecuencia, pues, queda establecido como disposición jurisprudencial de eficacia vinculante la aplicación del **esquema operativo de tercios** en el caso de los delitos donde sólo se pueden utilizar circunstancias genéricas como el delito de homicidio simple del artículo 106 del Código Penal. Y aplicar el **esquema operativo escalonado** para los supuestos de delitos que poseen circunstancias agravantes específicas como el feminicidio (artículo 108-B, segundo párrafo) secuestro (artículo 152, segundo párrafo) o robo (artículo 189).

**26º.** Sin embargo, subsistiendo la observación formulada al esquema operativo escalonado, acerca de no poder generar la aplicación del mínimo de la pena conminada, se establece al respecto como alternativa superadora el siguiente criterio jurisprudencial vinculante: Siempre que en el caso *sub iudice* el juez advierta que concurren también situaciones excepcionales compatibles con los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena que especifican los incisos 1 (carencias sociales que hubiese sufrido el agente) y 2 (cultura y costumbres del procesado) del artículo 45 del Código Penal, podrá, con especificación explícita y razonada de los motivos de su decisión, imponer al condenado el mínimo legal de la pena conminada para el respectivo grado o nivel de la única circunstancia agravante presente en el caso, entendiendo el escalón no como un número fijo a sumar, sino como un rango entre el monto punitivo mínimo y el nuevo rango máximo por operatividad de las circunstancias agravantes específicas concurrentes. Asimismo, tratándose de un delito de robo el juez podrá también decidir la aplicación del mínimo legal de la pena conminada, siempre que, en el caso *sub iudice*, concurra sólo una circunstancia agravante específica de aquellas reguladas en el artículo 189 del Código Penal y en tanto el órgano jurisdiccional estime que la violencia o amenaza ejercidas contra la víctima fuesen insignificantes. Cabe destacar que esta misma posibilidad para una aminoración punitiva se encuentra actualmente regulada para el delito de robo de ganado con agravantes en el artículo 189-C del Código Penal y anteriormente también fue considerada para el robo con agravantes del artículo 189 a través de una modificación que introdujo la Ley 26319, de veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro<sup>21</sup>.

#### **B. APLICACIÓN DE LA PENA CUANDO CONCURREN SIMULTÁNEAMENTE EN EL CASO PENAL CIRCUNSTANCIAS, CAUSALES DE DISMINUCIÓN O AUMENTO DE PUNIBILIDAD Y REGLAS DE REDUCCIÓN POR BONIFICACIÓN PROCESAL**

**27º.** El Código Penal de 1991 ha incluido en varios de sus artículos una nomenclatura no siempre precisa o inequívoca. Efectivamente, en más de una ocasión emplea una terminología común o similar para referirse a instituciones y reglas de distinto significado, utilidad o función. Uno de los espacios normativos donde es más frecuente este tipo de confusiones o ambigüedades del lenguaje jurídico empleado por el legislador corresponde al de las consecuencias jurídicas del delito. En este ámbito, por ejemplo, se han utilizado términos semejantes como “eximir de sanción” o “no son reprimibles” o “están exentos de pena” para referirse a efectos diferentes como los que corresponden a una medida alternativa a la pena privativa de la libertad (artículo 68) o los que genera una excusa absoluta (artículos 208 y 406).

**28°.** Algo similar ha ocurrido con expresiones que son empleadas para referirse a reglas sobre aplicación judicial de penas. Ese es el caso de las expresiones “se atenuará la pena” (artículos 14 y 15) o “disminuyendo prudencialmente la pena” (artículos 16, 21 y 25) o “reducirse prudencialmente la pena” (artículo 22) o “reducción o exclusión de pena” (artículo 314-D). La similitud de estos términos ha producido continuas distorsiones y malas prácticas al ser aplicados en casos penales concretos. Las distorsiones más frecuentes han sido las de entender que cuando el legislador utiliza esta terminología, en cualquiera de sus variantes, se refiere siempre a un efecto consistente en aminorar la extensión cuantitativa de la pena aplicable por debajo del límite mínimo legal. Lo cual es técnicamente incorrecto pues no es lo mismo **atenuar la pena** (definir la pena concreta hacia el extremo mínimo de la pena básica o conminada pero sin excederlo y por estar presente en el caso una o más circunstancias atenuantes) que **disminuir prudencialmente la pena** (lo cual ocurre sólo por la concurrencia de una causal de disminución de punibilidad y que obliga al juez a imponer una pena siempre por debajo del límite mínimo legal) o **reducir la pena** (que significa que el juez debe aplicar una reducción a una pena concreta ya determinada, lo cual debe producirse cuando se ha configurado en el caso concreto una regla de reducción por bonificación procesal).

**29°.** Las mismas imprecisiones terminológicas se observan cuando nuestra ley penal fundamental emplea otros términos como “el juez puede aumentar la pena” (artículo 46-A) o “el juez aumenta la pena” (artículo 46-B), o “el juez puede imponer una pena hasta el doble del máximo legal” (artículo 46-D) o “la pena es aumentada” (artículo 46-E) o “pudiendo incrementarse [la pena]” (artículo 48) o “la pena será aumentada” (artículo 49)”. También en todos estos supuestos la comprensión y aplicación en un caso penal de tales expresiones no ha sido uniforme y generalmente ha sido entendida de modo estrictamente literal por los órganos jurisdiccionales. Los cuales respecto a tales expresiones asumieron siempre que todos aludían a extender de manera obligatoria o facultativa únicamente en máximo de la pena conminada para el delito cometido, pero manteniendo en todo caso su mínimo legal original. Es más, se ha estimado también que en esos supuestos le está autorizado al juez aplicar incluso una pena sin siquiera llegar a superar el máximo legal de pena originalmente establecido para el delito o para el catálogo de circunstancias agravantes específicas regulado. Por consiguiente, ha sido también común que la judicatura considere a todas esas expresiones legales como equivalentes a la hora de decidir la pena aplicable al caso. Esto es, sin observar si se trataba de **circunstancias agravantes cualificadas** (las cuales mandan la configuración de una nueva pena conminada o espacio de punibilidad por encima del máximo de pena conminada para el hecho punible. Es decir, que obligan a configurar un mínimo y máximo legal de pena diferentes a los que originalmente tenía la pena legalmente establecida para el delito o el catálogo de circunstancias específicas. Que, además, dentro de ese nuevo espacio de punibilidad configurado el juez deberá de individualizar la pena concreta aplicable). O si, más bien, el término empleado estaba identificando la eficacia, también siempre preceptiva, de una **causal de incremento de punibilidad** como la que se regula para los casos del concurso ideal de delitos y del delito continuado (en ellas se manda al juez incrementar el máximo de la pena legal original del tipo penal que registraba el delito más grave o el máximo legal original del tipo penal varias veces realizado por el agente al ejecutar su única resolución criminal). Lo cual, en estas dos últimas situaciones, daba al juez un espacio de punibilidad más extenso para en él definir una pena concreta más severa y que reflejara el mayor desvalor de la tipicidad múltiple concurrente o de la reiterada manifestación de una misma resolución criminal.

**30°.** Corresponde, pues, que la jurisprudencia vinculante supere todas las lecturas y prácticas equivocadas que se han mencionado, Para lo cual es menester construir

un protocolo o esquema operativo que permita al órgano jurisdiccional penal operar de manera ordenada, consistente y técnica cuando las distintas reglas a las que se ha hecho referencia concurren simultáneamente en un mismo caso penal. Es decir, cuando el juez deba hacer uso de todas ellas para decidir la pena concreta y justa aplicable al autor o partícipe del hecho *sub iudice* imputado.

**31°.** En torno a ello es pertinente precisar, previamente, dos criterios rectores que el órgano jurisdiccional debe tener siempre en cuenta ya que validan técnicamente su proceder operativo. En primer lugar, que entre todas las reglas de aplicación de la pena que concurren en el caso exista compatibilidad. Esto significa que sean de eficacia diferente y no se refieran a un mismo indicador o situación fáctica (**prohibición de la doble valoración de un mismo supuesto fáctico**). Y, en segundo lugar, que cuando concurren simultáneamente varias reglas de aplicación de penas de la misma condición y función (más de una causal de disminución o incremento de punibilidad o más de una circunstancia agravante o atenuante [siempre de la misma especie: genéricas con genéricas, específicas con específicas o cualificadas con cualificadas] o más de una regla de reducción por bonificación procesal) los efectos de cada una de ellas serán siempre acumulables y no se excluirán entre sí (**eficacia acumulativa**).

**32°.** Ahora bien, el esquema operativo que se deberá aplicar de manera estandarizada y homogénea toma en cuenta el caso donde concurren simultáneamente una causal de disminución de punibilidad (el autor de un robo es una persona de 20 años de edad), circunstancias agravantes específicas (pluralidad de agentes y mano armada), también la circunstancia agravante cualificada de la reincidencia (nuevo delito fue cometido a los 6 meses de haber el agente cumplido en parte una pena privativa de la libertad) y la regla de reducción por bonificación procesal de conclusión anticipada de la audiencia de juzgamiento (el procesado admitió responsabilidad al inicio del juicio oral de conformidad con los términos de la acusación fiscal). Pues bien, en supuestos complejos de aplicación de la pena como el que se utiliza de ejemplo el juez deberá seguir el siguiente *iter* para obtener la pena concreta:

- i. *Primero*, el juez establecerá el nuevo espacio de punibilidad o pena básica. Para ello el juez aplicará el efecto calificante que le es propio a la circunstancia agravante cualificada concurrente que es la de reincidencia (En el ejemplo utilizado se aumentará los dos tercios (2/3) que autoriza el artículo 46-B por encima del máximo de la pena conminada que establece la ley para las circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel en el párrafo inicial del artículo 189 del Código Penal). Con esta primera operación se tendrá como resultado **un nuevo espacio de punibilidad** compuesto por el máximo original (20 años) que ahora será el nuevo mínimo y por un nuevo máximo que se extenderá hasta el resultante de aplicar el porcentaje autorizado por la ley (dos tercios del máximo original: aproximadamente 13 años y fracción). Esto es, el nuevo espacio de punibilidad se extenderá entre 20 y 33 años con fracción de pena privativa de libertad.
- ii. *Segundo*, el juez procederá, a continuación, a aplicar la disminución de la pena conminada y que está ahora representada por el nuevo espacio de penalidad. No obstante, es pertinente precisar que el artículo 22 del Código Penal no regula un umbral tasado para la eficacia de la causal de disminución de punibilidad por imputabilidad restringida en razón a la edad del agente o partícipe del delito. En efecto, tal disposición legal únicamente dispone que “**el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal**”. Debido a ello y para establecer un umbral de disminución punitiva uniforme y estandarizado, aplicable siempre en tales casos penales, se dispone jurisprudencialmente y con efectividad vinculante que la disminución sea siempre en el equivalente a un tercio (1/3) por debajo

del mínimo y del máximo legal del nuevo espacio de punibilidad<sup>22</sup>. Siendo así, en el ejemplo que se viene utilizando el espacio de punibilidad disminuido se extenderá ahora entre 13 años con fracción y 22 años de pena privativa de la libertad.

Cabe precisar que este mismo umbral de disminución de un tercio (1/3) por debajo del mínimo y del máximo legal de la pena conminada se aplicará siempre que concurra cualquier otra causal de disminución de punibilidad<sup>23</sup>, como el error de prohibición vencible (artículos 14 y 15, párrafos segundos), la concurrencia de una causal imperfecta de exención de responsabilidad penal (artículo 21) o la complicidad secundaria (artículo 25, segundo párrafo).

iii. *Tercero*, el juez dentro del nuevo espacio de punibilidad disminuido aplicará el esquema operativo de **tipo escalonado** y que es el que corresponde al ejemplo utilizado dando a cada circunstancia agravante específica el valor temporal y eficacia que le son propios. Cabe indicar que para cuantificar el valor temporal que corresponde a cada circunstancia agravante específica el juez dividirá el número de años o meses que comprende el nuevo espacio de punibilidad disminuido, entre el número de circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel que regula el artículo 189 siendo el resultado de dicha división el valor cuantitativo temporal de cada circunstancia agravante concurrente en el caso. Finalmente, luego de aplicar acumulativamente la eficacia agravante de las circunstancias agravantes específicas concurrentes en el caso se habrá obtenido como resultado la pena concreta. Sin embargo, esta última no será definitiva sino parcial, pues la aplicación de la pena en el caso ejemplificado requiere cumplir con un paso final. Nótese que la metodología escalonada no define una pena concreta sino un espacio punitivo, a partir del cual el juez debe determinar y justificar la pena concreta; no hay impedimento para que el mínimo de ese espacio sea utilizado, siempre que aparezca justificada tal determinación punitiva.

iv. *Cuarto*, como último paso que lo llevará a la individualización de la pena concreta final del caso penal, el juez deberá de aplicar sobre la extensión cuantitativa de la pena concreta parcial y que se obtuvo en el paso anterior la eficacia de la **regla de reducción por bonificación procesal** concurrente. Utilizando siempre el ejemplo planteado, cabe precisar que en el caso sólo se configuró la regla de reducción por bonificación procesal de conclusión anticipada de la audiencia de juzgamiento o denominada también conformidad. Pues bien, el umbral de reducción para estos casos no ha sido definido por el Código Procesal Penal ni por la Ley 28122. Ante tal omisión legislativa el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116 ha establecido con eficacia vinculante que la reducción punitiva en tales supuestos no puede ser mayor a un séptimo (1/7)<sup>24</sup>. Por consiguiente, esa será la proporción de la reducción que por bonificación procesal aplique el juez a la pena concreta parcial. Realizada esta última operación por el juez este habrá culminado el proceso de aplicación de la pena al obtener la pena concreta final.

### C. APLICACIÓN DE LA PENA EN CASOS DE TENTATIVA DE DELITO CON CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

33°. La reforma legislativa introducida por la Ley 30076 no consideró reglas a seguir para aplicar la pena en estos casos. Tampoco el texto original del Código Penal de 1991 y sus reformas posteriores tomaron en cuenta dicha problemática punitiva especial<sup>25</sup>.

34°. Como consecuencia, pues, de aquellas omisiones la casuística judicial para resolver tales conflictos prácticos optó simplemente por aplicar una disminución de la pena por debajo del mínimo legal establecido en la pena conminada para el catálogo de circunstancias agravantes

específicas. Esto es, si el mínimo de la pena aplicable era no menor de 12 años como ocurre con las agravantes de primer nivel del delito de robo reguladas en el artículo 189, primer párrafo del Código Penal, los jueces aplicaban una pena discrecional por debajo de dicho mínimo legal y que mayormente era de entre 9 y 10 años de pena privativa de la libertad. Esta misma actitud punitiva era utilizada por los fiscales al requerir una pena para los autores de aquellas conductas ilícitas. Sin embargo, tal práctica jurisdiccional fue objetada por la doctrina debido a que con ella se terminaba aplicando una pena muy superior al máximo legal de un delito de robo (artículo 188) que no se había consumado. En tal sentido se sugería, en cambio, aplicar dos operaciones. Primero definir la pena correspondiente a la tentativa en base a una disminución prudencial del mínimo legal fijado para el delito tentado y como era sugerido por el artículo 16 del Código Penal. Luego se debía de añadir a dicha pena el valor punitivo de cada circunstancia agravante que se había configurado siempre que tales agravantes no requirieran de la consumación del delito para tener eficacia punitiva<sup>26</sup>. Esta alternativa fue acogida por un sector importante de la judicatura y conlleva a que para la tentativa de robo con una o más circunstancias agravantes se generará una pena concreta que se estimaba prudente de entre 5 a 7 años de pena privativa de libertad. Sin embargo, tal penalidad resultante también fue cuestionada porque se le considero muy leve y no acorde con la gravedad del hecho ilícito. Ha sido ilustrativo observar que ambas posibilidades de resolver el problema punitivo planteado fueron también consideradas en las ponencias expuestas durante la audiencia pública del pleno jurisdiccional, lo cual puso en evidencia las dificultades teórico-prácticas que coexisten en la actualidad sobre dicho conflicto legal e interpretativo<sup>27</sup>.

35°. Frente a las discrepancias descritas surge, pues, la necesidad de superar la controversia existente a través de la configuración de un esquema operativo estandarizado y que deberá aplicarse de modo obligatorio y con eficacia vinculante para todos los actores de la justicia penal. Se requiere, por tanto, construir una alternativa que sea útil y razonable para resolver aquellos casos evitando así un trato desigual o desproporcionado. Al respecto cabe partir de dos consideraciones. La primera es que el artículo 16 del Código Penal obliga al juez a disminuir la punibilidad o posibilidad de pena aplicable al delito que el agente intentó cometer, pero no pudo consumar. En segundo lugar, que la penalidad conminada para un delito con agravantes específicas siempre será mayor que la que establece la ley para el delito sin agravantes pues la función de estas últimas es aportar una mayor desvaloración de la conducta punible tentada o de la mayor intensidad del reproche que cabe formular al autor de la misma. Es, pues, en atención a esos dos presupuestos teórico-prácticos que debe configurarse un esquema operativo o protocolo de actuación judicial que razonablemente los integre, pero que, además, no quebrante los límites del principio de legalidad ni de la prohibición de exceso punitivo. Es, pues, en ese sentido que cabe adoptar una vía hermenéutica y operativa similar a la que regula el artículo 27 del Código Penal colombiano y que consiste en disminuir una proporción igual en los dos extremos de la penalidad conminada para el delito cuando se trata de sancionar una tentativa<sup>28</sup>.

36°. Para el caso que nos ocupa esa disminución no sería sobre la pena conminada para el delito sino sobre la pena establecida para las circunstancias agravantes específicas. De esa manera se compensa la disminución correspondiente a la no consumación del delito con el mayor desvalor y reproche que genera la concurrencia de las circunstancias agravantes específicas.

37°. Ahora bien, el nuevo esquema aplicable está compuesto de dos operaciones que deberá realizar el órgano jurisdiccional. Primero, el juez aplicará una disminución simultánea en el límite mínimo y en el máximo de la penalidad conminada que fija la ley para el delito con las circunstancias agravantes específicas y que será equivalente a una mitad (1/2) para aquellos dos límites<sup>29</sup>.

generando un nuevo espacio punitivo, dentro del cual podrá determinarse y justificarse la pena concreta. Tal disminución no es arbitraria ni ilegal pues el artículo 16 del Código Penal expresamente autoriza al juez a realizarla. En efecto, el párrafo final de dicha norma señala al respecto **“El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”**. Por ejemplo, aplicando este procedimiento a un caso de tentativa de un delito de robo con circunstancias agravantes específicas de primer grado o nivel el nuevo espacio de punibilidad disminuido será no menor de (06) seis ni mayor de (10) diez años de pena privativa de libertad<sup>30</sup>.

**38°.** Segundo, el juez deberá decidir la pena concreta en el nuevo espacio de punibilidad o pena básica diseñado y disminuido. Para lo cual aplicará la eficacia de las circunstancias agravantes específicas presentes en el caso y en base al valor cuantitativo que corresponda a cada una de ellas. Dicho valor surgirá de dividir el número de años o meses que comprende el espacio de punibilidad entre el número de circunstancias agravantes específicas que ha considerado la ley para el nivel o grado respectivo.

**39°.** Cabe agregar que este mismo esquema operativo se aplicará también a cualquier otro caso que se configure en base a una tentativa con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas. Lo cual puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de una tentativa de secuestro o de feminicidio siempre que en su realización concurren circunstancias agravantes específicas.

**D. APLICACIÓN DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD TEMPORAL EN DELITOS SANCIONADOS CON PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE CADENA PERPETUA CUANDO CONCURRAN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES, CAUSALES DE DISMINUCIÓN DE PUNIBILIDAD O REGLAS DE REDUCCIÓN POR BONIFICACIÓN PROCESAL**

**40°.** La continua sobrecriminalización que se ha proyectado sobre la legislación penal nacional ha generado que cada vez sean más los delitos de gravedad que tienen como pena conminada la de cadena perpetua. Y en ese contexto son también cada vez más frecuentes los casos penales donde el órgano jurisdiccional debe decidir sobre la aplicación concreta de dicha pena temporalmente indeterminada. Ha sido, pues, en la resolución judicial de aquellos procesos penales donde se han detectado divergencias interpretativas respecto a cómo proceder jurisdiccionalmente cuando concurren junto al delito sancionado con cadena perpetua **causales de disminución de punibilidad circunstancias atenuantes, o reglas de reducción por bonificación procesal**.

**41°.** Ahora bien, en torno a la problemática suscitada se han planteado tres opciones de decisión judicial. Primero una mayoría que estima que en tales supuestos las reglas de aplicación de la pena aludidas no pierden eficacia por lo que cabe aplicar en vez de la cadena perpetua una pena temporal de 35 años. Luego una segunda que de modo similar considera también que para esos casos cabe reemplazar la pena de cadena perpetua por una pena privativa de libertad temporal y que puede ser menor de 35 años. Y la tercera posición minoritaria sostiene, en cambio, que al ser la cadena perpetua una pena indeterminada y de duración indefinida toda conmutación o disminución cuantificada de su potencial extensión es imposible e ilegal por la propia naturaleza indivisible y no conmutable de aquella sanción penal. Cabe señalar que las exposiciones sustentadas durante la audiencia pública del XII Pleno Jurisdiccional coincidieron en reconocer que si es posible aplicar una pena temporal de 35 años en vez de la cadena perpetua si en el caso concreto concurren causales de disminución de punibilidad o reglas de reducción por bonificación procesal.

**42°.** Pues bien, para dimensionar mejor la factibilidad legal de una conmutación judicial de la pena de cadena

perpetua en una pena privativa de la libertad temporal; pero, también, para fijar un límite razonable a la extensión que tendría esta última modalidad punitiva por efecto de la disminución o reducción que le fuesen aplicables en el caso concreto, resulta útil referirse a los siguientes antecedentes y razonamientos normativos:

a. El Código Penal de 1924 permitía expresamente la posibilidad legal de transformar la pena de internamiento absolutamente indeterminado y que sería la pena privativa de libertad equivalente a la actual pena de cadena perpetua, **cuando concurría una causal de disminución de punibilidad basada en la imputabilidad restringida por la edad del autor del delito**. Esto es, en un supuesto legal similar al regulado actualmente en el artículo 22 del Código Penal de 1991. En efecto, el artículo 148 del Código Maurtua señalaba lo siguiente:

“Si en el momento en que el delito fue cometido, su autor tenía más de 18 años, pero menos de 21 años, el juez aplicará las disposiciones siguientes:

**1° La pena de internamiento será reemplazada por la de penitenciaria no menor de diez años”.**

Una conmutación similar era autorizada por el Código Penal de 1924 para los casos de tentativa. Al respecto en el artículo 97 se disponía lo siguiente:

“En los casos en que la ley prescriba **pena de internamiento, se sustituirá la pena, en la tentativa por la de penitenciaria o la de relegación de diez a veinte años”.**

b. En el numeral 4 del artículo 66 del Código de Ejecución Penal se establece que el juez puede dar por cumplida la pena de cadena perpetua, entre otros requisitos, si el condenado ha cumplido 35 años de privación de libertad. Lo cual implica que ese es el límite temporal mínimo que tiene, en principio, la pena indeterminada de cadena perpetua.

c. Es de recordar que todas las normas penales que actualmente regulan causales de disminución de punibilidad y muchas de las que tratan de reglas de reducción por bonificación procesal preexistían antes de la incorporación de la pena de cadena perpetua en el Código Penal de 1991 o en otras normas legales afines. No habiéndose regulado desde aquel entonces a la fecha ninguna otra norma penal o procesal penal que haya anulado la eficacia de tales reglas de aplicación de penas ni que haya excluido expresamente de sus alcances y efectos a las penas de cadena perpetua. Lo que si ha ocurrido es que hay delitos considerados por el legislador como muy graves a los que se les ha excluido expresamente de la eficacia de las reglas de reducción por bonificación procesal<sup>31</sup>. No obstante, cabe destacar que en torno a la eficacia y constitucionalidad de tales restricciones la Corte Suprema mantiene una jurisprudencia uniforme que las proscribe por atentar contra el principio de igualdad. Se impone, pues, en tales casos, la inaplicación de dichas restricciones a las reglas de reducción por bonificación procesal, por ser inconventionales e inconstitucionales<sup>32</sup>.

**43°.** En consecuencia, pues, estando a los antecedentes y argumentos expuestos, así como a los fundamentos y razones dogmáticas desarrollados por los ponentes que participaron en la Audiencia Pública del XII Pleno Jurisdiccional, es de concluir señalando como línea jurisprudencial de eficacia vinculante, lo siguiente:

i. La pena de cadena perpetua se reemplazará por una pena privativa de libertad temporal de 35 años cuando concurren causales de disminución de punibilidad distintas de la tentativa y de la imputabilidad



restringida por la edad del agente a que se refieren los artículos 16 y 22 del Código Penal.

- ii. La misma extensión de 35 años tendrá la pena privativa de libertad temporal de reemplazo de la pena de cadena perpetua cuando concurren reglas de reducción por bonificación procesal de conclusión anticipada del juzgamiento o de compensación por retardo judicial y afectación del plazo razonable. E, igualmente, dicho reemplazo por 35 años de pena privativa de libertad procederá si cualquiera de las causales de disminución de punibilidad (incluyendo la tentativa o la imputabilidad restringida) o las reglas de bonificación procesal (como la conclusión anticipada o la confesión sincera) concurren con circunstancias agravantes cualificadas (como la reincidencia) o con causales de incremento de la punibilidad (como el concurso real de delitos).
- iii. Tratándose de la concurrencia de causales de disminución de la pena por tentativa o imputabilidad restringida del autor del delito, dispuestos en los artículos 16 y 22 del Código Penal, la pena privativa de la libertad temporal de reemplazo de la pena de cadena perpetua será de 30 años. Esta misma extensión se aplicará en los casos donde concurra la regla de reducción por bonificación procesal de confesión sincera.

#### E. APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE REGLAS DE REDUCCIÓN POR BONIFICACIÓN PROCESAL DE ORIGEN SUPRALEGAL

44°. La reducción de la pena es una bonificación o compensación punitiva especial que regula la ley por razones excepcionales y ajenas plenamente a la intervención del agente en el delito. Siendo así, las reglas de reducción por bonificación procesal son de estricta configuración legal y no les está autorizado, a los jueces, en ningún caso, decidir de modo discrecional o arbitrario sobre su aplicación o consideración fuera de los supuestos, presupuestos y requisitos que el marco legal o la jurisprudencia definen.

45°. Mayormente, tales reglas han sido incluidas por el legislador como recompensas al buen comportamiento procesal o a la activa colaboración del imputado con la conclusión anticipada del proceso o juzgamiento penal incoado en su contra. Entre ellas destacan **la confesión sincera, la conclusión anticipada del proceso, la conclusión anticipada del juzgamiento o conformidad y la colaboración eficaz**. Al no ser ni causales de disminución de punibilidad ni circunstancias atenuantes su eficacia opera exclusivamente sobre la pena concreta y previamente determinada por el órgano jurisdiccional. Es, pues, sobre la pena ya determinada e impuesta al autor o partícipe de un delito a la que **el juez le reduce un porcentaje de su extensión cuantitativa en los términos que dispone y autoriza la ley**. Cabe destacar, entonces, que las reglas de reducción por bonificación procesal no tienen eficacia ni se aplican sobre el mínimo o máximo legal de la pena conminada para el delito.

46°. Es de considerar también que la jurisprudencia internacional vinculante y el derecho penal transnacional han dispuesto, complementariamente, la aplicación de determinadas reglas de reducción por bonificación procesal de carácter supralegal.

De ellas la más importante es la compensación punitiva que como reducción de la pena concreta aplicable al caso penal se impone debido a **infracciones de retardo judicial no imputables al procesado y que afectan el plazo razonable del juzgamiento y decisión del proceso incoado**. Este tipo de regla supralegal ha sido también admitido y desarrollado por la jurisprudencia vinculante nacional. Ejemplo de ello ha sido la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2018/CIJ-433. No obstante, no se ha establecido aún un umbral o estándar jurisprudencial que delimite la extensión cuantitativa máxima que puede alcanzar tal reducción excepcional de la pena en un

caso concreto. Por tal razón resulta, pues, oportuno establecerlo en esta ocasión. Al respecto, se debe partir de considerar la prudente discrecionalidad del juez, ya que es él quien al analizar el caso *sub iudice* podrá examinar, medir y valorar el impacto negativo que el retardo judicial ha producido en el quehacer cotidiano o en la situación personal del procesado. Sin embargo, es necesario decidir también que en ningún caso tal compensación reductora de la pena concreta pueda exceder de **una cuarta parte de dicha pena**. Asimismo, que toda decisión judicial que se adopte al respecto deberá de contar siempre con la debida, reforzada y razonable justificación.

47°. Ahora bien, es de destacar, igualmente, que se ha detectado una recurrente distorsión práctica materializada en la inclusión y uso de criterios indebidos de disminución, atenuación o reducción de la pena que afectan la legalidad de la adecuada determinación y aplicación de una penalidad justa que sea compatible con las circunstancias concurrentes en el caso. En tal sentido, es de esclarecer que tales actos y decisiones jurisdiccionales por carecer de un soporte legal o supralegal que los autorice y legitime devienen en arbitrarios y discriminatorios. Por consiguiente, el incurrir en esas malas prácticas jurisdiccionales conllevará las responsabilidades correspondientes.

48°. **Límites convencionales de reducción de la pena para construir una pena concreta justa**. Resulta pertinente desarrollar algunos criterios rectores que orienten la decisión judicial para aplicar una pena justa en base a la eficacia excepcional de reglas de reducción por bonificación procesal y que son de origen convencional como la afectación del plazo razonable del juzgamiento o la derivada del principio del interés superior del niño, niña y adolescentes. En ese sentido, a continuación, se especifican al respecto algunos lineamientos y que tendrán también eficacia vinculante para las decisiones jurisdiccionales sobre la utilización en casos penales de aquellas reglas excepcionales de reducción por bonificación procesal.

49°. En el caso **afectación del plazo razonable**, se requiere primero justificar por qué ello posee razones jurídicas, principalmente, aunque también morales para reducir la pena de quien sufre carceralias preventivas largas o procesos latos, o nulidades por errores procesales que alargan la decisión de su situación jurídica u otras razones análogas que justifiquen la compensación de tales retardos por disposición convencional, siempre y cuando, claro está, que aquellas dilaciones no hayan sido causadas por el propio procesado o su defensa, al promover incidentes innecesarios o sobreabundantes. Esto es, al dilucidar la potencial reducción de la pena no puede, pues, ignorarse la generación de una carga procesal innecesaria que se añade maliciosamente al órgano jurisdiccional. No obstante, una prolongada e injustificada carceralia preventiva y sin condena, sí debe operar como baremo de reducción compensatoria de la pena concreta. Ahora bien, la identificación de todo *quantum* de reducción punitiva requerirá siempre estar debidamente motivado. Y el mismo en ningún caso podrá ser equivalente, por principio lógico de razón suficiente, al total de la pena concreta impuesta, pues el impacto que impone la afectación del plazo razonable es de reducción de dicha pena y nunca de desaparición, porque entonces el condenado quedaría sin pena que purgar, lo que estaría encubiertamente exonerándolo de la sanción penal que le corresponde por el delito cometido. Por tanto, un *quantum* razonable, es la reducción prudencial de **hasta (1/4) un cuarto de la pena concreta**, dependiendo, en todo caso, de la gravedad del hecho punible realizado y del daño causado.

### III. DECISIÓN

50°. 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, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ:

ACORDARON

51°. ESTABLECER como doctrina legal, por mayoría, con el voto discrepante de la señora Barrios Alvarado, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 14° a 49°.

52°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del modificado artículo 112 del citado Estatuto Orgánico, según la Ley modificatoria 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

53°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

54°. ACLARAR que, en reunión extraordinaria de los señores jueces supremos, conforme al segundo comunicado de fecha veintidós de diciembre de dos mil veintitrés, publicado en la página web del Poder Judicial, se acordó dejar SIN EFECTO los fundamentos 50° y 51°. En consecuencia, el presente texto tiene un carácter ACLARATORIO, por lo que se procedió a modificar la numeración correspondiente del Acuerdo Plenario.

HÁGASE SABER.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

LUJÁN TÚPEZ

NEYRA FLORES

ALTABÁS KAJATT

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHECKLEY SORIA

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

ÁLVAREZ TRUJILLO

1 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2023). Política criminal y derecho penal en el Perú: balance a tres décadas del Código Penal de 1991. *En Estudios Político, Criminales, Jurídico-Penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.359-363; PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa. Lima, pp.157-254.

2 Una ilustrativa compilación comentada de las tendencias desarrolladas en la jurisprudencia nacional sobre aplicación de penas puede verse en YSHÍ MEZA, Luis (2023). Ponencia escrita sobre *Determinación judicial de la pena: Problemas contemporáneos y alternativas inmediatas* (2023). *A propósito del XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia penal*. Lima, pp.1-14.

3 Escuela filosófica tributaria de la Escuela histórica alemana vinculada a Carl Von Savigny, que considera que la respuesta a todo problema jurídico está en los conceptos como tópicos, su base principal de ordenación

fueron los principios de la lógica formal. Los conceptos se transforman en estructuras lógicas, en silogismos formalmente correctos. La perfección lógica de los conceptos es suficiente para considerarlos válidos, por tanto, no admite cuestionamiento respecto de ellos, como solución al problema jurídico. El conjunto de estas soluciones es la tónica de la jurisprudencia de conceptos, cuyas notas características son: Las características son: 1. La plenitud del derecho. 2. La creación de la ley por científicos. 3. Elaboración de conceptos jurídicos. 4. El juez es un simple mecánico del derecho. En esa línea: George Frederick Puchta (1798-1846), Karl Adolf von Vangerbow (1808-1870), Heinrich Dernburg (1829-1907) y Bernhard Windscheid (1817-1992). Cfr. NINO, Carlos Santiago (1974) *Consideraciones sobre dogmática jurídica*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 26 a 30; TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (1992) *Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México: Themis, p. 374; IHERING, Rudolf von (1933) *La jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid: Editorial de la Revista de Derecho Privado, pp. 252 a 254.

4 Cfr. SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Casación 1192-2019/Huancavelica, Recurso de Nulidad 1316-2019/Lima Sur, Casación 1083-2017/Arequipa, Casación 66-2017/Junín, Recurso de Nulidad 439-2020/Lima Sur, Recurso de Nulidad 101-2018/Lima, Casación 490-2019/Arequipa, etc.

5 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2023). La individualización judicial de la pena (una misión con nombre de película: misión imposible). *En Estudios Político, Criminales, Jurídico-Penales y Criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*. Tirant lo Blanch. Valencia, pp.1149-1159.

6 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2018), *La dosimetría del castigo penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*, Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., p. 188.

7 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2000), *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, p. 95.

8 Así pues, en primer lugar, el artículo 2, numeral 24, literal d, de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente: *"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"*. (Resaltado adicional) Y, en segundo lugar, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal determina lo siguiente: *"Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella"*. (Resaltado adicional).

9 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2021). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, p. 76.

10 Tal como sostiene el profesor Josep Aguiló Regla, quien inquiere: ¿En qué consisten los referidos deberes de los jueces? En mi opinión, conforman la peculiar forma de cumplimiento del Derecho que el Derecho exige a los jueces. Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito) y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra (motivado, movido por el deber). AGUILÓ REGLA, Josep. (2009). *Imparcialidad y concepciones del Derecho*. En Revista jurídica, Manizales: 6(2): 27-44, ISSN 1794-2918, p. 29, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3192069.pdf>

11 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución 149 CIDH, caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*. Sentencia de Fondo del veinticinco de noviembre de dos mil cinco, fundamentos jurídicos centésimo octogésimo séptimo, centésimo octogésimo noveno y centésimo noagésimo.

12 El *principium reddendaerationis*, es denotado para todo aquello que empieza a existir (como la decisión judicial) exige o requiere una razón que le haga existir (*ratio decidendi*). En el caso de la ley penal, exige o requiere una razón para existir (*ratio essendi*), a la jurisdicción le corresponde descubrirla y respetarla al momento de su aplicación. Cfr. Leibniz, Gottfried Wilhelm (1981) *Monadología*, edición trilingüe, traducción de Julián Velarde, Oviedo: Pentalfa, ISBN 84- 85422-05-8, pp. 102 a 105.

13 PLENO. Tribunal Constitucional de España. Sentencia n.º 169/2021, del seis de octubre de dos mil veintiuno, fundamento jurídico cuarto.

14 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2007). *Derecho penal. Parte general*. Editora Jurídica Grijley, p. 107.

15 UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos o Reglas Nelson Mandela. Oficina Internacional de Viena, Viena, s/d (Ver Reglas 1 a 4) [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-S-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf)

16 Ver el texto estos desarrollos de la jurisprudencia vinculante sobre aplicación de la pena de la Corte Suprema de Justicia en SAN MARTÍN CASTRO, César-PÉREZ ARROYO, Miguel (2018). *Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante (2004-2017)*.

INPECCP -CENALES. Lima, pp.77-130.

<sup>17</sup> Ver el texto Sobre este proceso de reforma legal ver PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2018), *La dosimetría del castigo penal. Modelos, Reglas y Procedimientos*. Ob. Cit., pp.166-178.

<sup>18</sup> PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR – PRADO MANRIQUE, BERTHA. *Políticas Públicas y Criminalidad Una introducción a la Política Criminal (2021)*. IDEAS SOLUCIÓN EDITORIAL. Lima, pp.191-228.

<sup>19</sup> Sobre el debate técnico de la contraposición del sistema escalonado frente al sistema de tercios para la aplicación de la pena en tales casos ver texto de la ponencia escrita presentada por VILLANUEVA DOMÍNGUEZ, Dennier (2023) al XII Pleno Jurisdiccional en Materia Penal sobre el tema 1 Determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas. Lima, pp.6-12.

<sup>20</sup> CANCHO ESPINAL, Ciro (2023). *Tractatus sobre la pena judicial exacta*. Martell Acabados Gráficos E. I.R.L. Lima, pp. 108-109.

<sup>21</sup> Sobre el alcance de esta atenuante ver Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. (1996) *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Lima: Idemsa, pp.324-325,333.

<sup>22</sup> Para fijar los umbrales de disminución señalados el Acuerdo Plenario toma en cuenta el derecho penal histórico. Es así que ya en el Código Penal de 1924 se regulaba expresamente una dosimetría de conmutación de la pena de internamiento por la de penitenciaria para los casos de tentativa y de delitos cometidos por agentes entre 18 y menor de 21 años de edad (artículo 97 y 148). Cabe consignar también que actualmente otras legislaciones sudamericanas como los Códigos Penales Colombiano (artículo 27), Boliviano (artículo 8), Ecuatoriano (artículo 39) y Brasileño (artículo 14.II) adoptan disminuciones punitivas similares en tales casos. Ahora bien, aplicando el sub principio lógico de simetría derivado del principio de razón suficiente (*ubi ratio ibi ius* – donde existe la misma razón existe el mismo derecho) propuesto por Leibniz, se aplicará 1/3 para los supuestos de disminución donde el hecho punible se hubiera consumado, pero existe una causal de disminución; y 1/2 para los casos de tentativa porque el delito no alcanzó su consumación. El *principium reddendaerationis*, [principio de razón suficiente] es denotado para todo aquello que empieza a existir (como la decisión judicial) exige o requiere una razón que le haga existir (*ratio decidendi*). En el caso de la ley penal, exige o requiere una razón para existir (*ratio essendi*), a la jurisdicción

le corresponde descubrirla y respetarla al momento de su aplicación. Cfr. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm (1981) *Monadología*, edición trilingüe, traducción de Julián Velarde, Oviedo: Pentalfa, ISBN 84-85422-05-8, pp. 102 a 105.

<sup>23</sup> Vid. nota anterior *ut supra*.

<sup>24</sup> Fundamento jurídico 23°.

<sup>25</sup> Sólo en la doctrina nacional se planteó una alternativa operativa siguiendo las pautas que se habían ensayado en el derecho penal italiano para tratar un problema normativo similar. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Ob. Cit., pp.276-284.

<sup>26</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2016). *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Ob. Cit. pp.283-284.

<sup>27</sup> Ver posiciones asumidas sobre esta problemática en las ponencias sustentadas durante la Audiencia pública del XII Pleno Jurisdiccional Penal.

<sup>28</sup> Artículo 27 Código penal colombiano: **Tentativa**. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

<sup>29</sup> Vid. nota de pie de página 22 *ut supra*.

<sup>30</sup> De la pena conminada con circunstancias agravantes específicas de no menor de 12 a no mayor de 20 años.

<sup>31</sup> Por ejemplo, las Leyes 30963 del 17 de junio de 2019 y 30838 del 3 de agosto de 2018 excluyeron expresamente de los alcances de las reglas de reducción por bonificación procesal a los delitos contra la libertad sexual y a los delitos de explotación sexual.

<sup>32</sup> SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Casación 994-2021/Lambayeque, del veintiocho de febrero de dos mil veintitrés, fundamentos: decimocuarto a vigésimo; Casación 1150-2021/Ancash, del dieciséis de febrero de dos mil veintitrés, fundamentos: decimoséptimo a decimonoveno; Casación 553-2021/Arequipa, del nueve de junio de dos mil veintidós, fundamentos: segundo a noveno; entre otros.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL**

**ACUERDO PLENARIO N.º 02.A-2023/CIJ-112**

**BASE LEGAL:** Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31595, de 26-10-2022

**ASUNTO:** Delitos ambientales. Informe técnico.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

**ACUERDO PLENARIO**

**I. ANTECEDENTES**

**1º.** Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 293-2023-P-PJ, de veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, realizaron el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil veintitrés, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del enlace de la página web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–, modificada por la Ley 31595, de veintiséis de octubre

de dos mil veintidós, para dictar acuerdos plenarios que definan la uniformización de la jurisprudencia penal.

**2º.** El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica, la instalación del Pleno Jurisdiccional – que se realizó con la Primera Sesión del Pleno de veintidós de junio de dos mil veintitrés– y la selección de los temas del foro para que se propongan los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial a fin de garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección de temas alcanzados por la comunidad jurídica, la designación de jueces supremos ponentes y la designación de la fecha de presentación de ponencias respecto de las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas. Esta fase culminó con la II Sesión del Pleno Jurisdiccional de seis de julio último.

**3º.** El doce de julio último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate. Se trata de los siguientes: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales. **B.** Delitos ambientales: exigencia y vigencia del informe técnico de la autoridad administrativa, diferencias entre infracción administrativa y delito de

contaminación ambiental, y momento de consumación del delito ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria. **D.** Delito de trata de personas: aspectos de determinación típica y problemas normativos. **E.** Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley 31751. **F.** Prisión preventiva y problemas concursales entre el artículo 122-B, inciso 6, del Código Penal y el artículo 122-B del mismo código. **G.** El motivo de sobreseimiento del artículo 344, apartado 2, literal d), del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas. **H.** Estándar de elementos de convicción y sobreseimiento. El recurso del actor civil contra el sobreseimiento y la absolución. Alcances.

∞ El once de once de setiembre del presente año, se seleccionaron a los juristas y las instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4º. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación al tema: Delitos Ambientales, la Coordinadora de la Coordinación con las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental de la OEFA, Liliana Barranzuela Ramírez, y el señor abogado Dino Carlos Caro Coria.

5º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el jueves veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés. Hicieron uso de la palabra en cuanto al tema los señores abogados Liliana Barranzuela Ramírez y Dino Carlos Caro Coria.

6º. La tercera etapa residió, primero, en la sesión cerrada de los jueces supremos, de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la publicación de los acuerdos plenarios en el Diario Oficial "El Peruano" y el Portal Institucional del Poder Judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7º. Ha sido ponente la señora PACHECO HUANCAS.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. FUNDAMENTO CONVENCIONAL, CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL INFORME FUNDAMENTADO

8º. Son múltiples las razones para abordar el tema del informe fundamentado en el marco de los delitos ambientales previstos en el Título XIII Delitos Ambientales Capítulo I, Capítulo II, Capítulo III y Capítulo IV del Código Penal. Su protección tiene como fuente la Constitución como ley suprema de la República del Perú, conforme lo establece el artículo 51<sup>1</sup>. La Constitución garantiza que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, 22) y al lado de esta disposición existen otras que están ubicadas en el Título III del Régimen Económico Capítulo II del Ambiente y los Recursos Naturales que se refieren a la promoción del uso sostenible de los recursos naturales (artículo 67)<sup>2</sup> y a la obligación de la conservación de la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas (artículo 68)<sup>3</sup>. Todos estos preceptos están vinculados a los principios de sostenibilidad, prevención y precautorio previsto en los artículos V, VI y VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente 28611 –en adelante, LGA–.

9º. Desde el Derecho internacional ambiental existen sendos instrumentos internacionales unos de carácter vinculante (*soft law*) y otros de carácter obligatorio para las partes firmantes (*hard law*). Sin embargo, los primeros son verdaderas fuentes de una plataforma de principios en materia ambiental que son aplicados en los distintos ordenamientos de los países como obligatorios. Es de

citar a la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Humano, en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), como resultado indirecto de la Conferencia, creó el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en 1972, con sede en Kenia, Nairobi<sup>4</sup>. De suerte en "los siguientes veinte años se celebraron más de cien tratados internacionales para atender diversas problemáticas ambientales, como el agotamiento de la capa de ozono, el comercio de especies, la contaminación del medio marino y la prevención de accidentes nucleares, por mencionar algunos, por mencionar<sup>5</sup>".

∞ Igualmente son relevantes: **1.** La Carta Mundial de la Naturaleza (1982). **2.** La publicación del Informe Brundtland o denominado "Nuestro Futuro Común" (1987), del que nace el concepto de desarrollo sostenible. **3.** La conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llamada la Conferencia de Río (1992), donde se firmaron la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), de la que es parte el Estado peruano. Estas convenciones tienen como núcleo central la preocupación de los Estados para enfrentar de modo articulado y efectivo las consecuencias del cambio climático producto de las actividades antrópicas como la contaminación ambiental, deforestación, tala ilegal, tráfico de especies protegidas o en vías de extinción.

∞ Más adelante se realizó: **3.** La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, Sudáfrica, 2002), que fortaleció la Cumbre de Río. **4.** Con la finalidad de hacer un balance y ver los avances de la Declaración de Río, se realizó Río+20 en Río de Janeiro – Brasil (2012), donde nuevamente los Estados se comprometieron a que sus políticas ambientales estén enlazadas al principio de desarrollo sostenible. **5.** Ello ha sido fortalecido por la Agenda 2030 (2015), que establece los diecisiete objetivos que deben lograr los Estados al dos mil treinta. Todo este desarrollo normativo afirma la singular relevancia de la protección global del medio ambiente y la necesidad que la justicia ambiental también sea sostenible a las generaciones presentes y asegurando lo mismo a las generaciones futuras.

10º. La Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, Corte IDH–, consciente de los grandes problemas ambientales que afectan al planeta, en su interpretación evolutiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales humanos, específicamente en la Opinión Consultiva OC 23-17, de quince de noviembre de dos mil diecisiete, judicializó en vía directa el derecho a un medio ambiente sano y reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce de estos derechos.

∞ Últimamente, la resolución aprobada el veintiocho de julio de dos mil veintidós de la Asamblea de las Naciones Unidas declaró que el medio ambiente saludable es un derecho humano y que el cambio climático y la degradación ambiental es una amenaza urgente a que todos tenemos que enfrentar y una de las múltiples vías es el derecho penal desde su finalidad preventiva general y preventiva especial.

11º. En atención a lo expuesto, su relevancia también radica en que el bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente tiene incidencia colectiva y se ve afectado por conductas humanas como contaminación, tala ilegal, minería ilegal, etcétera, que debe ser garantizado a fin de que las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales a un ambiente sano y equilibrado en el marco de esa relación dinámica permanente y compleja entre la persona y la naturaleza. Solo un equilibrio sustentable garantiza esos derechos y una de las vías de prevención de los delitos es lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Penal que prescribe que la ley penal tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la

sociedad, componente de la justicia penal ambiental que garantiza una tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución).

∞ Lo estatuido en el Derecho internacional ambiental y en la legislación nacional, específicamente el Código Penal, obliga al Estado peruano a enfrentar con firmeza la prevención, juzgamiento y sanción de los delitos ambientales, cuando las conductas que criminaliza puedan causar perjuicio alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental y a la salud ambiental. Uno de estos delitos es el de contaminación ambiental, estatuido por el artículo 304 del Código Penal, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1351, de siete de enero de dos mil diecisiete, que prescribe:

“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, marinas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental [...]”.

**12º.** Bajo este marco se hace necesario analizar y plantear algunas líneas de solución frente al tratamiento de las distintas posiciones que se ha dado a nivel de la doctrina y jurisprudencia al “Informe Fundamentado”—en adelante, IF—, como requisito de procedibilidad y el variado tratamiento probatorio que se le otorga como prueba documental o prueba pericial en los delitos contra el medio ambiente, específicamente en el delito de contaminación ambiental.

**13º.** El tema planteado desde la doctrina y la jurisprudencia exige, cuando menos, identificar determinados problemas que se han originado y existe discusión respecto al IF. Este análisis se realizará a partir del artículo 149.1 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, de quince de octubre de dos mil cinco, y, luego, de su modificatoria mediante la Ley 29263, de dos de octubre de dos mil ocho, y, tras dicha disposición con rango de ley, el Decreto Supremo 007-2017-MINAM, que aprobó el reglamento del artículo 149 y 149.1 de la Ley 28611, Ley General del Ambiente, de cinco de septiembre de dos mil diecisiete.

**14º.** Se abordarán los temas siguientes: **1.** Evolución del artículo 149.1 de la LGA 28611, modificada por Ley 29263 y su reglamentación vía decretos supremos, respecto al IF y si se configuró como un requisito de procedibilidad. **2.** La naturaleza del IF y su obligatoriedad en la etapa de investigación preparatoria. **3.** Las reglas operativas para la valoración del IF.

## § 2. EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 149.1 DE LA LGA Y SU REGLAMENTO. CARÁCTER DEL IF. ¿REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD?

### A. ASPECTOS NORMATIVOS

**15º.1.** El Decreto Legislativo 613, de ocho de septiembre de mil novecientos noventa, aprobó el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, que estableció lineamientos de política y gestión ambiental. Además, el citado Código incorporó algunos tipos penales ambientales: contaminación ambiental (artículo 119), agravante para funcionarios (artículo 120), internamiento de residuos (artículo 121), agravante (artículo 122), inhabilitación para funcionario o servidor público (artículo 123), disposición y comercio de Deshechos en lugares no autorizados (artículo 124), extracción ilegal de especies de flora y fauna (artículo 125), depredación de bosques o vegetación (artículo 126), uso ilegal de tierras agrícolas (artículo 127). El referido Código fue derogado y se incorporó parte de esta lista de delitos al Código Penalvigente, aprobado por el Decreto Legislativo 635, de dieciocho de abril de mil novecientos noventa y uno, en el Título XIII “Delitos contra

la Ecología”, que con la modificatoria posterior mediante la Ley 29263, de dos de octubre de dos mil ocho, cambió la denominación del Título a “delitos ambientales”.

∞ **2.** En la Ley 26631, de veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis, se estableció que la formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental de su Sector. Este fue el primer dispositivo que le adjudicó al IF la denominación de “informe técnico” y la condición de requisito de procedibilidad entendido como “(...) aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla”<sup>66</sup>. Jurisprudencialmente se sostiene “Como se sabe, el requisito de procedibilidad es un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal, sin cuyo cumplimiento no es posible ejercitarla; afecta, por tanto, la posibilidad de la persecución procesal de un delito —no pertenece al denominado “complejo del hecho”, propio de la condición objetiva de punibilidad, de Derecho Penal sustantivo—; y, se trata de una condición formal, impuesta por razones de política criminal”<sup>7</sup>.

∞ **3.** Con fundamento en lo anterior, el informe técnico emitido por el Sector competente fue un requisito de procedibilidad para formalizar una denuncia por un delito ambiental y, claro, aun cuando el Ministerio Público constitucionalmente es el titular del ejercicio público de la acción penal, su formalización de denuncia con el Código de Procedimientos Penales y la formalización y continuación de investigación preparatoria con el Código Procesal Penal —en adelante CPP— estaba supeditada al cumplimiento de este requisito previo de la autoridad administrativa del Sector correspondiente.

∞ **4.** El quince de octubre de dos mil cinco se publicó la Ley 28611, LGA, cuyo texto original mantuvo la obligatoriedad del IF como requisito de procedibilidad. El artículo 149 y 149.1 de la citada ley prescribía que la formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito en relación a si la conducta denunciada infringió la legislación ambiental.

∞ **5.** Pero el artículo 4 de la Ley 29263, de 2 de octubre de 2008, sustituyó la citada disposición bajo los siguientes términos:

“En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación del informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental antes del pronunciamiento del fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días, contados desde la recepción del pedido del fiscal de la investigación preparatoria o del juez, bajo responsabilidad. Dicho informe deberá ser meritudo por el fiscal o el juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente”.

∞ **6.** Este nuevo precepto modificatorio se reglamentó por el Decreto Supremo 004- 2009- MINAM, de diecisiete de marzo de dos mil nueve, bajo el marco de la citada Ley 29263, que asumió que el informe técnico legal escrito es de exigencia obligatoria y deberá ser evacuado por la autoridad ambiental sectorial, sus organismos adscritos, los gobiernos locales y gobiernos regionales, así como los organismos reguladores o de fiscalización competentes en la materia objeto del proceso penal en trámite antesdel pronunciamiento del fiscal provincial o del fiscal de investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal, según corresponda.

\* Desde luego la denominación de los fiscales obedecía a que ese año se continuaba con el proceso de implementación progresiva del CPP del 2004 en los

distintos Distritos Judiciales del País que se inició en julio del 2006 en el Distrito Judicial de Huaura.

∞ 7. La sustitución normativa por la Ley 29263 y su reglamento no otorgó al IF la categoría procesal de requisito de procedibilidad para habilitar al fiscal de la investigación preparatoria la promoción de la formalización y continuación de investigación preparatoria. Sí, en cambio, estableció que debía contarse con él, con carácter obligatorio, en el desarrollo de la etapa de investigación preparatoria hasta la etapa intermedia, así como estableció su contenido –que será tratado más adelante–. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia le daban la calidad de requisito de procedibilidad.

∞ 8. El Decreto Supremo 009-2013-MINAM, de cuatro de septiembre de dos mil trece, que aprobó el Reglamento del numeral 149.1 del artículo 149 de la Ley 28611, LGA, a diferencia de la obligatoriedad del IF que debía solicitar el fiscal conforme al reglamento anterior, le dio al fiscal la facultad de solicitarlo en cualquier momento de la investigación y hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia (artículo 5.5.1 del citado Reglamento). Además, este Reglamento precisó la naturaleza del IF, el ámbito de aplicación y la autoridad administrativa responsable de su elaboración.

∞ 9. Posteriormente, el Decreto Supremo 007-2017-MINAM, de cinco de septiembre de dos mil diecisiete, derogó el Decreto Supremo precedente, con la finalidad de mejorar en forma operativa la eficacia del IF, de clarificar e identificar la autoridad administrativa responsable de emitirlo, de precisar su naturaleza en una posible comisión de los delitos de contaminación, contra los recursos naturales y responsabilidad funcional, y de concretar el ámbito de aplicación, estructura, plazo e información falsa tipificados en el Título XIII del Código Penal. Taxativamente, este dispositivo en el artículo 2 y 2.2 estatuye:

“El informe fundamentado no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal. El fiscal puede formular su requerimiento Fiscal, prescindiendo de este, con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria. Sin perjuicio de ello, es obligatoria para la autoridad responsable de su elaboración la emisión del mismo, bajo responsabilidad”.

∞ 10. El citado Decreto Supremo en el artículo 10 y 10.1 estipuló que el fiscal, en cualquier momento de la investigación y hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia del proceso penal, puede solicitar el IF a la autoridad responsable, para lo cual deberá adjuntar copia de la disposición fiscal correspondiente, en la cual indique el pedido expreso del IF, los antecedentes de los hechos denunciados, la disposición que da inicio a la investigación, los actuados relevantes, así como cualquier información relevante para que la autoridad responsable emita el informe, dentro del plazo de treinta días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción.

16°. Todo este tránsito normativo del artículo 149.1 de la LGA ha generado interpretaciones distintas y poca claridad en la doctrina y la jurisprudencia. Su lectura y operatividad práctica ha tenido distintas respuestas. Un sector le ha dado la calidad de presupuesto procesal para que el fiscal de la investigación preparatoria promueva la acción penal por un delito ambiental como el de contaminación previsto por el artículo 304 del Código Penal.

17°. Es cierto que la base del IF inicialmente encontró su justificación en que se trataba de temas técnicos y que el tipo penal de contaminación previsto en el artículo 304 del Código Penal fue creado bajo la técnica de la norma penal en blanco. En la doctrina define a la ley penal en blanco como “[...] aquellas en las que el supuesto de hecho de la norma penal se configura, total o parcialmente, por remisión a otras ramas del ordenamiento jurídico, exigiendo, por tanto, la infracción de una norma extrapenal”<sup>8</sup>. Es decir, el IF, de acuerdo al Decreto Supremo 004-2009-MINAM, por lo menos desde el punto de vista formal, era concebido como un documento escrito que suministraba información

relevante y orientaba a los operadores de justicia en una materia técnica y nueva como es el tema ambiental, que se diversifica en una multiplicidad de disciplinas que la convierte en interdisciplinaria y transdisciplinaria por el diálogo interdependiente que tiene que darse entre distintas materias extrajurídicas y jurídicas como: contaminación, hidrocarburos, industria, forestal, fauna silvestre, minería, etcétera. Ello justificaba la necesidad de que la autoridad administrativa del respectivo Sector emita este tipo de IF, que no es exclusivo de los delitos ambientales, sino también que se da en otros delitos, tales como los financieros, concursales, propiedad intelectual, propiedad ambiental, entre otros.

18°. Es verdad que los delitos contra el medio ambiente son tipos penales en blanco o de reenvío a un precepto de rango legal de otro sector del ordenamiento o de una norma administrativa dictada por la Administración, para completar el supuesto de hecho del tipo penal. Empero, condicionar el ejercicio de la acción penal a un requisito de procedibilidad por el legislador no fue una buena opción política criminal del legislador. Como se señaló, esta opción del legislador obedeció a la necesidad de suministrar una herramienta técnica a los operadores jurídicos en una disciplina especializada en la persecución de los delitos ambientales; pero también es un hecho que eran tipos penales nuevos que se habían incorporado recientemente al Código Penal. Sin embargo, tal decisión normativa en la realidad generó muchas trabas y obstáculos al acceso a la justicia ambiental por distintas razones, tales como falta de conocimiento respecto a las formalidades del contenido del IF y demora en su entrega en el plazo establecido por la entidad de fiscalización ambiental, generándose que el fiscal en muchos casos remita copias a la fiscalía penal de turno denunciando por el delito de omisión de actos funcionales a los profesionales que representan a las Entidades de Fiscalización Ambiental, así como que en muchos casos se genere un marco de impunidad.

19°. De tal forma que la exigencia del IF para dar inicio a la formalización de investigación preparatoria conforme al artículo 336 del CPP por mucho tiempo ha constituido una barrera de acceso a la justicia ambiental; es decir, a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 139.3 de la Constitución y art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

20°. Desde la doctrina se ha dicho que “[...] lo prescrito por el artículo 149 de la LGA a efectos de la evacuación del informe técnico, no constituye ya un requisito de procedibilidad”<sup>9</sup>. Esta posición obviamente fue antes de la última modificatoria de la citada disposición que obligaba a la autoridad administrativa sectorial competente (organismos adscritos, locales, regionales y organismos reguladores o de fiscalización competentes) emitan el IF para que el Fiscal de Investigación Preparatoria formalice la investigación. Lo que es criticado por el autor y considera que la nueva redacción no resulta garantista pues posibilita que el fiscal de manera precipitada formalice investigación preparatoria, (...)”<sup>10</sup>. Una última investigación señala respecto al delito de contaminación sonora que “para completar el tipo penal debe determinarse dentro de la investigación fiscal con auxilio de la autoridad ambiental de acuerdo con el artículo 149 de la Ley General del Ambiente modificado por la Ley Nro. 29263”<sup>11</sup>.

## B. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES

21°. Bajo el marco normativo temporal de la modificatoria del artículo 149 y 149.1 de la LGA y los respectivos Decretos Supremos es de advertir que aún en la jurisprudencia no está zanjado el tema respecto a si constituye o no el IF un requisito de procedibilidad. Así lo reflejan las casaciones que a continuación se identifican.

22°. En una sentencia casatoria de octubre de dos mil dieciséis se sostiene que: “De ello se infiere que la norma in comento plasma una decisión política criminal que adopta el legislador, a fin de que se postule válidamente

una pretensión penal. Por lo que cabe enfatizar que no estamos, en *strictu sensu*, ante un requisito que impida el ejercicio de la acción penal, se trata de un presupuesto procesal de obligatoria observancia, en los procesos que versen sobre delitos ambientales (...).<sup>12</sup> Ocurre lo contrario en otra decisión que señala "(...). Asimismo, en tanto la Ley General del Ambiente exige que la evacuación del informe técnico en materia ambiental se dé antes de dicho acto procesal, tal documento ha dejado de ser un requisito de procedibilidad. (...) Sobre este tema, el reglamento publicado mediante Decreto Supremo 07-2017-MINAN refuerza esta posición indicando expresamente que el informe técnico en materia ambiental no es un requisito de procedibilidad. (...)”<sup>13</sup>.

\* Situación distinta se da con otra sentencia suprema que señala, “No obstante la persecución de los delitos ambientales exige la concurrencia del requisito de procedibilidad, que la norma define como informe técnico fundamentado conforme a la Ley General del Ambiente (número veintiocho mil seiscientos once)”<sup>14</sup>. Y, por último, se “deja en claro que este informe no constituye un requisito de procedibilidad de la acción penal, por tanto, el fiscal puede formular su requerimiento con las pruebas de cargo y descargo recabadas durante la investigación preparatoria”<sup>15</sup>.

**23º.** Agotada la trazabilidad temporal de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica y por ello la Corte Suprema con su función pacificadora y unificadora de la jurisprudencia debe resolver tal discrepancia.

**24º.** Es de advertir, en lo concerniente al tema abordado, que la reglamentación del artículo 149y 149.1 de la LGA mediante el Decreto Supremo 007-2017-MINAM fue positiva, pues si bien el artículo 304 del Código Penal es un tipo penal en blanco y de reenvío a normas extrapenales y el tema ambiental es altamente técnico como ya se señaló, la exigencia del IF como requisito de procedibilidad generó distintas barreras institucionales al derecho fundamental de acceso a la justicia ambiental no solo en el delito de contaminación ambiental, sino en otros delitos. Los problemas que se presentaron fueron, resumidamente, la no emisión de los informes en los plazos correspondientes; que, en ocasiones, los informes se emitían por personal que no era técnico; que, en otras oportunidades, no se emitía el informe o se emitía sin cumplir las exigencias formales que éste requería. Ello, claramente, puso en crisis este requisito legal.

**25º.** La exigencia del IF como requisito de procedibilidad en los delitos contra el medio ambiente y en específico en el delito de contaminación ambiental que era obligatorio en nuestro país, aun cuando conforme con el artículo 152 de la Constitución el titular del ejercicio público de la acción penal es el Ministerio Público, no ocurre en el derecho comparado. No se ha identificado en sus ordenamientos jurídicos a nivel de la región que el IF sea un requisito de procedibilidad. En el caso de México, por ejemplo, en el Capítulo V Disposiciones comunes a los delitos contra el medio ambiente, artículo 421, numeral V), párrafo cuarto, de su Código Penal Federal establece que, “Las dependencias de la administración pública competentes deberán proporcionar al ministerio público o al juez, los dictámenes técnicos o periciales que se requiera con motivo de las denuncias presentadas por la comisión de los delitos a que se refiere el presente Título”. Es decir, este tipo de dictámenes técnicos, como los llaman, no tienen la condición de requisito de procedibilidad. En la misma línea, no lo exigen Costa Rica, Colombia ni El Salvador, pero sí lo solicitan en la etapa investigatoria si así lo requieren durante la etapa de investigación.

**26º.** Siendo así, es de concluir que la evolución normativa que ha tenido el IF hasta el último Decreto Supremo 007-2017-MINAM, y la lectura sistemática de sus artículos 2 y 2.2 y 10 y 10.1, terminó con la eliminación taxativa que el IF se erija en un requisito de procedibilidad para la

formalización y continuación de investigación preparatoria por el delito de contaminación ambiental, que determine la invocación por las partes procesales del artículo 4, apartado 1, del CPP que establece:

“La cuestión previa procede cuando el fiscal decide continuar con la investigación preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado”

**27º.** Ello se explica porque el fiscal investigador durante el procedimiento de diligencias preliminares colecta o incorpora diversos actos de investigación (testimoniales, inspecciones, fotografías, tomas de muestras, visitas de seguimiento, pericias, etcétera), que evaluados conforme el artículo 336, apartados 1 y 2, del CPP le permitirá la formalización y continuación de investigación preparatoria, es decir, pasar a la imputación formal o procedimiento de investigación preparatoria formalizado.

∞ Por tanto, si bien el IF no es un requisito de procedibilidad para iniciar la formalización de investigación preparatoria, ello no es óbice para que (i) el fiscal pueda solicitarlo durante la investigación y hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia del proceso penal, y (ii) la autoridad administrativa responsable de emitir el informe correspondiente esté en la obligación de cumplir en el plazo que establece la ley a fin de contribuir a la tutela judicial efectiva y no generarse impunidad (ex artículo 10 y 10.1 del Decreto Supremo 007-2017-MINAM).

**28º.** A diferencia de toda la normativa anterior, el último Decreto Supremo otorga al IF carácter facultativo. Por ello el fiscal lo puede solicitar a la autoridad responsable hasta antes de emitir pronunciamiento en la etapa intermedia. Ello implica que si los actos de investigación incorporados son suficientes para esclarecer los hechos no sería necesario solicitar el IF, por lo menos, en sede de investigación preparatoria. Sin embargo, la potestad de requerir el IF corresponde al fiscal, quien debe sostener su pretensión de sobreseimiento o acusatoria, según sea el caso. Por ello, la autoridad administrativa competente está en la obligación de emitir el informe, bajo responsabilidad (ex artículo 2, apartado 2, del Reglamento). Recuérdese que, según el artículo 149.1 de la LGA, será de exigencia obligatoria la evacuación de un IF por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal en el procedimiento intermedio; luego, necesariamente debe tener consigo el IF cuando emita al requerimiento correspondiente.

### § 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL IF Y SU OBLIGATORIEDAD

**29º.** La naturaleza del IF también ha sido objeto de distintas interpretaciones en el devenir de las diversas regulaciones del artículo 149 y 149.1 de la LGA. Esta norma jurídica no estableció su naturaleza. Tampoco lo determinó el Decreto Supremo 004- 2009-MINAN, que solo le dio el carácter de informe técnico – legal. Se limitó a establecer el contenido mínimo de sus componentes. Entre otros, señaló que debía contener: **1.** El análisis de los hechos, con indicación de la relación causal entre los hechos y el supuesto daño ambiental. **2.** La opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración del supuesto daño ambiental, cuando corresponda. Tales referentes habrían sido el fundamento, según algunos, para asimilarlo a una prueba pericial.

**30º.** Es el Decreto Supremo 009-2013-MINAM, de 4 de setiembre de dos mil trece, el que mencionó (i) que la autoridad responsable, la Entidad de Fiscalización Ambiental Nacional, Regional o Local –en caso de dudas acerca de la autoridad competente, el fiscal será orientado por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)–; y, (ii) que el IF podrá ser incorporado como prueba documental en el proceso.

∞ El Decreto Supremo 007-2017-MINAM, de 5 de septiembre de 2017, siguió estos mismos lineamientos. En su artículo 2 y 2.1 precisó:

“El informe fundamentado es un documento elaborado en cumplimiento de la Ley General del Ambiente, que constituye una prueba documental relacionada a la posible comisión de delitos de contaminación, contra los recursos naturales y de responsabilidad funcional e información falsa...”

∞ Su componente normativo y operatividad práctica en la doctrina y en la jurisprudencia, sin embargo, presentan posturas distintas. Como ya se ha señalado, el artículo 149.1 de la LGA fue reglamentado hasta la fecha por tres Decretos Supremos, lo que llevó consigo que se modifique también el contenido del IF.

**31º.** La doctrina no es pacífica sobre el tema. Se advierten dos posiciones. Una que asimila el IF a una pericia; es decir, a una prueba personal prevista en el artículo 172 del CPP. Se sostiene “(...) que la naturaleza del informe es de carácter pericial, pues cumple con los elementos propios de la pericia, tal como lo establece en NCPP en su artículo 172(...).”<sup>16</sup>.

∞ Luego de la reglamentación del artículo 149.1 de la LGA del 2017 que califica al IF como prueba documental, HUAMÁN CASTELLARES, desde una línea crítica, sostiene que la naturaleza del IF “tiene el valor de una prueba pericial y debe llamarse a la persona como perito a juicio oral, para que explique la razón de sus conclusiones”<sup>17</sup>. En el 2016, posterior a la dación del Decreto Supremo 009-2013-MINAM, que había suprimido en el artículo 4 los dos componentes ya citados del IF del Decreto Supremo 004-2009-MINAM –el análisis de los hechos precisando la relación causal entre éstos, y el supuesto daño ambiental y opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración del supuesto daño ambiental causado, cuando corresponda–, el citado autor sostuvo que, “es un informe técnico fundamentado, la autoridad administrativa realiza una labor de sistematización y concretización de la información sobre la legislación ambiental aplicable al caso, así como la emisión de una opinión sobre los criterios para determinar si existe o no un daño ambiental. Precisamente por este pronunciamiento, sobre aspectos técnicos-jurídicos y en algunos casos fácticos, nos llevan a la conclusión que el informe fundamentado tiene naturaleza jurídica de una pericia técnica”<sup>18</sup>.

**32º.** Desde otro sector de la doctrina se considera que el haberse suprimido los dos componentes vinculados a la relación de causalidad entre los hechos y el supuesto ilícito ambiental y el pronunciamiento ilustrativo de la valoración del supuesto daño ambiental, el IF solo tiene la finalidad de identificar las obligaciones ambientales de los administrados involucrados en la investigación penal, así como suministrar información al fiscal en relación a las acciones de fiscalización ambiental realizadas a los administrados involucrados. Se expresa que no tendría la finalidad de acreditar la existencia de infracciones administrativas de naturaleza ambiental, ni determinar un potencial o real peligro de daño al medio ambiente [cfr.: ANA CECILIA HURTADO HUAYLLA. Ponencia presentada al XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia penal de los jueces supremos de lo penal, 2023).

**33º.** Desde la jurisprudencia también se han presentado criterios distintos en la práctica cotidiana de los jueces y juezas de la investigación preparatoria, colegiados de juzgamiento y fiscales, que calificaron al IF como prueba material y, en algunos casos, como prueba pericial e, incluso, se convocó a los funcionarios que emitieron al IF para que se ratifiquen, bajo las reglas de la prueba pericial.

∞ Este panorama permite formular la siguiente pregunta ¿Cuál es la real naturaleza del Informe Fundamentado, a

qué tipo de prueba podemos asimilarla y qué variantes se puede dar desde su plano operativo en el proceso penal, por ejemplo, en el delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304 del Código Penal?

**34º.** Para dar respuesta a esta interrogante es útil partir desde el derecho probatorio entendido “como el estudio de las pruebas”<sup>19</sup>, pero también se dice que es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad demostrativa en el proceso<sup>20</sup>. Señala CARNELUTTI que “el derecho probatorio comprende todo el conjunto de normas jurídicas relativas a la prueba (entendida esta en su sentido amplio), sin perjuicio que su estudio debe partir necesariamente de la teoría general de la prueba”<sup>21</sup>.

**35º.** El Decreto Supremo 007-2017-MINAM, vigente a la fecha, establece que el IF es una prueba documental. Cabe subrayar que resulta relevante definir qué se entiende por prueba documental y a partir de ello establecer si se está efectivamente ante una prueba de esta naturaleza. En la doctrina se establece “... es un medio de prueba de naturaleza real, en cuanto constituido por una cosa u objeto, no por una persona, ni por su actividad. Frente a la noción de prueba personal, en la que el instrumento probatorio se encuentra en las personas –sean las partes o terceros (testigos, peritos)–, se alza la de prueba real, en la que el instrumento probatorio lo constituyen las cosas (...)”<sup>22</sup>. Señalan los autores que esto es, “todos aquellos objetos del mundo exterior que aparecen al hombre como desligados de su propia personalidad o de cualquier sujeto”<sup>23</sup>. De tal forma que la prueba documental “acredita la veracidad de un hecho a través de lo que consta en un material que recoge una determinada información”<sup>24</sup>.

**36º.** Es decir, la prueba documental es un medio de prueba de carácter material –es un soporte u objeto material– dirigido a la aportación al proceso (adquisición procesal y actuación) de documentos con la finalidad de acreditar los hechos mismos que estos contienen, su contenido ideológico (el contenido de ideas que refleja) es el que aporta el elemento de prueba, el que tiene relevancia probatoria –la prueba pericial, en cambio, sirve para descubrir o para valorar un elemento de prueba a partir de los conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica que puede tener el perito–. Está regulada en los artículos 184 al 188 del CPP. Conforme al artículo 383.1 del citado Código solo podrán ser incorporadas al juicio para su lectura –es su forma de reproducción–: b) La denuncia, la prueba documental y, entre ellas, la de informes, y las certificaciones y constataciones. El apartado 3 de la referida disposición es una regla que desarrolla el artículo 187 del mismo Cuerpo Legal, que dispone que la oralización incluye, además el pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

∞ Cabe enfatizar que el informe es una modalidad específica de prueba documental. Es el aporte de conocimiento al proceso emanada de los registros o memoria de una persona jurídica o institución, pública o privada sobre datos preexistentes archivados en ella; trae al proceso el objeto mismo que se quiere conocer, tal como se encuentra consignado, registrado o archivado en su materialidad o intelectualidad<sup>25</sup>.

∞ Lo relevante de este tipo de prueba es su obtención e incorporación al proceso (artículo 184 del CPP) y el acto de su reproducción –lectura, audición o visionado– para garantizar el derecho de defensa a través del principio de contradicción. Ahora bien, si se tiene en cuenta la evolución en el contenido y tratamiento del IF desde el Reglamento, específicamente los dos últimos han calificado al IF como prueba documental –propriadamente, de informe–, aunque no obstante su tenor literal en la práctica, en algunos casos, se le ha dado el tratamiento de prueba pericial. Para tener una mejor comprensión del contenido del IF, su evolución y el tratamiento de su naturaleza se tiene el siguiente cuadro.



**EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CONTENIDO DEL INFORME FUNDAMENTADO**

| Decreto Supremo N.º 004-2009-MINAM   | Decreto Supremo N.º 009-2013-MINAM  | Decreto Supremo N.º 007-2017-MINAM   |
|--|---|--|
| <p><b>Artículo 2. Contenido del informe</b><br/>El informe fundamentado es de carácter técnico-legal. La autoridad competente elaborará el informe fundamentado por escrito, el cual contendrá como mínimo, lo siguiente:</p> <p>a) Antecedentes<br/>b) Base Legal<br/>c) Análisis de los hechos, precisando relación causal entre éstos y el supuesto ilícito ambiental<br/>d) Análisis de la base legal aplicable, sus alcances y efectos<br/>e) Opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración del supuesto daño ambiental causado, cuando corresponda<br/>f) Conclusiones</p> | <p><b>Artículo 4. Contenido del informe fundamentado</b><br/>4.1. El informe fundamentado requerido en el marco de la investigación penal de los delitos tipificados en los capítulos I (Delitos de Contaminación) y II (Delitos contra los Recursos Naturales) del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal, deberá contener como mínimo, lo siguiente:</p> <p>a) Antecedentes de los hechos denunciados<br/>b) Base legal aplicable al caso analizado<br/>c) Competencia de la autoridad administrativa ambiental<br/>d) Identificación de las obligaciones ambientales de los administrados involucrados en la investigación penal, que se encuentren contenidos en leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y que resulten aplicables a los hechos descritos por el Ministerio Público<br/>e) Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas y/o reportes presentados por los administrados involucrados en la investigación penal de ser el caso<br/>f) Conclusiones</p> | <p><b>Artículos 4 y 4.1</b><br/>El informe fundamentado requerido en el marco de la investigación penal de los delitos tipificados en el Capítulo I del Título XIII – delitos de contaminación y en el artículo 314-B del Capítulo III del Título XIII – responsabilidad funcional e información falsa del Código Penal, deberá contener, como mínimo, lo siguiente:</p> <p>a) Antecedentes de los hechos materia de investigación<br/>b) Base legal aplicable al caso analizado<br/>c) Competencia de la autoridad<br/>d) Identificación de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados involucrados en la investigación penal, que se encuentren contenidas en leyes, reglamentos o instrumentos de gestión ambiental y otras fuentes, que resulten aplicables a los hechos descritos por el Ministerio Público. Adicionalmente, si no se tratara de administrados a la supervisión y/o fiscalización se debe señalar expresamente ello<br/>e) Información sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas por la entidad a la que se solicita el informe y/o reportes presentados por los administrados que se encuentren involucrados en la investigación penal<br/>f) Conclusiones</p> |

**37º.** Este cuadro permite analizar, en términos de temporalidad, la permanencia y variación desde su enunciado en orden al rol y contenido del IF. La reglamentación vigente, que expresa una reducción progresiva de sus componentes, demuestra claramente, en los términos de la definición teórica de la prueba documental, sus características singulares. Las disposiciones procesales antes anotadas lógicamente también tienen consecuencias respecto a la primera reglamentación del artículo 149.1 de la LGA, que legalmente califica el IF como prueba documental, lo que se explica porque brinda información sobre acciones de fiscalización o sanciones de algún tipo de comportamiento del obligado, o adjunta alguna acta de recojo de muestras. Así, “El documento es pues el objeto de la prueba documental –o, mejor dicho, la fuente de prueba que accede al proceso mediante la prueba documental–, pre-existe al proceso y es independiente y ajeno de él - no ha debido ser formado en función al proceso, con lo que se margina a los denominados “actos o actuaciones documentadas”<sup>26</sup>. Y, es así como el artículo 185 del CPP prescribe que son documentos los manuscritos, impresos, fotografías, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registros de sucesos, imágenes y voces y otros similares.

∞ El IF es, pues, un documento con el rol procesal de prueba de informe, desde que (i) fija la base legal-ambiental de los hechos objeto de la indagación penal o del proceso penal; (ii) identifica –desde el Derecho administrativo– las obligaciones ambientales fiscalizables contenidas en disposiciones legales, instrumentos de gestión ambiental y otras fuentes; (iii) comunica sobre las acciones de fiscalización ambiental realizadas y/o reportes presentados por los administrados y, sobre ello, (iv) emite las respectivas conclusiones. Lo único singular es la emisión de conclusiones, pero a partir de información objetiva registrada en la institución; no realiza o ejecuta previamente una indagación propia, al margen

de la información archivada o registrada, para realizar un aporte especializado al caso. Esto último es lo que niega su calidad de prueba pericial: no comunica principios generales fundados en la experiencia, en los resultados de una determinada área científica; no constata hechos, basados en conocimientos científicos, profesiones o técnicos autónomamente al margen de lo que se le pide; no extrae conclusiones sobre los hechos que solo se pueden investigar mediante sus conocimientos profesionales, según reglas científicas<sup>27</sup>.

**38º.** Así, la doctrina nos clarifica algunas notas características que presenta esta prueba: i) Carácter indirecto de la prueba documental. (...), pues la percepción directa es sustituida por la representación. El documento recoge la representación presente de un hecho ausente y algún rastro de ese hecho ausente<sup>28</sup>, pudiendo ser la representación de un hecho pasado, de un hecho presente e incluso de un hecho futuro, a diferencia del testigo, cuyo objeto es siempre la declaración sobre un hecho pasado<sup>29</sup>; ii) Carácter representativo de la prueba documental. (...), el documento es el objeto que representa (esto es, reproduce o refleja) su contenido<sup>30</sup>; iii) Carácter preconstituido de la prueba documental. (...) el documento nace y se constituye con anterioridad al proceso, a diferencia de otros medios de prueba (v.g.: testimoniales, declaración indagatoria del imputado) que normalmente se producen en el proceso; iv) Carácter detallado de su regulación positiva de la aportación, exhibición y autenticación. La prueba documental es objeto de especial regulación procedimental en lo relativo a la aportación al juicio, los deberes de exhibición (entre partes, de terceros y de la Administración Pública) y de la verificación de la autenticidad<sup>31</sup>.

**39º.** El CPP regula lo referente a los documentos –no destaca la clasificación desde el Derecho procesal civil y el Derecho penal en documentos públicos y documentos privados. Se valoran bajo el principio de libertad de prueba y en correspondencia con el plexo probatorio global.

**40°.** En este marco de lo estipulado en los dos últimos Decretos Supremos se extrae como premisa que el IF contendrá como “mínimo” los componentes descritos en el gráfico precedente, con excepción de lo que señaló el Decreto Supremo 004-2009- MINAM (análisis de los hechos, precisando la relación causal entre éstos y el supuesto ilícito ambiental y la opinión ilustrativa sobre los elementos para una valoración del supuesto daño ambiental causado cuando corresponda). El último Decreto Supremo 007-2017-MINAME exige como piso mínimo los elementos descritos en el gráfico que se debe garantizar en su contenido y en tal condición constituye una prueba documental, que se sujeta a las normas procesales de dicha prueba, lo que no significa que el Organismo de Evaluación y Fiscalización (OEFA) que ejerce competencia en calidad de Entidad de Fiscalización Ambiental Nacional (EFA) y las entidades a nivel regional, o local que ejerzan funciones de fiscalización ambiental, a través de sus profesionales técnicos puedan emitir informes especiales o que incluso se pueda hacer un informe adicional que tenga una estructura, una metodología, en donde contiene hallazgos, evidencias, juicios de valor y, conclusiones de lo que se ha desarrollado con pruebas técnicas. Por ejemplo, para medir la contaminación del agua de un río causada por metales pesados, se emite un IF que tiene una estructura, donde se aplica un método basado en normas y técnicas especializadas sobre la materia, se hizo recojo de muestras, se indagó sobre las fuentes de la contaminación, se realizó determinados análisis, se realizó juicios de valor y se emitió conclusiones. Ante, estos supuestos que tenga el IF el tratamiento procesal que se le dará en estos casos puntuales será de pericia especial, dado que explica sobre un área especializada que puede ser ofrecida por el fiscal investigador bajo las reglas de la prueba pericial.

**41°.** Por ejemplo, en el caso de otras entidades como la Contraloría General de la República, el Informe Especial conforme al artículo 15, literal f), de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República de la Ley 27785. “...con el debido sustento técnico y legal, constituyendo prueba preprocesal para el inicio de las acciones administrativas y/o legales...”. Por su propia configuración jurídico procesal, “...el Informe de Auditoría Gubernamental es una pericia preprocesal con características singulares por tratarse de un ámbito especialmente complejo y especializado de la Administración Pública, precedida de un procedimiento de auditoría gubernamental realizado exclusivamente en sede de la Contraloría General de la República. Como tal es propiamente una pericia institucional, de procedencia legal o impuesta legalmente (art. 173.2 NCPP)”<sup>32</sup>. Es decir, que en este caso sí se considera una pericia porque se basa en pruebas, hallazgos, observaciones, se hace de conocimiento del funcionario involucrado y se sigue un protocolo que tiene conclusiones.

∞ Es pertinente señalar que en relación a los informes que emiten las entidades de fiscalización del sector correspondiente a nivel comparado “Estos informes son de gran relevancia en el derecho comparado, son recabados no como requisito de procedibilidad porque eso afectaría la tutela judicial efectiva, sino que son recabados durante la etapa investigativa. Así, por ejemplo, sobre la relevancia de las actuaciones administrativa previas se sostiene, “podemos decir que la principal razón por la cual dichas actuaciones revisten tal entidad está dada por la envergadura técnica que las envuelve. Son fuente de recepción de observaciones e indicaciones de autoridades que basan sus dictámenes y conclusiones en la experticia de aquellos profesionales que se encuentran calificados para analizar la magnitud y gravedad de situaciones como la aquí expuesta”<sup>33</sup>.

**42°.** La prueba pericial es un medio de prueba en el que un profesional acreditado en el conocimiento especializado en una determinada área del conocimiento, técnica o arte y con una extendida experiencia emite una opinión sobre determinado tema. Este es el caso de los exámenes o informes técnicos, de análisis estadísticos, científicos o tecnológicos respecto de un concreto ámbito ambiental (v.gr.: calidad de las aguas, contaminación sonora,

etcétera), por lo que, si se elaboran bajo la metodología de la pericia, serán considerados como tal.

**43°.** El fiscal, como conductor de la investigación, conforme a los artículos 149 de la LGA y 337, apartado 3, literal b) del CPP, está facultado para solicitar a la autoridad de fiscalización, además del citado IF, datos específicos e información adicional que considere relevante y útil al objeto de investigación, especialmente en aquellas entidades de fiscalización que cuentan con laboratorio ambiental como es el caso de OEFA y otras entidades que tienen asignado un presupuesto para tercerizar con los laboratorios correspondientes. La autoridad de fiscalización competente tiene la obligación de cumplir, pues en este tipo de investigaciones por la comisión de delitos ambientales hay una especial y reforzada obligación de las entidades públicas ante un daño o peligro potencial contra un bien jurídico de naturaleza colectiva. Por ello, las Entidades de Fiscalización Ambiental están obligadas a coadyuvar a garantizar en forma efectiva el derecho fundamental del acceso a la tutela jurisdiccional en materia ambiental, no hacerlo es limitar la prevención, investigación, juzgamiento y una posible sanción de ser el caso.

**44°.** Es importante subrayar que como el tipo penal de contaminación ambiental previsto en el artículo 304 del Código Penal hace referencia a acciones u omisiones que dañan o puedan causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, ello justifica la obligatoriedad de solicitar el IF en sede de investigación preparatoria y hasta antes de emitir pronunciamiento en sede intermedia. Según ya se señaló, el artículo 149 de la LGA estipula que el IF es una exigencia obligatoria para el fiscal, y dependerá de este último el momento de su requerimiento, siempre antes de emitir pronunciamiento sobre el mérito de las actuaciones de investigación –el requerimiento del Ministerio Público, tras la conclusión del procedimiento de la investigación preparatoria, forma parte del procedimiento intermedio–. Una vez que se requiere el IF, la autoridad responsable de su emisión debe cumplir con elaborarlo en un plazo no mayor a treinta días hábiles, que incluso puede ser ampliado (artículo 10 del Decreto Supremo 007-2017- MINAM), lo que debe tener en cuenta la Fiscalía para que pueda contar con él al momento de emitir el requerimiento respectivo.

**45°.** Una circunstancia excepcional se presentará cuando la autoridad responsable de la emisión del IF adjunta al mismo diversas evaluaciones realizadas por profesionales técnicos y contiene una estructura metodológica idónea, pruebas materiales, indagaciones, hallazgos, descripción del método y aparatos utilizados, juicios de valor fundados en la disciplina pertinente y conclusiones, éstas serán considerados como prueba pericial, que obligará a las explicaciones periciales en el plenario y, desde el principio de contradicción, a que las contrapartes pueden ofrecer una pericia de parte y, en su caso, a que proceda el correspondiente debate pericial, de conformidad con lo prescrito en el artículo 181 del CPP.

#### **§ 4. REGLAS OPERATIVAS PARA EL TRATAMIENTO Y VALORACIÓN DEL IF**

**46°.** De acuerdo con el principio de libertad probatoria y lo prescrito por el artículo 158, apartado 1, del CPP el juez o jueza valorará la plataforma probatoria construyendo su razonamiento de acuerdo al sistema de sana crítica, atendiendo a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. En el caso del delito de contaminación ambiental previsto en el artículo 304 del Código Penal su comisión puede acreditarse o desvirtuarse a partir del material probatorio disponible.

∞ Entre los medios de prueba que frecuentemente se utilizan en los procesos por delitos ambientales, es de citar no solo el IF, sino también inspecciones judiciales, testimoniales, planos o croquis, fotografías, vídeos, actas, documentos, pericias de diversa índole e informes de instituciones relacionadas con el medio ambiente e,

incluso, prueba electrónica o multimedia regulada por el artículo 185 del CPP respecto a soportes electrónicos que como fuente de prueba pueden contener registros de sucesos, imágenes, voces y otros similares.

47°. La relevancia del IF respecto de un delito ambiental que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental (artículo 304 del Código Penal) resulta siendo una prueba documental –propiamente un informe, según el artículo 188 del CPP–. La autoridad responsable del IA puede acompañar los análisis técnicos indicados en el fundamento 40°, los que serán considerados prueba pericial, cuya valoración favorable estará en función a su rigurosidad y solidez científica técnica, así como a su correspondencia con el resto del material probatorio disponible.

### III. DECISIÓN

48°. 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, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ.

#### ACORDARON

49°. **ESTABLECER** como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 18°, 19°, 32°, 34°, 37°, 38°, 40°, 46° y 47° del presente Acuerdo Plenario.

50°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del modificado artículo 112 del citado Estatuto Orgánico, según la Ley modificatoria 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

51°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. **HÁGASE SABER**.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**BARRIOS ALVARADO**

**LUJÁN TÚPEZ**

**NEYRA FLORES**

**ALTABÁS KAJATT**

**BROUSSET SALAS**

**CASTAÑEDA OTSU**

**SEQUEIROS VARGAS**

**PACHECO HUANCAS**

**GUERRERO LÓPEZ**

**CHECKLEY SORIA**

**COTRINA MIÑANO**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

**PEÑA FARFÁN**

**ÁLVAREZ TRUJILLO**

2 **Artículo 67** El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

3 **Artículo 68** El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

4 **ANGLES HERNANDES, Marisol, ROVALO OTERO, Monserrat y TEJADO GALLEGOS, Mariana**, Manual de Derecho Ambiental Mexicano, Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera edición, 2021, p. 3.

5 **ANGLES HERNANDES, Marisol, ROVALO OTERO, Monserrat y TEJADO GALLEGOS, Mariana**: Ob. Cit., p. 3.

6 **SAN MARTÍN CASTRO, César**. Derecho Procesal Penal Lecciones. Segunda Edición. Fondo Editorial INDECEP – CENALES, Lima, 2020, p. 357.

7 **CASACIÓN N.º 2154-2019-Moquegua**. Sala Penal Permanente. 31 de enero 2022. Ponente San Martín Castro. Fundamento cuarto.

8 **MUÑOZ CONDE, Francisco – GARCIA ARAN, Mercedes**. Derecho Penal: Parte General. 9na. Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2015, p. 40.

9 **UGAZ ZEGARRA, Fernando**, "Acerca del significado jurídico procesal del informe técnico en los delitos ambientales", en Caro Coria, Dino Carlos y Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coordinadores), Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera, Juristas Editores E.I.R.L., Lima, 2013, p. 323.

10 **UGAZ ZEGARRA, Fernando**, Ob. Cit., p. 324.

11 **CACERES LAZARO, Sandra Inés**. Problemas de Tipicidad en los Delitos de Contaminación Sonora en la Jurisprudencia Nacional. Trabajo Académico Presentado para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal Penal. Universidad Católica de Santa María-Arequipa, 2019, p. 10.

12 **Casación N.º 175-2016/Ica**. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. 20/10/2016. Ponente Príncipe Trujillo. Fundamento Decimoprimer.

13 **Casación N.º 246-2017/Puno** Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. 29/07/2017. Ponente Lecaros Cornejo. Fundamento Octavo.

14 **Casación N.º 762-2017/Arequipa**. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. 24/05/2018. Ponente Neyra Flores. Fundamento Séptimo. 7.3.

15 **Casación N.º 464-2016/Pasco**. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 21/05/2009. Ponente Castañeda Otsu. Fundamento Decimoquinto. 15.6 segundo párrafo.

16 **UGAZ ZEGARRA, Fernando**, Ob. Cit., p. 326.

17 **HUAMÁN CASTELLARES, Daniel**, Sub-Gerencia de Capacitaciones del Poder Judicial, Lima, 23 de setiembre 2023. 18 **HUAMAN CASTELLARES, Daniel**. Manual Auto Instructivo del Curso de Delitos Ambientales, Lima, AMAG, 2016, p. 130. 18 **HUAMAN CASTELLARES, Daniel**. Manual AutoInstructivo del Curso de Delitos Ambientales, Lima, AMAG, 2016, p. 130.

19 **SENTIS MELENDO**, Citado en Carnelluti, Francesco. La Teoría general de la Prueba, Editorial EJE, Buenos Aires.

20 **SILVA MELERO, Valentín**. La Prueba Procesal, Tomo I (Teoría general del proceso), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 26, en Carnelluti, Francesco. La Teoría General de la Prueba.

21 **CARNELLUTTI, Francesco**. Ob. Cit., p. 32.

22 **ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY, Joan y otros**, La Prueba Documental, Colección de Formación Continua Facultad de Derecho ESADE Serie de Estudios Prácticos sobre Medios de Prueba, Instituto de Probática y Derecho Probatorio, Bosch Editor, Barcelona, p. 21.

23 **GUASP, J.**, La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales, en "Estudios Jurídicos", 1ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 410 y 411, Citado por ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY, Joan. Ob. Cit., p. 21.

24 **SAN MARTÍN CASTRO, César**. Ob. Cit., p. 548.

25 **SAN MARTÍN CASTRO, César**: Ob. Cit., p. 81.

26 **SAN MARTÍN CASTRO, César**: Ob. Cit., p. 548.

27 **ROXIN, Claus – SCHÜNEMANN, Bernd**: Derecho Procesal Penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, p. 347.

28 **COUTURE, E. J.**, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ª ed., Ed. BdeF Ltda., Buenos Aires, 2004, pp. 216. Citado por ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY, Ob. Cit., p. 24.

29 **DEVIS ECHANDÍA, Hernando**, Teoría general de la prueba judicial, t.2, 5ª ed., ed. Víctor P. de Zavallía, 1981, pp. 520. Citado por ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY, Ob. Cit., p. 24.

30 **ABEL LLUCH, Xavier, PICÓ I JUNOY y otros**, Ob. Cit., p. 24.

31 *Ibidem*, p. 25-27.

32 **SAN MARTÍN CASTRO, César**. Ob. Cit., p. 581.

33 **ARRUIZ, Gabriela**. Residuos Peligrosos: Análisis del fallo dictado en autos "Mocarbel, Jorge Elias". En RDAMB 72.156.

1 **Artículo 51** La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

## ACUERDO PLENARIO N° 02.B-2023/CIJ-112

**BASELEGAL:** Artículo 112° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**ASUNTO:** Delitos ambientales: diferencia entre infracción administrativa y delito de contaminación ambiental.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial y del juzgado de la investigación preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han acordado el siguiente:

### ACUERDO PLENARIO

#### I. ANTECEDENTES

1°. Las salas penales Permanente, Transitoria y Especial y del juzgado de la investigación preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 000293-2023-P-PJ, de veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, llevaron a cabo el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal – dos mil veintitrés, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por 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 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2°. El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas.

∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo.

∞ Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3°. El 12 de julio último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate, identificándose ocho mociones: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas contemporáneos y alternativas inmediatas. **B.** Delitos ambientales: a) Informe técnico fundamentado y b) Diferencias entre infracción administrativa y delitos de contaminación ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de prueba. Pruebas sobreabundantes. Control judicial. **D.** Delitos de trata de personas: tratamiento problemático y complementario. **E.** Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley N° 31751. **F.** La prisión preventiva y problemas concursales entre el inciso 6 del artículo 122-B y el artículo 368 del Código Penal. **G.** Justificación del supuesto de sobreseimiento previsto en el artículo 344, apartado 2, del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas.

∞ En la sesión del 11 de setiembre del año en curso, se eligieron a los profesionales, académicos y representantes de instituciones que informarán oralmente en audiencia pública.

4°. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a la determinación judicial de la pena: contemporáneos y alternativas inmediatas, los siguientes:

1. Ana Cecilia Huaila, abogada.
2. Dino Carlos Caro Coria, abogado y profesor universitario.
3. Humberto Manuel Balbuena Pérez y Gabriela Emilia Sáenz Mori, abogados.
4. Ignacio André Rojas Vera, abogado.
5. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA, Asociación civil sin fines de lucro.
6. Kevin André Silva Carrillo, abogado y profesor universitario.
7. Ronal Hancoco Llocle, abogado y profesor universitario.
8. Walther Huayllani Choquepuma, Juez Supranacional Especializado en materia ambiental de Lima.
9. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. Institución pública del Estado.

5°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el jueves 28 de setiembre del año en curso. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a la problemática sobre los delitos ambientales: (i) El informe técnico fundamentado y (ii) diferencia entre infracción administrativa y delitos de contaminación ambiental: **A.** Liliana Barranzuela Ramírez, representante del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA y **B.** Dino Carlos Caro Coria, abogado y profesor universitario.

6°. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y 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 el acuerdo plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a emitir resoluciones judiciales vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7°. Han sido ponentes la señora PACHECO HUANCAS y el señor COTRINA MIÑANO.

#### II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

##### § 1. CONSIDERACIONES GENERALES

8°. En la dogmática penal se ha considerado al Derecho penal como: “uno de los medios de control social (...) de carácter formal, pero no es el único que se ejerce a través de normas jurídicas que prevén sanciones formalizadas para ciertas conductas (...), existen otras formas de control social de carácter jurídico”. [MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal – Parte General*, 9na. Edición, Editorial Repertor, Barcelona, 2011, pp. 39 y 40]. En efecto: “en muchos ámbitos de la vida social (por ejemplo, en la economía, la Administración Pública, la circulación de vehículos, etcétera), el Derecho penal se encuentra en una regulación legal previa que puede coincidir con sus objetivos de proteger determinados bienes jurídicos. Esta protección primaria de los bienes jurídicos por parte de otras áreas jurídicas (resumidamente: derecho extrapenal), es obvio que, si se recuerda que el derecho

penal tan solo constituye la última ratio y que únicamente debería intervenir para contener preventivamente los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes para la pacífica coexistencia social (principio de fragmentariedad). Es decir, que el control de infracciones menos graves por parte de otras áreas del derecho (...) como el derecho administrativo sancionador es preexistente a la intervención penal” [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*, Editorial Grijley, Lima, 2014, pp. 847 y 848].

9°. En este contexto, se alude a la existencia de un Derecho penal moderno, de un derecho penal de la sociedad del riesgo o de una administrativización del Derecho penal. Este Derecho penal posee algunas características, tales como: (i) tiende a la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo que a veces consiste, simplemente, en la tutela de funciones desarrolladas por la administración; (ii) la difuminación de las líneas que separan al Derecho penal del administrativo sancionador, se produce lo que se ha venido a llamar administrativización del Derecho penal; (iii) se amplía el recurso a leyes sectoriales muy técnicas y se prioriza el empleo de normas en blanco; y, (iv) se produce una anticipación generalizada de la intervención penal, un excesivo adelanto de las barreras punitivas, consecuencia primordialmente de un agotamiento de exigencias preventivas. [BUSTOS RUBIOS, MIGUEL: *Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en Derecho penal*. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Volumen LXX, Madrid, 2017; citando a Berdugo Gómez de la Torre. I. *Viejo y nuevo Derecho Penal*].

10°. El ordenamiento jurídico penal nacional no ha sido ajeno a esta tendencia del Derecho penal, particularmente en la protección del medio ambiente, conforme se desprende del numeral 11 de la exposición de motivos del Código Penal vigente que, literalmente, dice: “los controles sociales extrapenales y una adecuada legislación administrativa al respecto, deben operar junto al Código penal”. De tal forma que el Derecho administrativo del medio ambiente que se rige por los principios de desarrollo sostenible, prevención, precautorio, internalización de costos, responsabilidad ambiental, equidad y gobernanza ambiental (Título preliminar de la Ley 28611 – Ley General del Ambiente), debe operar en un primer plano; y, en segundo término, el derecho penal, que opera bajo los principios de fragmentariedad, lesividad (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos), entre otros.

11°. No obstante, en esa interrelación operativa: “se presentan algunos inconvenientes para delimitar claramente las leyes penales de otras leyes de derecho público que establecen igualmente sanciones por la realización de conductas prohibidas. (...) En el plano formal no es posible encontrar un criterio de distinción, pues las leyes penales y las leyes administrativas sancionatorias tienen la misma estructura lógica al contar con una infracción como supuesto de hecho y una sanción como consecuencia jurídica. (...) Para diferenciar materialmente las normas sancionatorias penales de las no penales, se ha recurrido al criterio de la mayor gravedad de la conducta penalmente prohibida y la consecuencia jurídica prevista en la ley penal” [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 73].

12°. Esta delimitación normativa, sin embargo, no ha sido pacífica o uniforme y no ha estado exenta de tensiones que se han acentuado por las diversas acciones de las personas naturales y jurídicas que inciden directa o indirectamente en el medio ambiente. Bajo este panorama, siguiendo los alcances constitucionales, legales y jurisprudenciales, así como también, por la doctrina nacional y comparada en esta materia, se bosquejan algunos criterios delimitadores de estos ámbitos jurídicos que tutelan el medio ambiente.

## § 2. EL MEDIO AMBIENTE DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL Y LEGAL

13°. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el contenido a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida de la persona, tal como ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 2, inciso 22), está determinado por dos elementos; a saber: (i) el derecho a gozar de ese medio ambiente y (ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve:

“En su primera manifestación, (...) comporta la facultad de la persona de poder disfrutar de un medio ambiente natural y armónico; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de las personas y su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría carente de contenido” (cfr. STC 2268- 2007-PA, 5503-2014-PA, entre otras). “(...) El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. (...)” (cfr. STC 0048-2004-AI) [Pleno Sentencia 668/2021. Expediente 1272-2015-PA/TC-Callao. Fundamentos 14 y 15]

14°. Bajo este marco constitucional, el artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente – Ley 28611, prescribe: “ Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país”.

## § 3. DELITO CONTRA EL MEDIO AMBIENTE

15°. En el Código Penal este delito está contemplado en el Título XIII con la denominación, “Los delitos ambientales”: en el Capítulo I, los delitos de contaminación, en su forma simple, agravada, y figuras específicas sobre manejo de residuos sólidos, tráfico ilegal de residuos peligrosos, minería ilegal en su fórmula básica y agravada. En el Capítulo II, los denominados delitos contra los recursos naturales.

16°. El delito contra el medio ambiente en su fórmula básica está previsto en el artículo 304 del Código Penal. El texto original contemplado en el Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo 635, es como sigue:

### “Contaminación del medio ambiente.

**Artículo 304.** El que, infringiendo las normas sobre la protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos, o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos, (...)”.

∞ Este artículo fue modificado por el artículo 3 de la Ley 29263, publicada el dos de octubre de dos mil ocho, con el siguiente texto:

### “Artículo 304. Contaminación del ambiente

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles provoque o realice descargas, 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 (...).

∞ Finalmente, este tipo penal, fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1351, publicado el siete de enero de dos mil diecisiete, con el siguiente texto:

“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, será reprimido con pena no menor de cuatro años ni mayor de seis años (...)

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años (...).

**17º.** En esta figura típica, en primer lugar, se utiliza la técnica de una ley penal en blanco y hace depender la tipicidad de la conducta a la infracción de leyes o reglamentos o límites máximos permisibles. Así: “el límite del riesgo permitido cuya superación puede constituir un acto de contaminación ambiental se encuentra en la normatividad administrativa que regula el sector donde se despliega la actividad contaminante. (...) Las normas que conforman este sector no solo se ubican en leyes, sino que las mismas pueden encontrarse en reglamentos, resoluciones directorales y otras normas de tercer rango” [HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL OSARIM: *Materia Auto Instructivo: Curso “Delitos Ambientales”*, Academia de la Magistratura, Lima, 2016, p. 74].

∞ En segundo lugar, se describe el elemento objetivo del tipo penal, que consiste en provocar o realizar las conductas descritas (descargas, emisiones, filtraciones, etcétera).

∞ En tercer lugar, se alude a un resultado como consecuencia de la acción: que cause lesión o de peligro (pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al bien jurídico tutelado).

∞ Por otro lado, es importante destacar que, dentro de la estructura compleja del tipo delictivo analizado, éste posee dos elementos de índole normativo-valorativa. Son dos los elementos normativo-valorativos: (i) la vulneración de la normativa extrapenal (administrativa) que regula la actividad de que se trate (ley penal en blanco) y (ii) la exigencia de que la conducta “cauce o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental” [cfr.: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS y otros: *Derecho Penal – Parte Especial*, 8va. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 625].

**18º.** Este tipo penal básico es de carácter mixto alternativo. Comprende varias conductas (provocar o realizar emisiones, filtraciones, radiaciones, etcétera) y objetos (atmósfera, suelo, subsuelo, las aguas, etcétera). Basta la comisión u omisión de uno de los supuestos que prevé esta figura para que se configure el delito en su vertiente dolosa o culposa.

#### **§ 4. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO**

**19º.** En el numeral 11 de la Exposición de Motivos del Código Penal, se delinea que: “el medio ambiente constituye un bien jurídico de carácter socio económico, ya que abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos. Su protección es un elemento fundamental de la existencia y supervivencia del mundo”. Además, la ubicación sistemática de este delito en el Código Penal y conforme a la estructura descriptiva y normativa del tipo penal, incluso sucesivamente modificado, el bien jurídico que este delito tutela es el medio ambiente.

**20º.** Así, en la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales de la Corte Suprema, se ha especificado que el objeto de tutela en ese delito es el medio ambiente [Casación 216- 2021/Arequipa, de 14 de febrero de 2023. Sala Penal Permanente]. En el mismo sentido, La Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema, afirma que el bien jurídico tutelado es el ambiente, el cual es un interés jurídico complejo y colectivo; se caracteriza como derecho humano de tercera generación, de carácter difuso, público, colectivo y complejo. [Fundamento 6b de la Casación 819-2016/Arequipa, de 24 de mayo de 2019].

**21º.** Cabe adicionar que: “la doctrina mayoritaria entiende que el medio ambiente es un bien jurídico de carácter colectivo. Estos delitos se caracterizan por poseer víctimas difusas conformadas como intereses diferentes de los estrictamente individuales y diferentes, también, de los intereses propios del Estado. (...) El medio ambiente aparece, entonces, como un bien jurídico colectivo que desborda la óptica individual de los bienes que mediatamente pueden estar implicados como la vida o la salud, y cuya entidad es autónoma de la puesta en peligro de estos” [SÁNCHEZ OTHARAN, JUAN FRANCISCO: *Protección Penal del Medio Ambiente y Disuasión*, Universitat de Barcelona, 2018, Línea de investigación, pp. 74 -75]. En esa perspectiva: “el carácter colectivo del bien jurídico-penal no impide que aisladamente alguno de los elementos que permiten la estabilidad pueda ser objeto de derechos subjetivos”. [CARO CORIA, DINO CARLOS, REYNA ALFARO, REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal Económico – Tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, p. 427].

∞ El medio ambiente es, sin duda, un bien jurídico de rango constitucional, que destaca su vertiente ecocéntrica, en la que el objeto amparado por la norma –tanto constitucional como penal ordinaria– trasciende la vida y la salud humanas al materializarse en los distintos elementos que integran el ambiente natural; la protección penal se adelanta ampliamente, como puede apreciarse del conjunto de delitos que lo integran [cfr.: CARMONA DELGADO, CONCEPCIÓN y otros: *Derecho Penal Español – Parte Especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp. 680-681].

#### **§ 5. DELITO DE PELIGRO: CONCRETO O ABSTRACTO**

**22º.** En este delito, según la intensidad de afectación o modo de afectación al bien jurídico, como ya se ha dicho, puede ser de lesión o de peligro.

∞ En el primer supuesto no se advierte mayor conflicto en su operatividad, en tanto: “supone la realización de una conducta que menoscaba realmente el bien jurídico” [POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: *Derecho Penal – Parte General*, Ara Editores, Lima, 2015, p. 428]. Además de un comportamiento externo del sujeto activo (principio del hecho) debe producirse un resultado condicionado por la ejecución de la acción [JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal Parte General*, 2da. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 205].

∞ En el segundo supuesto, no es pacífica su aplicabilidad, por cuanto el delito de peligro, según la dogmática penal, puede ser: de peligro abstracto: “el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico. (...) En los delitos de peligro concreto, el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito sólo queda consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. (...) se distingue aún un tercer grupo de delitos de peligro, los llamados de aptitud para la producción de un daño (ESCRIVÁ GREGORI) o de peligro abstracto-concreto (SCHRÖDER). Se trata de figuras delictivas en las que se prohíbe la realización de una acción que lleve implícita la posibilidad de producir un determinado resultado. Este es el caso (...) de la mayor

parte de los delitos contra la salud pública (...) así como de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” [CEREZO MIR, JOSÉ: *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo*. En: *Revista de derecho penal y criminología*, 2da. Época, n° 10 (220), pp. 47-48].

∞ El peligro es una situación desacomodada e irregular en la que, para un juicio especializado, ‘de acuerdo con las circunstancias concretas imperantes aparece como probable la producción de un daño o está próxima la posibilidad del mismo’ –BGH 8, 28, pp. 32 y ss.–. En los delitos de peligro es suficiente el riesgo de su lesión como resultado de la acción [JESCHECK, HANS-HEINRICH – WIEGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 282-283]. En los delitos de peligro abstracto el fundamento de la punibilidad es la peligrosidad general (con abstracción del caso concreto) de un comportamiento determinado o de un comportamiento con determinada consecuencia [JAKOBS, GÜNTHER: *Ibidem*, pp. 209- 210].

**23º.** Los delitos del tercer grupo, también se denominan delitos de peligro hipotético: “no exigen ni la lesión ni la puesta en peligro de un bien jurídico, pero sí la ejecución de una acción que, por sus características, acredita una idoneidad lesiva hacia el objeto de protección de la norma, de suerte que, aunque no se traduzca en la producción de un peligro concreto ni abstracto, es en sí misma portadora de todas las características inherentes a la propia situación de peligro” [POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: *Ibidem*, p. 428].

**24º.** En la doctrina nacional, la postura mayoritaria considera que este delito contra el medio ambiente en su vertiente de peligro es de carácter concreto, tales como: CARO CORIA – REYNA ALFARO [*Derecho Penal – Parte general*, Editorial LP, Lima, 2023, p. 356], PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO [*Delitos Ambientales*, SB, Lima, mayo 2023, p. 409], HUAMÁN CASTELLARES, DANIEL OSARIM [*Material Auto Instructivo: Curso “Delitos Ambientales”*, AMAG, Lima, 2016], entre otros autores.

**25º.** Esta posición fue asumida en la Casación 819-2016 Arequipa, de 24 de mayo de 2019 [Fundamento 12º. Sala Penal Transitoria]; Casación 216-2021/Arequipa, de 14 de febrero de 2023 [fundamento 12º i. Sala Penal Permanente]; y, en la Casación 186-2022/Cusco, de 24 de agosto de 2023 [Fundamento 15º. Sala Penal Permanente]. En ellas expresamente se argumenta que es un delito de peligro concreto.

∞ Empero, en la Casación 383-2012/La libertad, de 15 de octubre de 2013 [fundamento 4.6 Sala Penal Permanente], se argumenta que la fuente generadora de peligro debe ser potencial o idónea para colocar en riesgo a los componentes ambientales; y, en igual sentido, en la Casación 464-2016/Pasco, de 21 de mayo de 2019 [fundamentos 12º y 14º. Sala Penal Transitoria], cuando se hace alusión a la potencialidad de la causación o basta con una puesta en peligro de los objetos materiales.

**26º.** El delito de contaminación del medio ambiente, tipificado en el artículo 304 del CP, como describe la fórmula: “pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente, etcétera”; que también lo prevé, el delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, artículo 306, cuando estatuye “puede perjudicar gravemente (...)”; y, el delito de minería ilegal, previsto en el artículo 307-A del citado Código, cuando dice: “...pueda causar perjuicio (...)”, sugiere que se trata de un delito de peligro abstracto –de peligrosidad expresa, no tácita, según los lineamientos planteados por LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL [*Derecho Penal Parte General*, 3ra. Edición, Editorial IBDeF, Montevideo–Buenos Aires, 2016, p. 292]–, en el que no se requiere para su consumación la producción de un resultado de peligro como elemento del tipo penal objetivo, sino únicamente el peligro idóneo orientado a vulnerar el medio ambiente o el equilibrio ambiental. “ Es decir, se trata de una protección

previa a la puesta en peligro concreto. La protección se adelanta aún más a la realización de la conducta idónea para poner en peligro (...)” [DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M.: *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 1995, p. 111].

**27º.** De igual forma, en la doctrina jurisprudencial española, que tiene una fórmula legal análoga a la nuestra, se argumenta que “el delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. En esta perspectiva, la última jurisprudencia, desde una perspectiva de mayor precisión y atento a la evolución dogmática de los delitos de peligro, se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial [SSTSE de 25.10.2022, 1.4.2003, 24.6.2004, 27.4.2007 y 20.6.2007], atendiendo por tal un híbrido a medio camino entre el peligro concreto y abstracto” [SSTSE de 27.9.2004 y 5469/2016]. “Los problemas de tipicidad han sido resueltos entendiendo que estamos ante un delito que responde a la estructura que es propia de los delitos de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto–concreto, peligro potencial o delitos de aptitud. No se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir un peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es un elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro (...). Basta la producción de una situación de riesgo apreciada desde la perspectiva meramente ex ante” (SSTSE 141/2008, de 8 de abril, y 916/2008, de 30 de diciembre).

∞ Por esta posición se decanta, por ejemplo, MUÑOZ CONDE. Dice el citado autor: “Se trata de un delito de peligro hipotético, a medio camino entre los de peligro abstracto y concreto, en el que, si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menor, una aptitud lesiva que la cualifique frente a las simples infracciones administrativas. El riesgo ha de ser grave, lo que introduce un elemento valorativo que deberá ser determinado por el juez en el caso concreto” [MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho Penal – Parte Especial*, 13ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 555-556]. La gravedad, por cierto, es aquella que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor [STSE 916/2008, de 30 de diciembre]. Esta última sentencia tiene expuesto que debe hacerse un juicio hipotético sobre la potencialidad lesiva de la conducta, esto es, debe identificarse el peligro creado o que la conducta es capaz de crear, o en su caso el daño causado como concreción del peligro, y es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

**§ 6. ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL RESPECTO AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

**28º.** El delito de contaminación ambiental (artículo 304 del Código Penal), cuando se refiere a infracciones de leyes o normas o límites permisibles, alude a ámbitos o espacios regulados por el Derecho administrativo:

“Es lo que se llama en doctrina la accesoriadad del derecho penal respecto al derecho administrativo, que en materia ambiental es una técnica irrenunciable, (...) La accesoriadad se destaca, como modelo técnico-legislativo, porque, aunque exista un verdadero peligro o lesión efectiva a los objetos ambientales, resultara irrelevante penalmente si no se infringe las normas jurídicas de protección del medio ambiente. En primer lugar, debe primar el principio de unidad del ordenamiento jurídico, no puede haber contradicción entre la prohibición penal y la permisión en sede administrativa (...). En segundo lugar, teniendo en consideración el principio de subsidiaridad, el derecho

penal no puede penalizar aquellos comportamientos que el derecho administrativo autoriza. (...) En tercer lugar, las normas penales no pueden determinar cuando comienza, exactamente, el límite punible contaminante, con lo cual las normas administrativas, a través de los valores límite, servirán de auxilio” [CARO CORIA, DINO CARLOS, REYNA ALFARO, REATEGUI SÁNCHEZ: *Derecho Penal Económico – Tomo II*, Jurista Editores, Lima, 2016, pp. 449 y 450].

29°. Al respecto, el modelo adoptado por el legislador es el de la accesoriadad relativa o moderada del Derecho penal del medio ambiente con relación al Derecho administrativo sancionador. “Según este modelo, el tipo penal contiene una descripción general de los comportamientos que desea sancionar, pero el injusto será completado mediante una remisión a la regulación administrativa. (...) siguiendo a DE LA MATA, este tipo de accesoriadad se apoya en distintos fundamentos: 1) la tutela del medioambiente se halla en la actividad preventiva realizada por la administración quien determina los límites tolerados de actuación; 2) permite que no exista contradicción en el ordenamiento jurídico, facilitando que el derecho penal respete los preceptos del derecho administrativo; 3) en atención al carácter fragmentario del derecho penal, solo conjugando la ley penal y el control administrativo puede protegerse adecuadamente el bien jurídico penal; 4) al encontrarse protegido el medioambiente por el derecho administrativo, este representa un límite a la amenaza penal de comportamientos permitidos” [SÁNCHEZ OTHARAN, JUAN FRANCISCO: *Protección Penal del Medio Ambiente y Disuasión*, Ibdem, p. 399].

30°. “De tal manera que la infracción a las normas administrativas llevara a un riesgo jurídicamente desaprobado, restando todavía la determinación de los posibles resultados típicos que ella ocasiona. Resulta evidente que la accesoriadad debe ser en función estrictamente a las normas del derecho administrativo y no a actos” [CARO CORIA y otros. *Ob. Cit.*, p. 457]. En esta misma vertiente, la “remisión a la normativa extrapenal no es consecuencia de una accesoriadad funcional (...) sino de la necesidad de excluir respuestas jurídicas contradictorias frente a los ciudadanos. (...) la accesoriadad administrativa es de ley, no de acto, por lo que le corresponderá al juez penal establecer en el proceso penal la ilegalidad de la acción contaminante.” [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Ob. Cit.*, p. 869].

#### § 7. CRITERIOS DELIMITADORES ENTRE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DELITOS DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL SEGÚN LA DOCTRINA NACIONAL

31°. La postura aportada por el autor nacional CARO CORIA, es la siguiente: “La relación entre el derecho administrativo y el derecho penal económico, debe plantearse solo en términos de relativa accesoriadad, es decir, el derecho penal no puede sancionar meras infracciones administrativas.

Un sistema penal de lesividad reclama la necesidad de articular la noción de riesgo permitido con el peligro para el bien jurídico. La acción no solo debe infringir la prohibición que formalmente instaura la norma administrativa, sino que, además, y allí radica su contenido material, debe ser apta para realizarse en un resultado lesivo o peligroso para el bien jurídico” [Diferencias entre infracción administrativa y delitos de contaminación ambiental, sustentado en el pleno jurisdiccional].

32°. En la misma línea, el autor nacional HUAMÁN CASTELLARES, sostiene que: “no toda superación de un riesgo permitido puede significar la realización de un delito. En el caso específico del delito de contaminación ambiental, el acto de contaminación puede no haber generado un perjuicio o tampoco puede ser potencialmente perjudicial, lo que hará que la conducta venga en atípica para el derecho penal. Un acto de contaminación ambiental será

entonces, aquella acción que de forma efectiva (resultado) o potencial (peligro concreto) afecte a las relaciones existentes entre los seres vivos, siendo el principal factor a determinar la ruptura del equilibrio existente entre ambos” [Ibidem, p. 76].

33°. Por su parte, el autor nacional GARCÍA CAVERO, enfatiza: “lo usual es que la acción contaminante haya infringido las normas administrativas ambientales. Algunos consideran que lo que distingue el delito de la infracción administrativa es un especial desvalor del resultado expresado en una puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido. Es cierto que en el caso de los tipos penales de contaminación que exigen un resultado sobre el medio ambiente o uno de sus elementos (lesión o peligro concreto), la distinción se hace menos conflictiva. Pero si el tipo penal está estructurado como un delito de peligro abstracto, entonces, el establecimiento de la frontera no es tan sencilla, pues, el criterio de distinción deberá encontrarse en la conducta misma (...)” [Ibidem, pp. 1046 y 1047].

#### § 8. DIFERENCIAS ENTRE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA Y DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

34°. El delito contra el medio ambiente, conforme a las disposiciones legales, es un delito de carácter colectivo, mixto alternativo, que requiere de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, medio ambiente o sus componentes, la calidad o la salud ambiental. De modo que para su consumación se requiere:

- A. Comisión u omisión de alguna de las acciones típicas, provocar o realizar descargas, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruidos, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, suelo, subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas.
- B. Infracción de las leyes, los reglamentos o los límites máximos permisibles (normas extrapenales). Es un elemento normativo del tipo que ha de ser abarcado por el dolo —en los delitos dolosos, claro está—.
- C. Lesión del bien jurídico (delito de resultado) o de una conducta idónea para producir peligro para el bien jurídico (delito de peligro abstracto desarrollado por la dogmática penal contemporánea en lo específico para estos delitos), como el medio ambiente, la calidad o la salud ambiental. No se requiere de un resultado concreto. Si no existe daño ni riesgo no puede existir este delito.

∞ Dicho de otra manera, no basta la infracción de las normas extrapenales, sino también que la conducta sea potencialmente peligrosa para causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente. De tal forma que, la sola infracción de las normas administrativas no supone la configuración típica, sino que, además se requiere, y aquí se distingue de la infracción administrativa, que la conducta sea idónea para causar o producir un peligro en el equilibrio del medio ambiente. “La exigencia de la idoneidad deja más clara la diferencia entre el injusto específicamente penal y el administrativo” [FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: *Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto. Sobre la Normativización del peligro*, p. 315]; criterio que este Tribunal Supremo ha dejado sentado, cuando se ha sostenido que “el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa” [Acuerdo Plenario 1-2007/ESV-22. Ejecutoria vinculante, R.N. 2090-2005. Fundamento cuarto].

35°. En esa perspectiva, para examinar la idoneidad de la conducta peligrosa resulta apropiado tener en cuenta, entre otros, la calidad y/o propiedades del vertimiento, emisiones, filtraciones o radiaciones; la intensidad, la temporalidad, continuidad o reiteración de la conducta contaminante; y, la extensión y continuidad de sus efectos



en el equilibrio del medio ambiente. Ello implica un juicio de valor que el juez debe explicitar caso por caso.

### III. DECISIÓN

**36°.** 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, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

#### ACORDARON

**37°.** ESTABLECER como criterio de interpretación las razones expuestas en los fundamentos jurídicos 34° al 35° del presente Acuerdo Plenario.

**38°.** PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que regula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los acuerdos plenarios dictados al amparo del artículo 112 del citado Código Orgánico.

**39°.** DECLARAR sin embargo que, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse del contenido de un acuerdo plenario si se incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

**40°.** PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

HÁGASE saber.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

LUJÁN TÚPEZ

NEYRA FLORES

ALTABÁS KAJATT

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHECKLEY SORIA

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

PEÑA FARFÁN

ÁLVAREZ TRUJILLO

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

### XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

#### ACUERDO PLENARIO N.º 03-2023/CIJ-112

**BASELEGAL:** Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31591, de 26-12-2022

**ASUNTO:** Etapa Intermedia. Control de admisión de medios de prueba

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

#### ACUERDO PLENARIO

##### I. ANTECEDENTES

**1°.** Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 293-2023-P-PJ, de veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, realizaron el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil veintitrés, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del enlace de la página web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–,

modificada por la Ley 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós, para dictar acuerdos plenarios que definan la uniformización de la jurisprudencia penal.

**2°.** El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica, la instalación del Pleno Jurisdiccional –que se realizó con la Primera Sesión del Pleno de veintidós de junio de dos mil veintitrés– y la selección de los temas del foro para que se propongan los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial a fin de garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección de temas alcanzados por la comunidad jurídica, la designación de jueces supremos ponentes y la designación de la fecha de presentación de ponencias respecto de las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas. Esta fase culminó con la II Sesión del Pleno Jurisdiccional de seis de julio último.

**3°.** El doce de julio último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate. Se trata de los siguientes: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales. **B.** Delitos ambientales: exigencia y

vigencia del informe técnico de la autoridad administrativa, diferencias entre infracción administrativa y delito de contaminación ambiental, y momento de consumación del delito ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria. **D.** Delito de trata de personas: aspectos de determinación típica y problemas normativos. **E.** Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley 31751. **F.** Prisión preventiva y problemas concursales entre el artículo 122-B, inciso 6, del Código Penal y el artículo 122-B del mismo código. **G.** El motivo de sobreseimiento del artículo 344, apartado 2, literal d), del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas. **H.** Estándar de elementos de convicción y sobreseimiento. El recurso del actor civil contra el sobreseimiento y la absolución. Alcances.

∞ El once de septiembre del presente año se seleccionaron a los juristas y las instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4º. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, un informe escrito en relación a la “Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria”, el señor abogado Julio César Espinoza Goyena y el señor fiscal Reggis Oliver Chávez Sánchez, docente de la Universidad Particular San Martín de Porres.

5º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el jueves veintiocho de septiembre de dos mil veintitres. Hicieron uso de la palabra el señor abogado Julio César Espinoza Goyena y el señor Fiscal Superior Reggis Oliver Chávez Sánchez.

6º. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y 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 el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República para pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7º. Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y CHECKLEY SORIA.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. TEMAS PROBLEMÁTICOS MATERIA DE ANÁLISIS

8º. El presente Acuerdo Plenario tiene el cometido de brindar pautas hermenéuticas claras en relación a la audiencia preliminar de control de acusación, específicamente a la admisión de los medios de prueba para su actuación en el juicio oral. Como el ámbito es acotado: el procedimiento intermedio, solo se tendrá en cuenta lo establecido en los artículos 155, apartado 2, 156, 157, 349, apartado 1, literal ‘h’, 350, apartado 1, literal ‘f’, 352, apartados 1 y 5, y 353, apartados 2, literal ‘c’, y 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–.

### § 2. OBJETO DE PRUEBA Y LÍMITES GENERALES AL DERECHO A LA PRUEBA

9º. El primer aspecto que, desde ya, debe considerarse relevante desde el principio de libertad probatoria, es, de un lado, que el objetado de la prueba concreta son las afirmaciones fácticas, sobre los hechos materia de la imputación –además, de la punibilidad y la determinación de la sanción penal: pena y, en su caso, medida de seguridad– y los que propone la defensa para negarlos o para introducir hechos impositivos, modificativos y excluyentes o extintivos –todo ello forma el denominado “objetodel debate”–; y, de otro lado, que las afirmaciones sobre los hechos objeto de prueba pueden ser acreditadas

por cualquier medio de prueba permitido por la ley –y también, bajo ciertas equivalencias con los típicos, los medios de prueba atípicos, como autoriza el artículo 157, apartado 1, del CPP– (no se exige la utilización de un medio de prueba determinado, salvo el caso de las leyes civiles respecto del estado civil o de ciudadanía de las personas; no rige el principio de taxatividad).

∞ Es de tener presente, según señala RUBÉN A. CHAIA, que el Código no establece un sistema taxativo ni contiene fórmulas cerradas sobre cuál es el camino adecuado para probar un hecho, por lo tanto, en materia probatoria, ha de interpretarse que todo lo que no resulta prohibido se encuentra permitido [*La prueba en el proceso penal*, 2da. Edición y 2da. Reimpresión, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 112]. Se prueban todos los hechos que interesan para la sentencia y exigen una comprobación [MANZINI, VINCENZO: *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Editorial EJE, Buenos Aires, 1952, p. 203].

10º. Es evidente, por lo demás, que los antecedentes penales del imputado solo se prueban con el boletín de antecedentes del Registro Central o Distrital o, en su defecto, con la copia certificada de la sentencia, y para determinar cuándo fue excarcelada una persona solo se acredita con la hoja carcelaria emitida por el INPE o con la copia certificada de la resolución que lo dispuso [vid.: artículo 403 del CPP]. También, que la inimputabilidad y peligrosidad de una persona o que presente ulteriormente al delito una anomalía psíquica grave solo se acredita con una pericia médico legal, específicamente psiquiátrica, no por testigos o meros informes de atención médica, que en todo caso serán antecedentes que el perito psiquiatra debe evaluar [vid.: artículos 75 y 76 del CPP]. Asimismo, cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal –en adelante, CP–, será del caso, preponderantemente, una pericia cultural o antropológica, como estatuye el artículo 172, apartado 2, del CPP.

11º. El segundo aspecto a tomar en cuenta es la denominada prueba ilícita –que deriva del principio de legalidad de la prueba, es decir, de la ineludible exclusión por razones de antijuricidad de los medios de investigación y de prueba–, en tanto límite general del derecho a la prueba, que será de rigor analizar, en este caso, solo desde la perspectiva del juicio de admisibilidad. Aquí, como plantea SERRA DOMÍNGUEZ, se tiene (i) la prueba prohibida por la ley, (ii) la prueba realizada en forma distinta a la regulada por la ley –y con ostensible inobservancia de la garantía del debido proceso y del principio de igualdad de armas–, y (iii) la prueba inconstitucional [*Estudios de Derecho Probatorio*, Editorial Communitas, Lima, 2009, p. 178].

∞ **A.** Un ejemplo de la primera, de carácter general, es lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 157 del CPP: utilización métodos o técnicas idóneos para influir sobre la libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos del interesado. También será una prueba prohibida por la ley el testimonio de quien tiene derecho de abstención y en las condiciones previstas legalmente, a menos que voluntaria e informadamente exprese su aquiescencia al interrogatorio (parientes del imputado, secreto profesional y secreto de estado: ex artículo 165 del CPP); el careo entre el imputado y la víctima menor de edad, a menos que su representante o su defensor lo solicite expresamente (ex artículo 182, apartado 3, del CPP); los testimonios de referencia de policías acerca de lo que expresó un informante cuyo nombre no reveló y no fue interrogado como testigo (ex artículo 163, apartado 3, del CPP); el testimonio del testigo de referencia que se niega a proporcionar la identidad del testigo fuente o la fuente de su conocimiento (artículo 166, apartado 2, del CPP); los documentos que contengan declaraciones anónimas, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado (ex artículo 184, apartado 3, del CPP); y, los medios de prueba no reconocidos por la ciencia como idóneos para generar conocimiento [CAFFERATA NORES, JOSÉ – HAIRABEDIÁN, MAXIMILIANO: *La prueba en el Proceso penal*, Editorial LexisNexis, 6ta. Edición, Buenos

Aires, 2008, p. 44]. El artículo 135 del CP incorpora dos supuestos de prueba prohibida; así, en los procesos por delitos contra el honor, no cabe prueba: (i) sobre la imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero, y (ii) sobre cualquier imputación que se refiere a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo.

\* Pueden incluirse en esta clase de prueba ilícita –no permitida por la ley– la prueba de los hechos notorios, de las máximas de la experiencia, de las leyes naturales, de la norma jurídica interna vigente, de aquello que es objeto de cosa juzgada y de lo imposible (ex artículo 156, apartado 2, del CPP).

[1] Lo notorio es un concepto indeterminado y relativo. Ya explicaba CALAMANDREI que notorio es aquel hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión, lo que no supone generalidad, sino que el hecho sea conocido por personas dotadas de cultura media, entre las que debe estar el juez –de lo contrario, sí sería necesaria prueba– [“*notorium non egent probatione*”]. Tiene explicitado el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt 26, 56, 59) que hechos notorios son aquellos sobre los cuales una persona razonable generalmente tiene conocimiento, o sobre los que se puede informar con seguridad a partir de fuentes confiables y sin conocimientos teóricos especiales [VOLK/AMBOS/SANCHEZ: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Ubi Lex Asesores, Lima, 2023, p. 423]. Es, pues, una cualidad que el órgano judicial atribuye a un hecho en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente cierto y por la cual considera innecesaria toda prueba sobre ese hecho. Ante la negación de lo notorio por una de las partes, la contraprueba debe ser admitida siempre que la contradicción hacia lo notorio no sea manifiestamente infundada [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros: *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 3ra. Edición, Madrid, 2016, pp. 109-110].

[2] Las máximas de la experiencia no son hechos, sino definiciones o juicios hipotéticos de contenido general procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos; es obvio que, si tales máximas de la experiencia requieren de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, han de ser aclarados a través de la prueba pericial [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Civil* – Tomo I, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, pp. 400-401].

[3] La prueba imposible es aquella que, *ab initio*, no permite su actuación, es impracticable o inalcanzable. Por ejemplo, cuando el testigo o perito falleció, padece de una enfermedad que lo inhabilita para declarar o se desconoce su paradero o, por alguna otra razón, (v.gr.: tiene mandato de captura en un proceso penal) no es habido, no se conoce su identidad o, ubicándolo, es inviable traerlo al lugar del juicio o que pueda rendir testimonio por vía virtual o exhorto. También cuando no se sabe la ubicación de un documento o, en el caso de la prueba informativa, la institución sufrió la desaparición o pérdida de sus archivos. Asimismo, cuando no existe método científico válido o asequible que pueda explicar o mejor comprender algún hecho de la causa. Otro aspecto relacionado es la prueba de lo imposible, es decir, cuando se aporta un medio de prueba dirigida a probar lo que va en contra de los conocimientos científicos o de aspectos o temas de conocimiento consolidado.

∞ B. En el caso de la segunda clase de prueba ilícita se trata de aquella referida a los actos de investigación que se buscan acceder al juicio como prueba documentada (prueba anticipada y prueba preconstituida). Así, por ejemplo, no es admisible introducir la oralización de una declaración jurada notarial en reemplazo del testimonio judicial de una persona, tampoco lo es la oralización de un acta labrada por la policía o la fiscalía incumpliendo los

requisitos legales para su actuación. Es el caso, entre otros supuestos, de las declaraciones de personas actuadas en sede de investigación preparatoria sin que se hubiera citado a la parte afectada –o a su abogado–, y, en general, de los actos de investigación que incumplan lo dispuesto en el artículo 383, apartado 1, del CPP.

∞ C. En el caso de la tercera clase de prueba ilícita: la prueba inconstitucional (más concretamente aquellas susceptibles de inutilizabilidad fisiológica), tipifica, –en los supuestos de examen de su admisibilidad– aquellas fuentes de prueba obtenidas mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, engaño, o las obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona o, de un supuesto más amplio, al margen de un procedimiento constitucionalmente legítimo, que sitúa a la Constitución en el centro de una actividad probatoria conforme a sus disposiciones [vid.: artículos VIII del Título Preliminar y 159 del CPP] y que, de no rechazarse en el momento procesal oportuno, el órgano jurisdiccional de juicio deberá inutilizarla. La Constitución reconoce y regula los derechos fundamentales; también dispone cómo debe configurarse un proceso penal respetuoso de sus normas; y, desde ella, la ley ordinaria –como regla, el Código Procesal Penal– desarrolla las instituciones indispensables para obtener la prueba regulando las autorizaciones para ello, asumiendo como eje fundamental el respeto a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad, que es el caso, comúnmente, de los actos de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, reglados en el Título III de la Sección II La Prueba del Libro II La Actividad Procesal del CPP [v.gr.: artículos 202 y 203 del CPP].

∞ Cabe acotar que el artículo 155, apartado 1, del CPP precisa que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada, además de la Constitución y de los Tratados aprobados y ratificados por el Perú, por el CPP –sin perjuicio, claro está, de las demás leyes procesales especiales–. En consecuencia, también es un supuesto de prueba ilícita, desde esta perspectiva general, cuando se trata de fuentes de prueba que en su obtención se contravengan los requisitos formales y las disposiciones señaladas en el CPP, en tanto en cuanto se trata de disposiciones esenciales que afecten el debido proceso o el principio de igualdad de armas –las denominadas normas de garantía de la prueba–.

∞ Por otro lado, la utilización de una fuente de prueba obtenida en sede de investigación preparatoria depende no solo de las garantías en su obtención, sino también de las garantías en su conservación en el caso de las llamadas “pruebas materiales”, cuya corrección comprende el cumplimiento de la cadena de custodia, entre otras técnicas de certificación, para evitar la contaminación o alteración de los vestigios materiales y pruebas materiales que pueden estar sujetas a prueba pericial. El análisis, en estos casos, debe ser muy prudente, pues pueden existir otros medios de prueba que nieguen la falta de fiabilidad de un medio de prueba por el hecho mismo de la ruptura de la cadena de custodia.

### § 3. LA PROPOSICIÓN DE LAS PRUEBAS

12º. El juicio de admisibilidad –o canon procesal de admisibilidad– se refiere al examen previo que debe hacer el juez acerca de si concurren ciertas condiciones, genéricas o específicas, prescritas por la ley para aceptar la actuación de un medio de prueba ofrecido. Estas condiciones pueden referirse, ya a la naturaleza del medio de prueba, ya a la forma en que se solicita la prueba, ya, por último, a los plazos dentro de los cuales puede ser solicitada –se refiere al objeto de prueba en concreto–. Este juicio vale respecto a la actuación o ejecución del medio de prueba, pero no prejuzga el juicio definitivo que se reserva al juez de la decisión [ROCCO, UGO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Volumen III, Editoriales Temis–Depalma, Bogotá–Buenos Aires, 1972, pp. 106–107]. Es del caso reconocer que frente al derecho de las partes a proponer las pruebas que estimen procedentes aparece el deber del juez de rechazar aquéllas que no cumplan los requisitos, exigencias y finalidades propias del proceso,

siempre que se motive la resolución [cfr.: STSE de 25 de junio de 1990].

∞ Ahora bien, el primer requisito para el juicio de admisibilidad de los medios de prueba es que se ofrezcan con arreglo a las formalidades legales que disciplina el CPP. Las formalidades legales están referidas *(i)* a la oportunidad procesal para proponer las solicitudes probatorias, *(ii)* a la debida identificación del medio de prueba (con la especificación del domicilio de los órganos de prueba: testigos y peritos –de sus datos personales–), y *(iii)* a la indicación del aporte probatorio que se espera de los medios de prueba ofrecidos.

**13º.** Respecto de la Fiscalía, el artículo 349, apartado 1, literal 'h', del CPP estatuye que en la acusación fiscal se debe ofrecer las pruebas, con la presentación de las listas de peritos y testigos, con indicación de sus nombres y domicilios –de sus datos personales–, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones (para los testigos) o exposiciones (para los peritos). De igual manera, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca (prueba documental, prueba material, prueba de inspección o de reconstrucción y prueba documentada –preconstituida y anticipada–); reseña que importa destacar el aporte probatorio de los medios de prueba.

∞ En lo concerniente a las demás partes procesales, la oportunidad para ofrecer pruebas es en el escrito de contestación a que hace referencia el artículo 350, apartado 1, literal 'f', del CPP. Por ello es que se corre traslado –se les notifica la acusación fiscal– y, por escrito, entre otras articulaciones o mociones, éstas han de ofrecer sus pruebas. En casos de procesos complejos o contra organizaciones criminales, según criterio razonable del juez, será posible conceder un plazo judicial ampliatorio, pedido justificadamente por las partes, para presentar el referido escrito. Ante casos excepcionales, soluciones excepcionales, compatibles con la garantía de defensa procesal que prevé el derecho a un tiempo razonable para plantear su estrategia procesal.

∞ Este momento u oportunidad procesal se encuentra dentro del periodo escrito del procedimiento intermedio. Su debido cumplimiento *(i)* plasma la vigencia y trascendencia del principio de contradicción, *(ii)* ordena debidamente el debate sobre el juicio de admisibilidad, desde una lógica de bilateralidad, que se producirá en la audiencia preliminar de control de acusación, y *(iii)* evita planteamientos sorpresivos en la audiencia.

**14º.** El escrito de proposición de pruebas, en tanto acto procesal de parte consistente en manifestar los medios de prueba de que intenta valerse en el proceso, el objeto de los mismos y en la petición de que sean practicados o actuados [cfr.: ORTELLS RAMOS, MANUEL: *Derecho Procesal Civil*, 3ra. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 379], está sujeto a dos exigencias: *(i)* formal y *(ii)* material.

∞ **1.** La primera, es la debida identificación de los órganos de prueba (testigos y peritos), con la especificación de sus domicilios –para garantizar su correcto emplazamiento–, así como la enumeración de los demás medios de prueba cuya actuación solicita (prueba documental, prueba material, prueba de inspección o de reconstrucción y prueba documentada –preconstituida y anticipada–). Cuando se trata de documentos no incorporados al proceso, el que los propone debe presentarlos en ese acto –con su escrito– o señalar el lugar preciso donde se hallan para su obtención. En su esencia, el medio de prueba debe estar designado de forma precisa y las explicaciones del solicitante deben permitir qué vinculación o conexión existe entre el hecho a probar y el medio de prueba planteado.

∞ **2.** La segunda, está referida a la forma de la proposición de pruebas. La parte debe explicar la pertinencia, utilidad o necesidad y conducencia del medio de prueba ofrecido. En el escrito se precisará el aporte del medio de prueba, así como los hechos que en el caso de testigos y peritos serán materia de declaración o de exposición explicativa,

respectivamente. Se entiende que en todos estos casos las explicaciones serán claras, concretas y concisas; incluso, pueden ser en bloque siempre que permitan una mejor comprensión y definición de su admisibilidad. Cabe aclarar que la parte que propone un medio de prueba debe formular una afirmación probatoria determinada, esto es, debe especificar el hecho o las circunstancias que se pretenden probar –no es suficiente mencionar el fin de la prueba: el resultado desde el cual podría inferirse el hecho que se quiere probar– y en qué medida el medio de prueba ofrecido contribuirá a este objetivo [VOLK/AMBOS/SÁNCHEZ: *Ibidem*, p. 434]. Cuando la contraparte plantea medios de prueba en orden a hechos impeditivos, modificativos y excluyentes o extintivos, es de entender que han de ser hechos con trascendencia jurídica para negar la pretensión de la parte que afirmó hechos constitutivos de su pretensión (Ministerio Público y actor civil). La parte debe tener suficiente claridad sobre el medio de prueba que postula, sobre su estrategia procesal y cuál es la relación, directa o indirecta, con los hechos jurídicamente relevante, pues solo así podrá explicar de manera sucinta y clara la viabilidad de su postulación probatoria y estar en condiciones de poder efectuar las aclaraciones que correspondan. El juez debe exigirle ese conocimiento.

∞ De otro lado, los defectos en la proposición de pruebas no pueden acarrear de manera automática su inadmisión, sino que el órgano judicial debe advertir al proponente para que subsane el defecto advertido en un plazo razonable y de las consecuencias, caso de no hacerlo, en relación a la admisión de la prueba [STSE 381/2014, de 21 de mayo]. La consecuencia jurídica del incumplimiento será la inadmisión del medio de prueba propuesto.

\* Es obvio que cuando se dispone que el fiscal o las demás partes procesales subsanen un defecto en su proposición probatoria, el escrito debe presentarse en el plazo estipulado por el juez; además, el escrito de subsanación debe circunscribirse a los defectos señalados, sin que pueda incorporar otros medios de prueba ni variar los términos de su planteamiento inicial, como sería introducir otros hechos, otras objeciones o cuestiones probatorias adicionales, de suerte que en estos supuestos el juez rechazará liminarmente tales planteamientos.

**15º.** El planteo de solicitudes probatorias tardías, fuera de la oportunidad procesal legalmente estipulada, por lo general, es una causa genérica de rechazo, en virtud del principio de preclusión. Por lo demás, es de tener en consideración que pasado este periodo el propio CPP permite postulaciones probatorias, ciertamente con una mayor restricción –El CPP parte de un momento procesal específico para la proposición de prueba y, luego, reconoce otros momentos, a los que añade más exigentes requisitos de aceptación–. Así: **(1)** al inicio del juicio oral (ex artículo 373 del CPP). **(2)** en el curso del juicio oral, por ejemplo, realización de un debate pericial: artículo 378, apartado 7, del CPP; ampliación del interrogatorio de testigos y peritos: artículo 378, apartado 10, del CPP; presentación, exhibición y reconocimiento de la prueba material: artículo 382 del CPP. **(3)** Al final del debate, consistente, primero, en la realización de una inspección judicial o de una reconstrucción, o, segundo, en la actuación de nuevos medios de probatorios indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad: artículo 385 del CPP.

∞ Sin embargo, no cabe aceptar criterios rígidos, pues pueden ocasionar rechazos arbitrarios con lesión al derecho de ser oído y derecho a la prueba. El examen de la solicitud probatoria deberá producirse caso por caso, y siempre *(i)* que el periodo procesal, el debate de admisión en la audiencia preliminar, no haya concluido definitivamente, *(ii)* que el pedido tardío no importe un planteo malicioso (uso abusivo del derecho), de retardo del procedimiento intermedio, y *(iii)* que no se lesione el derecho de las otras partes procesales. Uno de esos casos posibles sería, justificándolo, cuando la parte no conoció de su existencia sino hasta el momento de su proposición o cuando tenga esencial influencia en los resultados del

juicio o plenario –si en el curso de la audiencia preliminar recién se conoce o se advierte la posibilidad de utilización del medio de prueba–.

∞ Por lo demás, frente a solicitudes confusas o incompletas, corresponderá al juez de la investigación preparatoria, en aplicación del deber de esclarecimiento y del deber de asistencia judicial, exigir su aclaración o que se complete, de ser posible antes del inicio del periodo oral del procedimiento intermedio o en plena audiencia preliminar. Si por una u otra razón, siempre justificada, la solicitud se presenta en la propia audiencia, en ese momento debe exigirse que se aclare o se complete. Recuérdese que la regla es que la solicitud probatoria se presente en el escrito de acusación del fiscal o en el de contestación de la acusación de las demás partes, y que muy excepcionalmente, por causas debidamente justificadas respecto de lo tardía de la propuesta, puede aceptarse ofrecimiento de pruebas ya iniciada la audiencia preliminar de control de acusación. No se puede premiar la negligencia de las partes, pero sí reconocer que por causas de fuerza mayor o caso fortuito es posible justificar una presentación extemporánea.

∞ Igual criterio, de modo general, debe utilizarse en orden al propio debate de la exigencia material del juicio de admisibilidad. La regla es que las objeciones se formulan por escrito y se oralizan en la audiencia preliminar. Empero, en este aspecto el criterio debe ser más flexible, de suerte que sea posible, primero, permitir argumentos nuevos, a los ya expuestos, para cuestionar la admisibilidad una prueba; y, segundo, aceptar objeciones en la audiencia preliminar en lo atinente a otras pruebas ofrecidas por las contrapartes. Ha de entenderse, siempre, que esta aceptación de planteamientos es excepcional, sujeta a lo nuclear de la objeción.

∞ Un criterio distinto, por razón de igualdad de armas, debe tenerse respecto del Ministerio Público, pues su pedido probatorio es el que es materia de traslado a las demás partes. Luego, sus planteamientos respecto de las pruebas ofrecidas por ellas solo pueden tener lugar en la audiencia preliminar. El fiscal no puede tener restricciones en este punto.

**16°.** La exigencia material del juicio de admisibilidad estriba en que el medio de prueba debe ser *(i)* pertinente, *(ii)* útil o necesario y *(iii)* conducente, así como no debe ser *(iv)* super o sobreabundante, e *(v)* imposible o inasequible –implican una graduación de exigencia lógica, de lo oportuno y adecuado a lo obligado y forzoso [RIFÁ SOLER, JOSÉ MARÍA y otros: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006, p. 326]. Se trata que el material probatorio propuesto sea el adecuado para la decisión del órgano jurisdiccional y que no se presente un causal probatorio excesivo que, lejos de dilucidar, oscurezca el debido esclarecimiento de los hechos. Todo ello significa que el derecho a la prueba no puede ser absoluto, sin que se halla condicionado a determinados requisitos legales, de modo que los jueces tienen potestad para seleccionar la prueba propuesta y decretar su inadmisión, no de modo arbitrario o injustificado, sino explicando debidamente su decisión [cfr.: STSE 577/2000, de 10 de noviembre]. El objetivo de estos requisitos es buscar el necesario equilibrio entre el derecho de defensa y la necesidad de evitar entorpecimientos que bloqueen el juicio oral.

∞ Es de enfatizar que se está frente a una serie de supuestos que responden al principio de economía procesal. El juez de la investigación preparatoria ejerce en la etapa intermedia una función de saneamiento procesal que exige evitar dilaciones maliciosas y promover la realización de un juicio moral ágil, eficaz y coherente. Es necesario realizar un análisis mínimo de los medios de prueba y evitar cualquier actuación inútil o impertinente que no brinda ninguna información relevante [DEL RÍO LABARTHE, GONZALO: *La etapa intermedia*, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2021, p. 187].

∞ El Código Procesal Penal reconoce la primacía de las partes para esclarecer los hechos afirmados por ellas mismas, sin perjuicio de permitir la necesaria intervención

del órgano jurisdiccional para conducir el debate y aportar excepcionalmente prueba de oficio en aras de la búsqueda de la verdad (*veritas delicti*), pues el objeto del debate debe ser esclarecido de manera completa y en todas las direcciones (principio de investigación). La noción de completitud del material probatorio para un debido esclarecimiento del hecho o hechos objeto del debate es lo que, por razones de justicia material, prima en el proceso penal.

**17°.** En orden a la admisión de los medios de prueba propuestos la primera condición o requisito es el de pertinencia –expresa la capacidad del medio de prueba para formar la decisión judicial sobre el objeto del debate–, que es una característica constitutiva de la prueba [TARUFFO, MICHELE: *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 365]. La prueba debe estar referida a hechos (externos o internos) que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del debate o juicio –del *tema decidendi* o *ratio decisionis*– (aportados por la Fiscalía y las demás partes procesales: hechos constitutivos de la pretensión penal y civil, de un lado, y hechos impeditivos, modificativos y excluyentes o extintivos, de otro). De por medio está, como punto de referencia, la determinación y la interpretación del tipo delictivo, de la *fattispecie* legal abstracta bajo la cual subsumir el derecho hecho valer en juicio [PROTO PISANI, ANDREA: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Palestra, Lima, 2018, p. 436]; debe partirse, entonces, de los relatos respectivos incorporados a sus conclusiones provisionales por la acusación y la defensa (ex artículos 349 y 350 del CPP). Siendo así, los medios de prueba ofrecidos han de estar orientados a probar, o a debilitar la prueba contraria, sobre aspectos atinentes al objeto del debate –idoneidad de su objeto, cuyo centro es el tipo delictivo atribuido al imputado–. De no ser así, serán pruebas impertinentes por no contribuir a esclarecer los hechos objeto del debate, que no pertenecen al ámbito objetivo del proceso [*quae ad obiectum non pertinent*].

∞ De otro lado, también son considerados impertinentes por irrelevantes, en esta perspectiva, cuando se trata de medios de prueba que tratan de demostrar la ocurrencia de hechos irrelevantes, cuya acreditación en nada puede definir la sentencia que en el proceso debe dictarse; aun cuando fueran admitidos y practicados, con éxito, carecería de incidencia en la resolución sobre el objeto de la causa [*frustra probatur quod probatum non relevat*].

∞ Los medios de prueba, en general, pueden incidir *(i)* en los hechos principales – que son los fijados en el tipo delictivo y los que fundamentan por sí mismas la punibilidad–, *(ii)* en los hechos secundarios o indicios – que tienen una relevancia indirecta y han de tener una conexión con el hecho principal– y *(iii)* en los hechos que ayudan a la prueba –que admiten una conclusión de la calidad de un medio de prueba [cfr.: ROXIN, CLAUS – SCHÜNEMANN, BERND: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones DIDOT, Buenos Aires, 1029, p. 273]–, como por ejemplo la credibilidad o la memoria de un testigo, la visión de un testigo presencial, la falsificación de un documento aportado como prueba; esto es, para resolver una controversia relacionada exclusivamente con la veracidad, autenticidad o integridad de un medio de prueba aportado a la causa (prueba sobre prueba) [v.gr.: artículo 386 del Código Procesal Penal de Panamá]. Los medios de prueba pueden referirse a la comprobación de los elementos del tipo delictivo, a la determinación de la intervención delictiva del imputado, a la concurrencia de una causal de exención de responsabilidad penal, a la existencia de circunstancias atenuantes o agravantes, a los elementos que permitan el mejor conocimiento de la personalidad del imputado y a todo aquello que pueda incidir en la determinación judicial de la sanción penal [v.gr.: artículo 141 del Código Procesal Penal de Uruguay]. La pertinencia, es de insistir, pertenece al ámbito objetivo del proceso y es lo que tiende a producir información relevante para decidir la causa [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros: *Derecho Procesal Civil – El*

proceso de declaración, 2da. Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003, p. 294]. Su análisis debe ser moderado y flexible y atender a la suma de hechos que puedan tener relevancia para la acreditación de la pretensión de las partes [cfr.: ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA y otros: *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, Editorial La Ley, Madrid, 2013, p. 927].

**18°.** En cuanto a la utilidad de la prueba, es de precisar que esta noción está en función al fin probatorio propuesto, a la capacidad o habilidad de un medio de prueba para acreditar la afirmación de los hechos pertinentes planteados por las partes. Dice del principio de originalidad de la prueba y de la regla adecuación –busca evitar que la producción de la prueba cuestionada se reduzca a una pura formalidad–. Así, se entiende que el medio de prueba propuesto es útil cuando, según reglas y criterios razonables y seguros, y de modo evidente, tiene entidad para contribuir a esclarecer los hechos de la causa [v.gr.: artículo 283, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España] –que tengan trascendencia, que puedan afectar el contenido del fallo que se dicte–. El juez, pese a la presunta pertinencia de la prueba propuesta, puede pronosticar con seguridad que el medio de prueba no podrá alcanzar el fin que con él se persigue [ORTELLS RAMOS, MANUEL: *Derecho Procesal Civil*, 3ra. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 383]. El rechazo por esta causal persigue evitar dilaciones injustificadas del proceso, que podría alargarse a voluntad de cualquiera de las partes, vulnerando así el derecho de las otras a obtener un proceso sin dilaciones indebidas [STCE 70/1984, de 7 de febrero].

∞ La prueba, pues, será inútil (i) cuando en ningún caso puede contribuir a esclarecer los hechos objeto del debate –cuando no haya de tener influencia alguna en el fallo–, esto es, inadecuación del medio respecto al fin que se persigue, es decir, respecto del hecho que se pretende probar [MONTERO AROCA, JUAN y otros: *Derecho Jurisdiccional II*, 25ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 244], o (ii) cuando tenga escaso valor probatorio (así, por ejemplo, está estipulado en el artículo 376, literal 'b', del Código de Procedimiento Penal Colombiano, que también incluye las pruebas que generen confusión en lugar de mayor calidad en el asunto –peso probatorio inferior al riesgo de confundir o desorientar al órgano jurisdiccional por abundancia de datos sin mayores posibilidades de esclarecimiento, con un valor probatorio limitadísimo–).

∞ Unos supuestos clásicos de prueba inútil serían, por ejemplo, la inimputabilidad del encausado que pretende demostrarse con prueba testimonial, así como mediante una inspección judicial se trata de establecer la calidad de los suelos o los kilos por centímetro cuadrado que soportan las vigas de un edificio con motivo del derrumbe de una edificación que ocasionó varias muertes, o si se trata de vicios de dirección o de construcción, pues el juez carece de conocimientos científicos técnicos especializados. El medio de prueba debe tener aptitud para los intereses de defensa de quien la proponga, debe llevar consigo un conocimiento nuevo al juez.

∞ También lo son las pruebas de hechos indefinidos, como son los hechos negativos sustanciales –se basan en la nada y no implican ninguna afirmación opuesta, indirecta o implícitamente– y las formales indefinidas de hechos. Es imposible, en estos casos, suministrar prueba [DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría general de la prueba judicial* – Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2002, pp. 203 y 335].

∞ En todos estos supuestos, dado que se está ante un concepto jurídico indeterminado, el juez debe proceder con particular atención bajo cánones muy rigurosos en función al conjunto de los medios de prueba propuestos y su valor probatorio postulado. En todo caso, es de entender que sólo la prueba necesaria, entendida ésta como la que tiene aptitud de variar el resultado, en el caso de que indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional [STCE 187/1996, de 25 de noviembre].

**19°.** En lo atinente a la conducencia de la prueba, que al igual que la pertinencia es un requisito intrínseco para su admisibilidad, se tiene que el medio de prueba propuesto, primero, esté en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley o, en el caso de la prueba libre, que el juez lo considere lícito –no vulnere la moralidad o los derechos tutelados por la ley–; y, segundo, que no esté prohibido en particular por la ley, para el hecho que con él se pretende probar, es decir, que no exista una expresa prohibición legal para el caso concreto. Dice del principio de legalidad de la prueba, en el que lo central es no puede aceptarse una producción de la prueba con medios no previstos en el Código o sobre temas probatorios que no se ajustan al ordenamiento procesal. La conducencia, a diferencia de la pertinencia, no es una cuestión de hecho, sino de derecho, porque trata de determinar si legalmente puede producirse o actuarse. Su inadmisibilidad es de recibo cuando la ilegalidad es evidente, cuando aparece *prima facie* y no quepa duda sobre ella, en cambio, si es dudosa debe admitirse y luego, en sede de valoración, si es inconducente se determinará su rechazo [DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Ibidem*, pp. 321-323].

∞ El juicio de conducencia importa, claramente, una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio de prueba [PARRA QUIJANO, JAIRO: *Manual de Derecho Probatorio*, 15ta. Edición, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2006, p. 153].

∞ Es de incluir, asimismo, como prueba inconducente, en tanto no idónea legalmente para contribuir a la formación de la verdad, aquella referida a la determinación de la edad, del parentesco, del estado de ciudadanía y de los antecedentes penales, al margen de lo estatuido por la ley civil, que le asigna un medio de prueba determinado, o por el CPP, que señala una fuente oficial de acreditación de los antecedentes: los certificados emanados del registro judicial o mediante copia de las sentencias [cfr.: LEONE, GIOVANNI: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ediciones EJE, Buenos Aires, 1963, p. 184].

∞ Así las cosas, es claro que, según ya anotáramos en el párrafo 11°, ingresan en este supuesto de falta de conducencia legal de la prueba, la prueba prohibida por la ley, la prueba realizada en forma distinta a la regulada por la ley y la prueba inconstitucional.

**20°.** En lo concerniente a los medios de prueba super o sobreabundantes, se trata de una limitación a los medios de prueba propuestos por las partes que el juez debe definir cuando éstos son cuantitativamente excesivos respecto de lo que se trata de probar con ellos, para la comprobación del objeto del debate, esto es, de los enunciados fácticos formulados por las partes. En estos casos, rige para la decisión una perspectiva de excepcionalidad adoptada en una resolución suficientemente motivada; se requiere un supuesto de evidente abundancia [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Proceso Penal Comentado*, 6ta. Edición, Editoriales Dominza – Continental, San José, 2017, p. 490], que se aplica cuando la prueba ya está suficientemente asegurada de otro modo [DARAY, ROBERTO RAÚL: *Código Procesal Penal de la Nación – Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomo III, 5ta. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 62]. Se trata, en todo caso, de un control de mínimos al seguirse al principio de inclusión de la prueba relevante y de la regulación expresa de unas reglas de exclusión o de limitación que deben interpretarse estrictamente [VERA SÁNCHEZ, SEBASTIÁN: *El principio de inclusión de la prueba relevante en el Código Procesal Penal Chileno*. En: *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 48, N° 1, Santiago, 2021, p. 12]. La actividad probatoria no debe tender a adquirir el mismo resultado cognoscitivo a partir una pluralidad de medios de prueba, pues su asunción sería destinada a revelarse inútilmente agotador [TONINI, PAOLO: *Manuale di Procedura Penale*, 11ma. Edición, Giuffrè Editore, Milán, 2010, pp. 216].

∞ La calificación de superabundante es relativa, desde que atenderá a cada caso concreto, la índole y el modo a probar

la calidad y cantidad de elementos que ya existan o se ofrezcan para probarlo. La superabundancia debe surgir en forma evidente, o sea, manifiesta, incontrovertible, y que, en caso de duda, atento a que el ofrecimiento de pruebas hace directamente a la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, deberá aceptarse y proveerse [JAUCHEN, EDUARDO M.: *Tratado de la prueba en materia penal*, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2022, p. 555]. Esta no es una regla de exclusión de prueba sino, propiamente, de limitación de prueba.

21°. A estos efectos –determinación de la super o sobreabundancia–, se deberá tener en consideración lo siguiente:

∞ (A) Desde el principio de intermediación es de rigor que los medios de prueba propuestos deben propender a los que mejor conocen el hecho objeto del debate, están más cerca de él –así lo disponen expresamente, por ejemplo, el artículo 338 del Código Procesal Penal de Chile y el artículo 355 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina–. Es una exigencia básica que el juez debe reclamar a la parte que ofrece medios de prueba y emplazarla que en caso de pluralidad de pruebas sobre un mismo hecho específico precise aquella o aquellas de mayor importancia para dilucidar su pretensión que postula.

∞ (B) En esta línea, otros Códigos –como por ejemplo el Código Nacional de Procedimientos Penales de México, artículo 346, apartado 1, literal ‘a’–, correctamente, destacan que ha de tratarse de medios de prueba de la misma naturaleza –aunque con un criterio más amplio tal unidad de medios de prueba debe ser tendencial–, es decir, pueden ser pruebas testimoniales o pruebas documentales o pruebas materiales tendentes a demostrar un mismo hecho o circunstancia específica. Así, diez testigos ofrecidos para demostrar que el acusado es una persona de conducta sobria y retributiva para la sociedad, por el juez deberá limitar el número de esos testigos, al que se considere idóneo y suficiente para demostrar esa pretensión procesal de la parte oferente [ZEPERÍN HERNÁNDEZ, IVÁN AARÓN: *La prueba libre y lógica*, Instituto de la Justicia Federal, Ciudad de México, 2016, p.75].

∞ (C) El factor de ponderación, sustancialmente, es de orden cuantitativo, sobre la base del tipo de aspecto a tratar, frente al volumen de tipos de prueba relacionados. Esto tiene un sentido de razonabilidad muy claro, ya que lo que importa no es “cuantos” testigos pueden demostrar un hecho, sino de qué manera el oferente puede lograr que uno o algunos, tengan ese mismo potencial de demostración [BARBA, PAUL MARTÍN: *Las reglas de exclusión de los medios de prueba en el sistema procesal penal acusatorio*. En: *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, año V, N° 19, mayo, 2017, México, p. 155].

∞ Es de relieves que la perspectiva de análisis es, primero, objetiva y concreta, no en función a que un hecho ya puede estar probado, pues eso implicaría un adelanto de opinión improcedente, más aún en un momento en que todavía no se ejecuta la prueba; y, segundo, también incide en la calidad de información del medio de prueba propuesto, desde el principio de intermediación, esto es, del nivel de información que tienen –cercanía a los hechos y solidez del posible elemento de prueba que contiene– [parcialmente: CHÁVEZ SÁNCHEZ, REGGIS OLIVER: *Inadmisión de medios de prueba por manifiesta sobreabundancia*, Ponencia, Lima, 2003, pp. 7–8].

22°. La prueba imposible o inasequible ya ha sido analizada, y está en función a la absoluta imposibilidad para establecer el hecho. Los hechos imposibles no deben ser probados, pero se debe observar que los progresos de la ciencia reducen cada vez más el área de la imposibilidad [PROTO PISANI, ANDREA: *Ibidem*, p. 437]. En esta misma línea existe imposibilidad cuando el medio de prueba propuesto no puede ser ubicado o identificado para su aporte y valoración en el proceso –v.gr.: desconocimiento del paradero del testigo o no ubicación de un documento–.

23°. Finalmente, como ya se determinó, es de precisar lo siguiente:

∞ (A) Corresponde al juez de la investigación preparatoria un rol vigilante y comprometido para impedir que ingresen al juicio medios de prueba ilícitos, impertinentes, inútiles, imposibles y superabundantes. El análisis que deberá realizar es concreto, caso por caso, y debe responder al fin práctico del proceso, evitando dilaciones indebidas. En los procesos complejos o contra organizaciones criminales el juez de la investigación preparatoria debe extremar el celo en la admisión probatoria a fin de que el juicio no se dilate innecesariamente con la aceptación de un cúmulo muy vasto de medios de prueba que pueden ser irrelevantes, confusos o superabundantes. Los criterios están expuestos *up supra*.

∞ (B) La audiencia preliminar del procedimiento intermedio debe circunscribirse a su propio objeto y desarrollarse en un tiempo prudencial, breve por regla. Deben cesar aquellas audiencias interminables, dilatadas y en las que discute todo como si fuera un pre-juicio; las exposiciones orales deben ser concisas y limitadas al punto objeto de análisis, de suerte que el juez no puede aceptar discursos forenses que no apunten a dilucidar exclusivamente el punto materia de discusión. El principio de concentración es el relevante. La audiencia debe tratar los temas debatidos y ha de exigirse concisión a las partes. El juez debe cuidar que solo se lleve a cabo el control de la acusación y demás cuestiones que la ley explícitamente reconoce, y exclusivamente en relación con las mociones, objeciones y oposiciones planteadas por las partes que lo hicieron en el momento procesal oportuno, salvo excepciones basadas en razones de fuerza mayor o caso fortuito. Este control, es de insistir, no puede ser indebidamente prolongado. Ha de ceñirse al análisis puntual de la objeción de la parte que lo hace, no debe comprender temas ajenos o postulaciones distintas de las legalmente estipuladas. Así:

\* [1] Cuando se proponen medios de prueba, éstos deben indicarse con precisión, no cabe su lectura integral de tratarse de un medio de prueba documental o documentado (por ejemplo, actas de registro, actas de incautación, actas de lacrado, actas de intervención), sino determinarse puntualmente su relevancia probatoria –el juez debe impedir cualquier exceso de las partes–.

\* [2] No son admisibles adhesiones masivas a los medios de prueba que ofreció una parte, sea el fiscal u otra parte procesal, por lo que, en la oportunidad procesal pertinente, cada parte debe fijar qué pruebas propone, con independencia de las que planteó el fiscal, la coparte o la contraparte.

\* [3] Cuando se insta el sobreseimiento tras la acusación escrita del fiscal se ha de exigir que la parte que lo plantea se concrete al aspecto nuclear de la objeción (si, por ejemplo, respecto de la noción de sospecha, si ésta es suficiente, o si el hecho narrado por el fiscal es un injusto típico, culpable y punible del hecho descrito por la Fiscalía, o si, en su caso, consta con evidencia desde los medios de investigación incorporados a las actuaciones, una causa de exención de responsabilidad penal).

\* [4] Asimismo, no se pueden aceptar argumentos repetitivos de las demás partes. Solo son de recibo nuevos argumentos.

\* [5] No es necesario que todas las partes asistentes intervengan en todas las cuestiones. Solo deben hacerlo respecto de las cuestiones que pueden afectarlas.

\* [6] Únicamente se somete a debate lo que es materia de objeción y fue planteado por una parte procesal legitimada.

\* [7] Aquello no objetado oportunamente, salvo razones excepcionales respecto de planteamientos tardíos, no forma parte del debate contradictorio.

∞ (C) Como el juez de la investigación preparatoria es el que dirige la audiencia preliminar y quien tiene a su cargo la decisión de las cuestiones planteadas y de la procedencia o no del juicio oral o plenario, puede organizar la audiencia del modo que más se adapte a los fines de dilucidación, saneamiento procesal y decisión acerca de si procederá abrir la siguiente etapa procesal: el procedimiento principal, juicio oral o plenario. Ello importa, necesariamente, de un lado, que esté cabalmente informado de las actuaciones,

consecuentemente, no puede ingresar a la audiencia sin conocer del caso ni tener un criterio razonable acerca de la forma cómo organizará la audiencia; y, de otro lado, que las resoluciones de subsanación y las devoluciones de la causa solo permiten, por su propia naturaleza, una sola oportunidad de corrección y, muy excepcionalmente, ante supuestos extraordinarios, debidamente explicados, otra devolución o exigencia de subsanación, de suerte que el incumplimiento de este mandato determinará directamente y de plano, en el primer caso, la inadmisibilidad del medio de prueba ofrecido, y, en el segundo caso, la expresa de decisión de incumplimiento del mandato y la continuación de la audiencia preliminar. Así:

\* [1] El juez de la investigación preparatoria, entonces, puede determinar, ante lo evidente o patente, la admisión directa o inmediata de determinada prueba, más aún si no ha sido objetada –se debate lo objetado–.

\* [2] Igualmente, discrecionalmente, puede ordenar el debate de admisión de pruebas por el sistema de listas, según cada parte, o puede hacerlo según la clase de prueba planteada, unitaria o conjuntamente [v.gr.: prueba personal, prueba pericial, prueba material, etcétera]. La perspectiva siempre será de facilitar y hacer más dinámico el planteamiento, la discusión y la decisión de las cuestiones planteadas.

24° Otro aspecto determinante es la posibilidad de que se lleven a cabo convenciones probatorias, según lo normado en los artículos 155, apartado 3, y 350, apartado 2, del CPP. En su virtud, el juez ha de instar, definidos los hechos objeto del debate y debatidas las cuestiones materia de los literales 'a' al 'e' del artículo 350 del CPP, que las partes se pronuncien acerca de la existencia de convenciones o estipulaciones probatorias, las que pueden referirse a dos ámbitos concretos: (i) determinados hechos o circunstancias del suceso histórico objeto del proceso penal, en cuyo caso se les tendrá como hechos notorios; y/o (ii) designación de medios de prueba específicos para que concretos hechos o circunstancias se estimen probados. Este debate permitirá dilucidar el material probatorio necesario de actuación en el juicio oral y definir la controversia jurídico penal y civil. Es vital, entonces, que antes de establecer cuál es el material probatorio disponible para el juicio oral, se define si es posible contar, bajo el principio del consenso, convenciones o estipulaciones probatorias.

### III. DECISIÓN

25°. 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, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ, según la Ley 31591, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós:

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

### XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

#### ACUERDO PLENARIO N.º 04-2023/CIJ-112

**BASELEGAL:** Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31955, de 26-10-2022.

**ASUNTO:** Delito de trata de personas

1. Diferencias entre traslado y transporte.
2. Delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Delito de Trata con fines de explotación laboral de menores de edad.
3. Venta de niños y la adopción irregular como fines de la trata de personas.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial y del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en el XII Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en

### ACORDARON

26°. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 11° y 15° al 24°.

27°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del TUO de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 112 de la LOPJ, según la Ley 31591, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

28°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

**HÁGASE SABER.**

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**BARRIOS ALVARADO**

**LUJÁN TÚPEZ**

**NEYRA FLORES**

**ALTABÁS KAJATT**

**BROUSSET SALAS**

**CASTAÑEDA OTSU**

**SEQUEIROS VARGAS**

**PACHECO HUANCAS**

**GUERRERO LÓPEZ**

**CHECKLEY SORIA**

**COTRINA MIÑANO**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

**PEÑA FARFÁN**

**ÁLVAREZ TRUJILLO**

el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado lo siguiente:

### ACUERDO PLENARIO

#### I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria



de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 000293-2023-P-PJ, del veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal de los jueces supremos en lo penal de dos mil veintitrés, que incluyó la respectiva participación en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del enlace de la página web del Poder Judicial (abierto al efecto), al amparo de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ– para dictar acuerdos plenarios que definan la uniformización de la jurisprudencia penal.

2º. El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases: i) la convocatoria a la comunidad jurídica, la instalación del Pleno Jurisdiccional (que se realizó con la primera sesión del Pleno del veintidós de junio de dos mil veintitrés) y la selección de los temas del foro para que se propongan los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial a fin de garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo; y, ii) la selección de temas alcanzados por la comunidad jurídica, la designación de jueces supremos ponentes y la determinación de la fecha de presentación de ponencias respecto de las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas. Esta fase culminó con la segunda sesión del Pleno Jurisdiccional del seis de julio último.

3º. El doce de julio pasado, en la página web del Poder Judicial se publicaron los temas seleccionados para el debate, que son los siguientes: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales. **B.** Delitos ambientales: exigencia y vigencia del informe técnico de la autoridad administrativa, diferencias entre infracción administrativa y delito de contaminación ambiental, y momento de consumación del delito ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria. **D.** Delito de trata de personas: aspectos de determinación típica y problemas normativos. **E.** Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley 31751. **F.** Prisión preventiva y problemas concursales en el artículo 122-B del Código Penal, respecto del inciso 6. **G.** El motivo de sobreseimiento del artículo 344, apartado 2, literal d), del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas. **H.** Estándar de elementos de convicción y sobreseimiento. El recurso del actor civil contra el sobreseimiento y la absolución. Alcances.

∞ El once de septiembre del presente año, se seleccionaron a los juristas y las instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4º. Han presentado, a través de la página web del Poder judicial, un informe escrito en relación con los temas problemáticos en debate, los siguientes señores abogados:

1. Yván Fidel Montoya Vivanco (abogado) y Julio Alberto Rodríguez Vásquez (consultor externo y oficial nacional de la Oficina para los Países Andinos de la Organización Internacional de Trabajo)
2. Luis Armendáriz Ochoa (Universidad Científica del Sur)
3. Angélica Aquino Suárez (jueza superior de la Corte de Justicia de Huánuco)
4. Luis Alberto Quezada Nole (abogado)

5º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública que se realizó el jueves veintiocho de setiembre de dos mil veintitrés. Hicieron uso de la palabra los letrados Luis Armendáriz Ochoa y Yván Fidel Montoya Vivanco.

6º. La tercera etapa comprendió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y 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 el Acuerdo Plenario que se emite de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7º. Han sido ponentes la jueza suprema BARRIOS ALVARADO y los jueces supremos GUERRERO LÓPEZ y PEÑA FARFÁN.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### § 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

#### A. ANTECEDENTES

8º. El delito de trata de personas se configura cuando el agente realiza una o algunas de las conductas previstas en el artículo 129-A del Código Penal –en adelante, CP–: capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro con fines de explotación, sin que sea necesario que el fin llegue a concretizarse. Lógicamente, debe realizarse a través de los medios previstos en la norma.

∞ Los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

9º. Desde su inclusión en el CP, este tipo penal ha contado con múltiples modificaciones que han dado lugar a que, con vocación de uniformización, se dicten los Acuerdos Plenarios 3-2011/CJ-116, de seis de diciembre de dos mil once, acerca del tema “Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias típicas y penalidad”; y 06-2019/CJ-116, de diez de setiembre de dos mil diecinueve, que abordó el tema “Problemas concursales en los delitos de trata de personas y delitos de explotación sexual”.

10º. Así, en el Acuerdo Plenario 6-2019/CJ-116 se efectuaron trascendentes precisiones interpretativas del delito de trata de personas. Se determinó que el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona humana, se estipuló cómo resolver los problemas concursales y se enfatizó la trilogía de elementos destacables, a saber: (i) conductas, (ii) medios (violencia, amenaza, otras formas de coacción, privación de libertad, engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad) y (iii) fines, y se enfatizó la previsión normativa en el sentido de que los medios citados no son exigibles –por ende, no deben probarse– cuando se trata de niños o niñas, entendiéndose por estos a los menores de dieciocho años, según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 3 del Protocolo de Palermo, razón por la cual su eventual “consentimiento” es irrelevante.

11º. Sin embargo, estas variadas modificaciones normativas e inclusión de nuevos tipos penales que pueden concurrir en concurso con el delito de trata de personas, han dado lugar a criterios diferenciados en su aplicación, por lo que es de rigor efectuar singulares aclaraciones que sirvan de derrotero a la actuación judicial.

12º. El legislador, en coherencia con el bien jurídico tutelado: “dignidad de la persona”, ha reubicado los tipos penales a través de la Ley 31146, del treinta de marzo

de dos mil veintiuno, en el artículo 129-A del CP. Este precepto prevé lo siguiente:

**“ARTÍCULO 129-A. TRATA DE PERSONAS**

1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.

5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor”.

**B. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS**

13º. El legislador ha ido evolucionando acerca de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, al igual que este Tribunal Supremo.

∞ En el Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116, fundamento jurídico 12, se estableció lo siguiente:

“La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal, entendida como **la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado**” [resaltado en negrita agregado].

14º. Debido al influjo del Protocolo de Palermo y a las reflexiones doctrinarias y jurisprudenciales sobrevinientes fue que en el Acuerdo Plenario 6-2019/CJ-116 [fundamento jurídico 19] se precisó que el objeto de tutela en el delito de trata de personas es la dignidad humana, bajo los siguientes argumentos:

“El bien protegido **trasciende a la libertad personal**. Con la trata de personas **se afecta la dignidad de la persona colocada o inherentes a una situación de vulnerabilidad y degradación permanente**. El desarraigo y la consolidación de la situación de vulnerabilidad de la víctima **afectan las cualidades fundamentales o inherentes a la persona**; esto es, no se le respeta por su condición de tal; se la instrumentaliza como un objeto al servicio de otros; se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se le coloca en un plano de completa desigualdad” [resaltado agregado].

∞ Este importante pronunciamiento fue la antesala para que el legislador reubicara sistemáticamente el delito de trata de personas dentro de los delitos contra la dignidad humana, junto a los de explotación sexual, trabajo forzoso,

esclavitud y otras formas de explotación (artículo 3 de la Ley 31146, de treinta de marzo de dos mil veintiuno).

15º. Es por ello que la Defensoría del Pueblo ha señalado que existen tres argumentos que permiten sustentar que la dignidad—no cosificación es el bien jurídico protegido: (i) los actos de trata de personas degradan a las personas, desconociendo su esencia como seres humanos; (ii) la dignidad—no cosificación es un bien jurídico irrenunciable, lo que explica que el consentimiento se considera como viciado; y, (iii) la trata de personas es un delito altamente lesivo, toda vez que afecta un bien jurídico de vital importancia en el ordenamiento jurídico, lo que explica la alta penalidad impuesta”.

**§ 2. DIFERENCIA DE LOS VERBOS RECTORES “TRANSPORTAR” Y “TRASLADAR” EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS**

16º. El delito de trata de personas, como fenómeno criminal, ha tenido diversas modificaciones en nuestro CP, en que el verbo rector “trasladar” se incorporó por primera vez en el artículo 153 mediante la Ley 26309, publicada el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro<sup>2</sup> (dispositivo legal que regulaba las formas incipientes para sancionar y prohibir la trata de personas). La posterior modificación de este artículo, mediante la Ley 28950, publicada el doce de enero de dos mil siete<sup>3</sup> —texto legal acorde con el actual marco convencional sobre la trata de personas—, mantuvo el verbo “trasladar” y se introdujo por primera vez el verbo “transportar”, ambas como modalidades típicas del delito de trata de personas.

17º. En el Acuerdo Plenario 6-2019/CJ-116 se efectuó importantes avances en el desarrollo de la descripción típica de los verbos rectores del delito de trata de personas. En el fundamento 15, respecto de una de las modalidades típicas de este delito, se especificó que el verbo rector “traslado”, que consiste en “Disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro”, sin precisar que el verbo típico “traslado” en la doctrina y en la jurisprudencia nacional e internacional, “supone traspasar el control que se tiene sobre la víctima de una persona a otra”<sup>4</sup>.

18º. Es necesario, como primer problema, delimitar el contenido del verbo rector “traslado”, como una de las modalidades típicas del delito de trata de personas.

∞ Dichos verbos rectores han permanecido con la Ley 30251, Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas, publicada el veintiuno de octubre de dos mil catorce; y la Ley 31146, publicada el treinta de marzo de dos mil veintiuno —que reubicó y reenumeró el delito de trata de personas del artículo 153 al 129-A del CP—, cuya redacción actual se precisó en el apartado 12 del presente Acuerdo.

19º. La actual estructura típica del delito de trata de personas se asemeja a lo dispuesto en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que fue emitido originalmente en el idioma inglés y traducido a otros cuatro idiomas oficiales de las Naciones Unidas, entre ellos, el español.

20º. Al profundizar la investigación sobre los orígenes del verbo “traslado”, surge la relevancia para efectuar esta precisión histórica y de contexto porque en el artículo 3 del citado Protocolo se define la trata de personas, y en el idioma de su publicación original, esto es, en inglés<sup>5</sup>, se alude a diversas modalidades delictivas, entre ellas, “transfer”, que en la publicación oficial del protocolo en francés fue traducido como “*transfert*”<sup>6</sup> y en español como “traslado”<sup>7</sup>.

21º. Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra el Crimen y las Drogas (UNODC, por sus siglas en inglés)<sup>8</sup>, en la Ley Modelo contra la Trata de Personas<sup>9</sup> (artículo 8),

propuso a los Estados –siguiendo también los lineamientos del protocolo mencionado– un texto modelo para tipificar el delito de trata de personas. En el idioma original, se aludió nuevamente al verbo “transfer”<sup>10</sup> (inglés)<sup>11</sup>, pero esta vez en la publicación oficial al español se tradujo como “transferir”<sup>12</sup> y no “trasladar”.

22°. Es decir, se tienen dos traducciones distintas de un mismo verbo, que frente al verbo rector “transportar” pueden producir confusión, ya que lingüísticamente “transferir” y “transportar” tienen un matiz diferenciador entre ambos; mientras que “trasladar” y “transportar”, más bien, tienen un contenido mucho más cercano<sup>13</sup>, dando así cabida a que se genere una sinonimia. Este problema no ha sido exclusivo en nuestro ordenamiento, al punto que esta traducción en otros países de Sudamérica ha llevado a concluir que los verbos “trasladar” y “transportar” se refieren a un mismo aspecto y se ha eliminado uno de ellos.

23°. Como mencionamos, el legislador peruano recogió la traducción del protocolo –con los límites lingüísticos anotados– y consignó como verbos rectores “trasladar” y “transportar”. En ese sentido, era y es necesario que estas modalidades típicas sean interpretadas no solo con un criterio gramatical (sentido literal de las palabras), sino también con uno sistemático, teleológico y evolutivo.

24°. Para superar esta problemática, en la doctrina nacional se han efectuado importantes diferencias entre los verbos “transportar” y “trasladar”<sup>14</sup>, considerando a este último como la transferencia o traspaso del control que tiene el agente activo de la víctima hacia otra persona, cuya interpretación proviene del Protocolo de Palermo cuando se refiere a: “La concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”.

25°. En esta misma línea interpretativa, MONTOYA y RODRÍGUEZ acotan que se debe evitar superponer los verbos rectores “transportar” y “trasladar”, y más bien de cara a una mejor protección del bien jurídico **dignidad-no cosificación**, debe entenderse al traslado como la entrega o traspaso del control o dominio que se tiene sobre la víctima<sup>15</sup>, con lo cual se permite una comprensión típica sistemática, por ejemplo, favorablemente incluir aquellos casos de los padres que, a cambio de dinero, permiten que sus menores hijos sean explotados sexual o laboralmente, como objeto de comercio.

∞ A su vez, como lo refirió ARMENDÁRIZ OCHOA<sup>16</sup>, también en la doctrina y jurisprudencia alemana se ha establecido que el verbo rector “trasladar” implica una transferencia controlada de la víctima y/o el traslado a un tercero de la relación de custodia caracterizada por una situación de control total sobre la víctima (sentencia del Tribunal Federal de Alemania 2StR 87/22, de diecisiete de enero de dos mil veintitrés), la cesión de una persona, esto es, del control que ejerce sobre ella, la cual no está caracterizada necesariamente por el cambio de lugar o desplazamiento de la víctima, ya que incluso el traslado se puede concretar con la entrega de los documentos de identidad<sup>17</sup>.

26°. En lo que corresponde a la jurisprudencia nacional, este Tribunal Supremo, en la Casación 1459- 2019/Cusco, refirió con mayor especificidad lo siguiente:

- 1) **Transporta[r]**: [...] consiste en que la víctima sea llevada de un lugar a otro por el tratante, independientemente de si este acto ocurre dentro o fuera del país. En la misma forma que con la captación, se requiere que, durante el transporte, la víctima esté en la esfera de dominio del tratante.
- 2) **Traslada[r]**: [...] supone **traspasar el control que se tiene sobre la víctima de una persona a otra**. No consiste entonces, en movilizar físicamente a la víctima (transporte) sino en que **la persona que tiene dominio sobre la víctima traspase dicho**

**dominio a otra persona, disponiéndose fáctica o jurídicamente de ella. Así, el traslado no supone el movimiento de la persona, sino desplazar el poder que existe sobre ella.** A modo de ejemplo: cuando un padre o madre entrega a alguno de sus hijos o hija a una tercera persona a fin de que sea explotado o explotada. [Resaltado agregado].

∞ Esta precisión que se efectúa en la referida sentencia casatoria sobre el contenido que corresponde al verbo “trasladar” debe asumirse como criterio vinculante por la judicatura de la República.

### § 3. **DELITOS DE ESCLAVITUD, SERVIDUMBRE Y TRABAJO FORZOSO. DELITO DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL DE MENORES**

#### A. **ASPECTOS GENERALES**

27°. La Constitución, en su artículo 1, reconoce que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. Ello tiene relación con la obligación de prevenir, sancionar y proteger a las víctimas de trata de personas, puesto que este fenómeno delictivo (caracterizado como formas contemporáneas de esclavitud al igual que la explotación) supone utilizar a la persona tratada como una mercancía, negando la dignidad humana.

∞ La Carta Magna, en su artículo 2, reconoce una serie de derechos fundamentales afectados por este delito (vida, integridad, libre desarrollo, bienestar, igualdad, honor y buena reputación, intimidad, trabajo libre, al disfrute del tiempo libre, al descanso, entre otros). La norma constitucional más importante respecto de la trata de personas se encuentra en el artículo 2, ordinal 24, literal ‘b’ que estatuye: “Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] b) [...] Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”.

∞ A partir del Decreto Legislativo 1323, de 6 de enero de 2017, se incorporaron como nuevos delitos autónomos la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso (que también pueden ser fines específicos del delito de trata de personas) en los artículos 153-C y 168- B del CP, actualmente reubicados en los artículos 129-Ñ y 129-O, respectivamente, del CP [artículo 2 de la Ley 31146, de treinta de marzo de dos mil veintiuno].

28°. En la actualidad, es de tener presente las siguientes previsiones legales:

#### “Artículo 129-Ñ. Esclavitud y otras formas de explotación

El que obliga a otra persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo.

El consentimiento brindado por el niño, niña o adolescente carece de efectos jurídicos” [...].

#### “Artículo 129-O. Trabajo forzoso

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de cien a doscientos días-multa”.

[...]

∞ Como se puede apreciar, en estos preceptos no se ha incluido algún concepto, alcance, contenido, elemento típico o definición de los delitos de esclavitud, servidumbre

y el trabajo forzoso, por lo que existe, sin duda, peculiaridades propias cuando la víctima es un niño, niña o adolescente, que hace necesario se precise.

**B. RASGOS TÍPICOS ESENCIALES Y DIFERENCIADORES**

29°. Entre los delitos que afectan la dignidad humana—no cosificación, se tienen tres que son de reciente tipificación en nuestro país, que se cometen en el ámbito laboral: (i) esclavitud, (ii) servidumbre (ambos en el artículo 129-Ñ del CP), y (iii) trabajo forzoso (artículo 129-O del CP). Estos tres delitos expresan las formas más intensas de la explotación laboral, razón por la cual tienen rasgos típicos en común, pero también notas que los diferencian entre sí.

30°. Según GALLO<sup>18</sup>, la explotación laboral es un “concepto elástico”, pues comprende desde casos leves (como la imposición de condiciones irregulares de trabajo) hasta casos graves (en los cuales se encuentran la esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso).

31°. Aun cuando cualquier relación laboral (empleado-empleador) es una relación desigual<sup>19</sup> y se caracteriza por la subordinación, el ordenamiento laboral la equilibra y controla, por ejemplo, mediante el principio protectorio y el de irrenunciabilidad de los derechos laborales de los trabajadores. Por esta razón, un empleado no puede consentir trabajar en condiciones perjudiciales o sujetarse a condiciones infra legales dada la indisponibilidad de derechos<sup>20</sup>. Ahora bien, se pasa de una mera infracción laboral<sup>21</sup> a un caso de explotación laboral en los términos de la trata de personas o en el ámbito del derecho penal, cuando el empleador como sujeto activo abusa de su superioridad de forma que el desequilibrio propio de una relación laboral se radicaliza definiéndose a través de las notas de dependencia, subordinación y sometimiento<sup>22</sup> del sujeto pasivo (empleado) al sujeto activo (empleador).

32°. El ordenamiento penal tutela la protección de bienes jurídicos como la seguridad y salud en el trabajo<sup>23</sup>, que pueden coincidir con los casos más leves de explotación laboral<sup>24</sup>. Mas en los casos graves, indudablemente, el bien jurídico tutelado es la dignidad humana-no cosificación. Por ello, el trabajo forzoso pasó de encontrarse regulado en el artículo 168-B del CP —en el Título IV delitos contra la libertad, Capítulo VII violación de la libertad de trabajo— al artículo 129-O del citado texto punitivo —en el nuevo Título I-A, delitos contra la dignidad humana, Capítulo II explotación—.

33°. En el caso de menores de edad, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 22, reconoce el derecho solo del adolescente a trabajar<sup>25</sup>, esto es, a partir de los catorce años y, excepcionalmente, a los doce<sup>26</sup>. Asimismo, el Capítulo IV en el Libro Segundo del citado Código aborda íntegramente el régimen para el adolescente trabajador. Así, nuestro ordenamiento admite que un menor de edad trabaje y dispone medidas en el ámbito extrapenal a efectos de salvaguardarlo de la explotación laboral. Por su parte, en el ámbito penal también se cuenta con un tratamiento especial para su protección de los casos más graves de explotación laboral. En virtud de lo anotado, la explotación laboral en sentido amplio se manifiesta a través de diversos supuestos normativos, los cuales no todos constituyen delitos contra la dignidad humana, sino los que con mayor gravedad afectan el bien jurídico tutelado, siendo necesaria la cobertura de su contenido.

∞ En efecto, en lo que respecta a los casos más graves o las formas más intensas de la explotación laboral, se tienen tipificados tres delitos: esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso. Como se apreció en el fundamento anterior, el rasgo común entre los tres es que parten de la figura de la explotación laboral en su manifestación más intensa, en la cual el sujeto activo (empleador-explotador) ejerce un control o dominio sobre la víctima (empleado-explotado). El aspecto que diferencia estos tres delitos es la intensidad en que se expresan.

**C. ESCLAVITUD**

34°. El artículo 129-Ñ del CP, por una parte, sanciona al que obliga a otra persona a trabajar en condiciones de esclavitud o la reduce o mantiene en dichas condiciones.

∞ Desde una perspectiva convencional, la esclavitud es la forma más intensa de cosificar a la víctima. El primer tratado universal sobre la materia fue la Convención sobre la Esclavitud<sup>27</sup> que hizo referencia a la esclavitud como el derecho de propiedad que ejerce una persona sobre otra<sup>28</sup>, es decir, la cosificación de la víctima en su máxima expresión que anula su autonomía como individuo. Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>29</sup>, en su artículo 4, estableció la prohibición expresa de que nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre. Más adelante, en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud<sup>30</sup> se definieron supuestos específicos de esclavitud y servidumbre.

35°. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define a la esclavitud como el ejercicio de los **atributos del derecho de propiedad** sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños (literal c apartado 2 del artículo 7). En lo que concierne a los niños, el Convenio 182 de la OIT refiere (artículo 3.a) que entre las peores formas de trabajo infantil se encuentran todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de sirvo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados.

36°. En la doctrina, se ha establecido que la esclavitud ha adquirido matices, por lo que para Gallo la esclavitud contemporánea es considerada como:

“Una **relación posesoria de carácter fáctico** de la víctima: el autor se apropia ilícitamente del valor de su trabajo y **le arrebató la condición de persona** mediante el sometimiento a una situación de disponibilidad absoluta, **se comporta como si fuera su dueño** [...], de tal manera que se le prive significativamente de su libertad, con intención de explotación mediante **el uso, la gestión, el beneficio, la transferencia o el despojarse de esa persona**. El derecho de propiedad implica una relación de fondo y de control, y ese control es el atributo del derecho de propiedad conocido como posesión; por lo que **para determinar jurídicamente un caso de esclavitud hay que buscar la posesión**”<sup>31</sup> [resaltado agregado].

∞ Se agrega que en los casos de esclavitud ya no existe relación laboral como tal o, en todo caso, si esta existía, el sujeto activo la aniquiló, pues la víctima no puede salir de esa situación sin poner en riesgo su vida e integridad física (o tiene la creencia de ello), y más bien sobreviene una relación de sometimiento, la cual no puede consentir la víctima<sup>32</sup>.

37°. La Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH— en el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil estableció<sup>33</sup>, compartiendo lo sostenido por otros tribunales que para determinar una situación como esclavitud en los días actuales, se deberá evaluar, con base en los siguientes elementos, la manifestación de los llamados “atributos del derecho de propiedad”: (i) restricción o control de la autonomía individual; (ii) pérdida o restricción de la libertad de movimiento de una persona; (iii) la obtención de un provecho por parte del perpetrador; (iv) la ausencia de consentimiento o de libre albedrío de la víctima, o su imposibilidad o irrelevancia debido a la amenaza de uso de la violencia u otras formas de coerción, el miedo de violencia, el engaño o las falsas promesas; (v) el uso de violencia física o psicológica; (vi) la posición de

vulnerabilidad de la víctima; (vii) la detención o cautiverio; y (viii) la explotación.

38°. En consecuencia, las condiciones de esclavitud a las que alude el artículo 129-Ñ del CP son las reseñadas en los fundamentos jurídicos precedentes, entendiendo que esta expresa la forma más intensa de la explotación laboral, criterios –al igual que los contenidos en los párrafos de este apartado que siguen en toda su extensión– que deben ser considerados por la judicatura nacional.

∞ El delito tiene tres verbos rectores: “obligar a trabajar”, “reducir a trabajar” o “mantener trabajando” en condiciones de esclavitud. Cada uno de ellos hace referencia a la situación en la que se encuentra la víctima frente a la esclavitud. El primero comprende la situación fáctica consistente en que la víctima es insertada en contra de su voluntad a trabajar en dichas condiciones de esclavitud; el segundo verbo de reducir a trabajar en tales condiciones implica que previamente se ofrecieron o se dieron condiciones laborales meridianamente legales, pero luego se incumplió lo ofrecido por el empleador, aniquilando el contrato laboral verbal o escrito que hubieron tenido; y, el tercero, de mantener trabajando en tales condiciones significa que la víctima ya se encontraba en una situación de esclavitud y el sujeto activo realiza acciones que permiten que dicha situación permanezca del mismo modo.

39°. En cualquier caso, para la tipificación de la esclavitud, no interesa si las labores que realizan las víctimas son lícitas o no, o si hubo pago de por medio o no, ya que –como se ha indicado–, en ningún caso pueden consentir una situación de esa naturaleza.

40°. Además, la esclavitud del artículo 129-Ñ del CP debe entenderse que solo se trata del ámbito laboral, pues el citado dispositivo legal expresamente excluye los supuestos del delito de explotación sexual –por ende, también de esclavitud sexual– que contienen una respuesta criminal precisamente en los tipos penales específicos para las conductas concernidas, vale decir, ciertas formas de los delitos relacionados a la explotación sexual conjuntamente con las características de afectación a la **dignidad humana-no cosificación** ya glosadas en el presente Acuerdo Plenario. No cabe duda, en relación con este último punto, los casos de esclavitud sexual serán sancionados a través de los tipos respectivos de explotación sexual.

#### D. SERVIDUMBRE

41°. El artículo 129-Ñ del CP sanciona al que obliga a otra persona a trabajar en condiciones de servidumbre o la reduce o mantiene en dichas condiciones. La Corte IDH, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*<sup>34</sup> (sentencia ya citada en el presente Acuerdo Plenario), explicó que la servidumbre es una forma análoga de esclavitud y debe recibir la misma protección. Además, entre las formas en que este delito se expresa, la citada Corte definió la servidumbre por deudas, la cual se configura cuando los trabajadores reciben adelanto de pago, y luego pago de salarios irrisorios y descuentos excesivos por comida, medicamentos y otros productos, todo lo cual genera una deuda impagable para la víctima quien debe continuar sometida a la situación de servidumbre. Es decir, el agente activo le genera una deuda a la víctima quien trabaja para solventarla, pero esta se vuelve impagable, ya que el propio agente impide que la pueda terminar de pagar recurriendo a los medios abusivos indicados anteriormente.

42°. La Organización Mundial del Trabajo determinó que la servidumbre por deudas –la más recurrente en Asia y América Latina– se incrementó en la pandemia<sup>35</sup>. Tiene su génesis en el préstamo o el anticipo de salario que la víctima pide al agente activo (empleador) para solventar pagos apremiantes derivados, por ejemplo, de una enfermedad o accidente que haya sufrido la víctima. De

manera que, para asegurar la devolución del préstamo o la contraprestación por el anticipo de salario, la víctima entrega su trabajo como garantía; no obstante, al pedir más dinero para seguir solventando la deuda anterior, la víctima cae en un círculo vicioso de endeudamiento que puede incluir, además, miembros de su familia al transmitir la deuda de una generación a la siguiente<sup>36</sup>, es decir, empeñando además de su trabajo, también el de su familia y del cual no puede salir porque el agente activo le cobra sobrevaludamente por alimento, transporte, hospedaje, herramientas y otros, de ahí que también se le llame “trabajo por deudas impagables”<sup>37</sup>.

43°. En virtud de lo hasta aquí anotado, mediante la servidumbre por deudas se obliga a la víctima a que preste su trabajo con miras a saldar una deuda –sin posibilidad que deje dicho trabajo hasta que cumpla con ella–.

∞ En cualquier caso, en la servidumbre el agente activo se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de la víctima al ser incapaz de satisfacer sus necesidades más básicas, dificultades económicas persistentes o en deterioro. Por tanto, la víctima conoce qué labores realizará, pero su consentimiento no es válido en este tipo de delitos.

44°. Al respecto, la Corte IDH en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Siliadin vs. Francia* han actualizado y precisado el concepto de **servidumbre**. Así, ambos tribunales la caracterizan como el control o dominio intenso que se ejerce a partir de dos elementos: (i) la obligación de la víctima de vivir en una propiedad que le pertenece o está bajo el control del explotador; y, (ii) la percepción de la víctima de que su condición frente al explotador es inmutable o imposible de cambiar, la que puede derivar de una deuda indeterminable, de un acuerdo abusivo o de cualquier otra forma de “enganche”<sup>38</sup>.

45°. En cuanto a los verbos rectores para la configuración de la servidumbre, corresponde una remisión a lo ya expuesto en el fundamento jurídico 38 del presente Acuerdo Plenario, debiendo ser también los criterios expuestos en relación a esta otra modalidad de explotación laboral, de observancia institucional en todos los órganos jurisdiccionales de la república.

#### E. TRABAJO FORZOSO

46°. El Convenio 29 de la OIT, en su artículo 2.1, estableció que el **trabajo forzoso u obligatorio** designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. Al respecto, la Corte IDH, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, al igual que en el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, fijó que:

“Respecto a la ‘amenaza de una pena’, puede consistir, entre otros, en la presencia real y actual de una intimidación, que puede asumir formas y graduaciones heterogéneas, de las cuales las más extremas son aquellas que implican coacción, violencia física, aislamiento o confinación, así como la amenaza de muerte dirigida a la víctima o a sus familiares. Y en lo que atañe a la ‘falta de voluntad para realizar el trabajo o servicio’, esta consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección en el momento del comienzo o continuación de la situación de trabajo forzoso. Esta puede darse por distintas causas, tales como la privación ilegal de libertad, el engaño o la coacción psicológica”.

47°. En consecuencia, es pertinente señalar que el concepto contemporáneo de trabajo forzoso hace referencia: “a obligar, a través de cualquier medio, incluido el abuso de la situación de vulnerabilidad, a una persona a realizar o continuar realizando un trabajo o servicio”. En esta medida, se debe de precisar que el tipo y el volumen del trabajo realizado no son elementos del trabajo forzoso,

sino que son indicadores que evidencian la ausencia de consentimiento<sup>39</sup>.

**48°.** La figura del trabajo forzoso u obligatorio ha sido introducida mediante el artículo 129-O del CP el cual sanciona al que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio. Los verbos rectores son “someter” u “obligar”, es decir, tienen un tenor bastante parecido a la esclavitud y servidumbre. No obstante, para su configuración debe tenerse en cuenta que este tipo penal es el menos grave o básico de los tres delitos analizados. En tal sentido, aun cuando tienen el común denominador referido al bien jurídico, el grado de lesividad o puesta en peligro del bien jurídico es menor en estos casos.

**F. DELITO DE TRATA DE PERSONAS CONFINES DE EXPLOTACIÓN LABORAL Y MENORES DE EDAD**

**49°.** Al haberse analizado los supuestos de explotación laboral, es lógico concluir que cuando el artículo 129-A del CP describe el delito de trata de personas con fines de explotación laboral, el delito fin no puede ser cualquier tipo de explotación laboral, sino está reservado para las formas más graves, es decir, se sanciona al agente que capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro con fines de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso. De hecho, lo anterior significa que la explotación laboral como fin de la trata de personas no se refiere a cualquier incumplimiento de normas laborales o a condiciones adversas o irregulares de trabajo, sino que supone la imposición a la víctima de las peores formas de trabajo infantil, esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso.

**50°.** Así, se reafirma la línea jurisprudencial de esta Suprema Corte recaída en las Casaciones 1351-2019/Puno y 1190-2018/Cusco, en las Ejecutorias Supremas R. N. 665-2018/Lima Sur, y, muy especialmente, R.N. 1610-2018/Lima, en la que se estableció, entre otros aspectos trascendentes, que: **1.** El control o dominio intenso que ostenta el agente se manifiesta cuando el tratante o el explotador se aprovecha de la condición de adolescente o niño de la víctima para hacerla realizar labores especialmente peligrosas no aptas para su edad, sin importar su consentimiento. También se puede expresar en que el agente emplee violencia física, violencia psicológica, amenaza, engaño, fraude o se aproveche de la vulnerabilidad de la víctima, aunque estos medios no son necesarios tratándose de menores. **2.** El delito de trata de personas con fines de explotación laboral se materializa a través de que los menores son sometidos a realizar labores no compatibles para su edad (como el trabajo de empleada del hogar) y en horarios excesivos, y su situación especial vulnerabilidad se acrecienta cuando los han desarraigado de su lugar de origen, pues ello no les permite oponerse a las condiciones perjudiciales o precarias que su empleador le impuso, y si se les quita sus documentos de identidad. **3.** El delito de trata de personas es independiente de que con posterioridad se produzca una situación concreta de explotación (no solo de índole laboral, sino también sexual u otras)<sup>40</sup>.

**51°.** El delito de trata de personas con fines de explotación laboral cometido en perjuicio de menores de edad tiene un especial tratamiento en el artículo 129-A, el cual proviene de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 32 reconoce el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

∞ De ahí que, con base en dicha Convención, en nuestro ordenamiento, el artículo 51 del Código de los Niños y Adolescentes aumenta la edad mínima para los adolescentes que realizan de trabajos que suponen mayor riesgo o compromiso (labores agrícolas, industriales, comerciales, mineras, etc.)<sup>41</sup>.

**52°.** En forma general, en este Acuerdo Plenario se reitera, desde luego, la importancia de imputar correctamente el delito de trata de personas con el fin de explotación laboral (por haberse colocado a la víctima en una situación próxima a la explotación laboral), pero si esta se concreta no solo existe delito de trata, sino que el delito fin también se habrá configurado.

∞ Es decir, en dicho supuesto fáctico no estaríamos ante un solo acto punible sino ante dos, en términos dogmáticos se produciría un concurso real de delitos, empero en este supuesto opera otra solución legislativa consistente en la explotación laboral agravada por “provenir de la trata”, lo que obviamente contempla una consecuencia penal única.

**§ 4. LA VENTA DE NIÑOS Y NIÑAS Y LA ADOPCIÓN IRREGULAR COMO FIN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS**

**53°** El delito de trata de personas previsto en el artículo 129-A del CP materia de análisis contempla también como fines de explotación: “La venta de niños, niñas o adolescentes, [...] las prácticas análogas a la esclavitud, [...] la mendicidad, [...] la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación”<sup>42</sup>.

**54°.** La prohibición de la venta de niños aparece claramente enunciada en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>43</sup> en su artículo 2.a, en torno a este tema, define la venta de niños como: “Todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Parte de la premisa que la venta de niños es en sí misma un perjuicio grave y una violación de los derechos humanos, sin que sea necesario demostrar la violación de ningún otro derecho de conformidad con la Convención, como la explotación sexual o laboral.

∞ En nuestra legislación la venta de niños, niñas y adolescentes no está configurada como un tipo penal autónomo sino como fin de explotación de la trata de personas. La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>44</sup>, en su artículo 35, establece que los Estados partes deben tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir la venta de niños, entendido para los efectos de dicho convenio a cualquier persona menor de 18 años.

**55°.** Por su parte, según las Naciones Unidas, la definición de venta de niños consta de tres elementos: (i) remuneración o cualquier otra retribución (pago), (ii) traslado del niño (traslado) y (iii) intercambio de a por b (pago por el traslado)<sup>45</sup>.

∞ A estos tres parámetros coincidentes solo hay que adicionar que el beneficio puede ser económico o de otra índole, dejándose expresa constancia de que el control de convencionalidad es obligatorio no solo para todos los magistrados del sistema judicial sino, incluso, para todos los funcionarios públicos<sup>46</sup>.

**56°.** Ahora bien, considerando que una modalidad del delito de trata de personas es la compra-venta de niños, niñas y adolescentes, es importante considerar para su configuración el verbo típico “trasladar” que, como se reseñó, comprende trasladar el control físico o jurídico que se ejerce sobre la víctima. De ahí que cuando quien tiene el control físico o jurídico de un menor y traslada el dominio que tiene sobre la víctima por un carácter comercial, estaremos ante un supuesto de trata de personas con fines de compra-venta de niños, niñas, adolescentes.

∞ ¿Cuál es el impacto del concepto “trasladar” en el marco del delito de trata de personas? Sirve para evaluar acciones como la de los padres que trasladan el control

que tienen sobre sus hijos menores de edad a un tercero con fines de explotación sexual, laboral o que sean objeto de comercio (venta).

**57°.** Cuando la finalidad de explotación es la venta de niños, niñas o adolescentes, el delito se consuma cuando el sujeto activo (vendedor) traslada el control físico o jurídico que ejerce sobre el menor al sujeto activo (comprador) y este lo recibe, no siendo necesario que se concrete la entrega del precio de venta. No se puede considerar como un delito con etapas o secuencias rígidas.

**58°.** Es necesario considerar que la venta de niños, niñas y adolescentes es un concepto general que es capaz de englobar de forma específica a otras conductas. En una de ellas, la venta puede tener como objetivo que el menor de edad sea explotado sexual o laboralmente o, en todo caso, sea sometido a la extracción de órganos. Mientras que la otra modalidad de venta de niños se refiere a la adopción irregular o ilegal, sin descartarse otras modalidades de explotación, tal como la explotación reproductiva de niños, niñas o adolescentes y su venta a través de la gestación por sustitución o también denominada maternidad subrogada<sup>47</sup>, de carácter comercial.

**59°.** En cuanto a la adopción irregular –como ya lo señalamos– constituye también una conducta reprochada como *fin* de la trata de personas y no un delito autónomo, cuyo contenido mínimo es capaz de ser demarcado convencionalmente. Para ello, es preciso recurrir a la Convención de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de adopción internacional<sup>48</sup>, el cual establece los siguientes parámetros:

1. El consentimiento para otorgar un niño en adopción tiene que ser gratuito, no como consecuencia de pago o compensación de clase alguna (art. 4.c.3 y art. 4.d.4)
2. El consentimiento de la madre para otorgar en adopción a un niño tiene que darse en forma posterior al nacimiento del mismo (art. 4.c.4).
3. La mujer que da a luz al niño o que desarrolla la gestación y el parto, es considerada la madre del niño (art. 4.c.4)<sup>49</sup>.

**60°.** Efectivamente, conforme al texto y al espíritu de la citada Convención, las adopciones ilegales, contravienen los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales relativos a la adopción de menores, lo que constituye una venta de niños, que se encuentra tipificado como una finalidad de explotación en el delito de trata de personas en el Perú.

**61°.** Cuando se vulnera el principio de la gratuidad para el otorgamiento del consentimiento para la adopción de un menor y es entregado a cambio de una suma de dinero o cualquier otra retribución o beneficio (se traslada el control físico o jurídico del menor a través de un proceso de adopción fraudulento), se cumple con los tres elementos de la definición de venta de niños, que se establece en el artículo 2 del Protocolo Facultativo que complementa la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>50</sup>.

**62°.** En este contexto, se concluye que las adopciones ilegales o irregulares son una modalidad de venta de niños, niñas y adolescentes cuando se trasgrede alguno de los tres principios establecidos en la Convención de La Haya y que han sido incorporados en nuestra legislación interna, pues tal situación fáctica se encuentra debidamente tipificada como una finalidad de explotación en el delito de trata de personas en el Perú.

**63°.** En concordancia con los lineamientos ya estipulados, en cuanto a la doctrina para la configuración del comportamiento típico del sujeto activo por este delito, se requiere que: (i) se eludan los procedimientos legales de adopción; (ii) medie una compensación económica; y, (iii) la finalidad de la entrega sea establecer una relación análoga a la de filiación, es decir, que voluntariamente

asuma los deberes inherentes a la patria potestad<sup>51</sup>. En caso la retención del menor sea con el fin de que mendigue en las calles o realice trabajos, entonces se tratará de otro tipo de explotación (incluso otros más graves), pero no adopción ilegal.

**64°.** Ahora bien, es preciso tener en cuenta los siguientes aspectos para la configuración del delito de trata de personas con el fin de adoptar ilegalmente a un menor de edad y su atribución de responsabilidad:

1. El sujeto activo del delito (tratante) puede ser el padre o la madre biológico del menor de edad, quien ostenta el dominio sobre él, dada la representación legal que ostenta sobre la víctima, sujeta a las reglas del Código Civil y Código del Niño y Adolescente. De modo que este traslada su dominio de poder sobre el menor hacia un tercero, ya sea este el padre o la madre adoptivo o un intermediario: “En este caso, la víctima es el menor de edad, y los autores del delito serán el padre/madre biológico y padre/madre adoptivo o intermediario”.

∞ En tal caso, el beneficio que se obtenga con la adopción ilegal puede ser de dos índoles: (i) por una parte el del padre/madre biológica puede ser de carácter económico, ya que recibirán una contraprestación del traslado del menor, igualmente el intermediario; mientras que, (ii) el del padre/madre adoptiva puede ser un beneficio de índole emocional con la retención del menor.

2. En el caso anterior, como el delito de trata de personas es uno de peligro concreto, tampoco es necesario que se concrete la adopción ilegal, ni todos los aspectos pactados entre el vendedor y comprador del menor (como el pago, sino que es suficiente el pacto), para que este se configure.

3. El dominio sobre el menor lo puede ejercer otra persona distinta al padre/madre biológico/a, es decir, otra persona quien tenga de *facto* (de hecho) el dominio sobre él, como, por ejemplo, un familiar a quien le entregaron el menor para su cuidado (abuelos, tíos, hermanos). De forma que dicho dominio de poder lo traslada hacia un tercero, ya sea este el padre o madre adoptivo o un intermediario: “En este caso, la víctima es el menor de edad, y los autores del delito serán la persona que tenga de *facto* el dominio y el padre/madre adoptivo o intermediario”.

∞ Bajo este supuesto, también es posible la venta sucesiva del menor, es decir, puede darse un primer acto de venta con fines de adopción ilegal entre los padres biológicos y los padres adoptantes, pero estos últimos, al no estar conformes con el “objeto comprado” (no les gusta las características del menor o simplemente deciden desecharlo y comprar otro) pueden generar un segundo acto de venta, ya que, al tener el dominio del menor, lo trasladan a un tercero.

4. Si el padre/madre biológico/a trasladó el dominio del menor a un tercero al encontrarse en una situación de vulnerabilidad, amenaza o coacción, no tendrán responsabilidad. Para ello, en cada caso deberá aplicarse la figura legal correspondiente para excluir la responsabilidad de los padres por el delito de trata de personas con fines de adopción ilegal. Con lo cual solo existirá responsabilidad en el intermediario o padres adoptantes, y cabe precisar que la víctima sigue siendo el menor y no los padres.

**65°.** Dado este fenómeno criminal, el reglamento de la Ley 28950<sup>52</sup>, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, en su artículo 10 dispone que para prevenir la trata de personas en perjuicio de niñas, niños y adolescentes se deben generar mecanismos de información dirigida a los centros de acogida residencial, las agencias internacionales y nacionales de adopción, padres biológicos y preadoptantes.

## DECISIÓN

En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial y el Juzgado Supremo de

Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en el XII Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ:

**ACORDARON**

**66°. ESTABLECER** como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 24, 26, 31, 38, 39, 40, 43, 44, 47, 48, 51, 54, 56, 57, 59, 61, 63 y 64 del presente Acuerdo Plenario.

**67°. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales expuestos, que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 112 de la citada LOPJ.

**68°. DECLARAR** que los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si se incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

**69°. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*,

**HÁGASE** saber:

**Ss.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**BARRIOS ALVARADO**

**LUJÁN TÚPEZ**

**NEYRA FLORES**

**ALTABÁS KAJATT**

**BROUSSET SALAS**

**CASTAÑEDA OTSU**

**SEQUEIROS VARGAS**

**PACHECO HUANCAS**

**GUERRERO LÓPEZ**

**CHECKLEY SORIA**

**COTRINA MIÑANO**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

**PEÑA FARFÁN**

**ÁLVAREZ TRUJILLO**

<sup>1</sup> Materiales de Estudio de la Diplomatura de Estudios sobre Trata de Personas y Otras Formas de Explotación. Organización Internacional del Trabajo y Pontificia Universidad Católica del Perú. Sesión 2: "Trata de personas, explotación sexual y delitos conexos a la prostitución". pp. 12-14.  
<sup>2</sup> "Artículo 153. El que retiene o **traslada de un lugar a otro** a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por su misma, empleando violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento, con la finalidad de venta económica o explotar social o económicamente a la víctima [...]".  
<sup>3</sup> "Artículo 153. El que promueve, favorece, financia o facilita la captación,

**transporte, traslado**, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad [...]".

<sup>4</sup> Materiales de estudio de la Diplomatura de estudios sobre trata de personas y otras formas de explotación. Organización Internacional del Trabajo y Pontificia Universidad Católica del Perú. Sesión 2: "Evolución normativa y tipo penal de trata de personas", p. 21. (Basado en Montoya, 2017, p. 208; y Daunis, 2013, p. 84).

<sup>5</sup> Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime:

Article 3. Use of terms for the purposes of this Protocol:

(a) "Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, **transfer**, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation.

<sup>6</sup> Article 3. Terminologie

Aux fins du présent Protocole:

a) L'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le **transfert**, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation [...].

<sup>7</sup> Artículo 3. Definiciones para los fines del presente Protocolo:

a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el **traslado**, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación [...].

<sup>8</sup> Sus siglas en inglés derivan de: United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC).

<sup>9</sup> La Ley Modelo, emitida en el 2010 en Nueva York, establece que su contenido engloba todas las disposiciones que los Estados deben incorporar o que el protocolo recomienda que incorporen en sus leyes nacionales con relación al delito de trata de personas.

<sup>10</sup> Model Law against Trafficking in Persons:

Article 8. Trafficking in persons

1. Any person who: (a) Recruits, transports, **transfers**, harbours or receives another person; (b) By means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability, or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person; (c) For the purpose of exploitation of that person; shall be guilty of an offence of trafficking in persons and upon conviction shall be subject to imprisonment for... and/or a fine of up to... [a fine of the... category]. 11 En el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Varsovia), en su texto original (inglés y francés) se alude a los verbos "transfer" y "transfert".

<sup>12</sup> Traducción oficial de la Ley modelo al español:

"Artículo 8. Trata de personas

1. Toda persona que: a) Reclute, transporte, **transfiera**, retenga o reciba a otra persona. b) Recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o aceptación de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. c) Con fines de explotación de esa persona; será culpable de un delito de trata de personas y, tras la condena, estará sujeta a pena de prisión de [...] y/o multa de hasta [una multa de la categoría...]."

<sup>13</sup> De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia, el verbo "**trasladar**" tiene cinco significados, entre ellos está: "Llevar a alguien o algo de un lugar a otro" y, según el mismo diccionario, la principal acepción del verbo "transportar" es también "Llevar a alguien o algo de un lugar a otro".

<sup>14</sup> MAC GILLIVRAY, Jeremy *et al.* *Guía de procedimientos para la actuación de policías y fiscales en la investigación y juzgamiento del delito de trata de personas*, 2017, Lima, pp. 20-21.

<sup>15</sup> En la ponencia presentada para la elaboración del presente pleno jurisdiccional.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Armendáriz Ochoa precisa que esta es la postura seguida por J. Renzikowski, H. Kudlich, J. Eisele, B. Valerius, L. Eidam y M. Heger.



- 18 GALLO, Patricia. "La explotación laboral en Argentina: Problemática y propuesta legislativa". En: OIT. *V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud. Veinte años después del Protocolo de Palermo*. Tomo I. Lima, p. 255.
- 19 Las relaciones laborales son conflictivas dado que: "Los trabajadores –como individuos y como categoría– son diferentes y a veces opuestos a los de los empresarios –como individuos y como categoría– y "estructuralmente desigual, porque los trabajadores no tienen poder económico y los empresarios sí". NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al derecho del trabajo*. PUCP, Lima, 2016, p. 6.
- 20 GALLO, Patricia. Ob. cit., p. 261.
- 21 Cubierta legalmente por la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento, y según los cuales como infracciones laborales graves se tienen el no registrar trabajadores en las planillas de pago, el no pagar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley, entre otros.
- 22 GALLO, Patricia. Ob. cit., pp. 257-260.
- 23 "Artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo  
El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en estas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave [...]".
- 24 Los casos más leves de explotación laboral no necesariamente constituyen fines de la trata de personas o explotación laboral en el ámbito penal, tutelan la protección de los derechos sociolaborales que han sido ilícitamente perjudicados por el empleador que busca captar así el valor del trabajo del empleado. Pero no en todos los ordenamientos se sanciona penalmente estos casos más leves, ni tampoco los casos más graves en su totalidad, como es el caso del ordenamiento penal argentino. GALLO, Patricia. Ob. cit., p. 257.
- 25 Tal dispositivo establece expresamente lo siguiente: "El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado. El Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone este Código, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social".
- 26 **Artículo 51**  
"[...] 2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años. Por excepción se concederá autorización a partir de los doce años, siempre que las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional".
- 27 Adoptada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.
- 28 **Artículo 1**  
A los fines de la presente Convención se entiende que:  
"1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del **derecho de propiedad** o algunos de ellos.  
2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderlo o cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderlo o cambiarlo, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos".
- 29 Adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- 30 Adoptada el 7 de setiembre de 1956, con entrada en vigor el 30 de abril de 1957.
- 31 GALLO, Patricia. "Entre los delitos de esclavitud y de explotación laboral. Breve comentario al caso Nicollini". En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. (135), 2020, pp. 89-90.
- 32 GALLO, Patricia. Ob. cit., pp. 92-93.
- 33 En el fondo de dicho caso, la Corte IDH concluyó que se utilizó en contra de las víctimas un sistema de peonaje en el cual los trabajadores eran sometidos a jornadas extenuantes de trabajo bajo amenazas y violencia, viviendo en condiciones degradantes, sin que ellos tuviesen una perspectiva de poder salir de esa situación en razón de: i) la presencia de guardias armados; ii) la restricción de salida de la hacienda sin el pago de la deuda adquirida; iii) la coacción física y psicológica de parte de la persona que las contrató y guardias de seguridad; y, iv) el miedo de represalias y de morir en la selva en caso de fuga. La situación de vulnerabilidad de los trabajadores se acrecentó porque en su mayoría eran analfabetos, de una región muy distante del país, razón por la cual no conocían los alrededores de la hacienda Brasil Verde y estaban sometidos a condiciones inhumanas de vida.
- 34 Párr. 210.
- 35 Oficina Internacional del Trabajo y Walk Free Foundation, en colaboración con la Organización Internacional para las Migraciones. Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna. Trabajo forzoso y matrimonio forzoso. Resumen ejecutivo. Suiza, 2017, p. 9.
- 36 De acuerdo con la Organización Mundial del Trabajo, los trabajadores en situaciones de servidumbre por deudas se encuentran en Asia y América Latina. [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_181995/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_181995/lang-es/index.htm).
- 37 Guía para la prevención e identificación del trabajo forzoso dirigida a organizaciones de trabajadores, pp. 33-34.
- 38 Este parámetro jurisprudencial es destacado por Montoya y Rodríguez en la ponencia presentada para este XII Pleno Jurisdiccional.
- 39 Montoya y Rodríguez para la ponencia elaborada para este XII Pleno Jurisdiccional.
- 40 Al respecto, se ha reconocido positivamente que en la Casación 1351-2019/Puno se señale que entre el delito de trata de personas y el de explotación existe una relación de progresividad en la que el primer delito se perfecciona sin la necesidad de que se consuma la finalidad de explotación (en este aspecto, esta Suprema Corte reitera que la trata de persona en resumen coloca a la víctima en una situación próxima a la explotación, pero no sanciona la explotación en sí misma). De manera que, si el sujeto activo realiza la explotación de la víctima, entonces estará cometiendo otro delito. MORALES NAKANDAKARI, Pamela; TORRES PACHAS, David y QUISPES MEZA, Daniel. "Análisis de la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en la Casación 1351-2019-Cusco". En: OIT/IDEHPUCP, *Boletín Jurisprudencial sobre Trata de Personas, Trabajo Forzoso y otras Formas de Explotación*. (2). Lima, 2022, p. 11.
- 41 Artículo 51. Edades requeridas para trabajar en determinadas actividades. Las edades mínimas requeridas para autorizar el trabajo de los adolescentes son las siguientes:
1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia:
    - a) Quince años para labores agrícolas no industriales.
    - b) Dieciséis años para labores industriales, comerciales o mineras.
    - c) Diecisiete años para labores de pesca industrial.
  2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo la edad mínima es de catorce años [...].
- 42 Apartado 2 del citado artículo.
- 43 Adoptada el 25 de mayo de 2000 y con vigor desde enero de 2002.
- 44 Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989 y con vigor desde septiembre de 1990.
- 45 ONU Informe A/HRC/37/60. "Informe de la Relatoría Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños". Fundamento 42.
- 46 Según los términos de la Sentencia Almonacid Arellano versus Chile de 26 de setiembre de 2006 (fundamento 124, para los jueces y juezas); Caso Gelman vs Uruguay, de 24 de febrero de 2011 (fundamento 239, para todo funcionario público).
- 47 Es muy ilustrativa al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo Español STS 1153/2022, de 31-03-2022. Puede verse en: [https://violenciagenero.org/web/wp-content/uploads/2022/04/STS\\_1153\\_2022.pdf](https://violenciagenero.org/web/wp-content/uploads/2022/04/STS_1153_2022.pdf).
- 48 Puede verse en: [https://www.oas.org/dil/esp/Convenio\\_Haya\\_Proteccion\\_del\\_Nino\\_Cooperacion\\_en\\_Materia\\_Adopcion\\_Internacional\\_Espana.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf).
- 49 Este parámetro implica el principio romano *mater Semper certa est* (madre es la persona que da a luz) como así lo menciona también el Informe A/HRC/37/60 de la Relatoría Especial De las Naciones Unidas, en su fundamento 45, cita número 87 en la página 14. Ello es compatible con lo previsto en el artículo 409 del Código Civil que establece: "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo".
- 50 Elementos que se han explicado en el fundamento 58 de este Acuerdo Plenario.
- 51 SANZ-DIEZ DE ULSURRUN LLUCH, Marina. La entrega de menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado "robo de bebés". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (21). 2013, p. 195. Publicada el 16 de enero de 2007.
- 52

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## XII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

## ACUERDO PLENARIO N.º 05-2023/CIJ-112

**BASELEGAL:** Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31591 de 26-10-2022

**ASUNTO:** Suspensión de la prescripción de la acción penal  
Ley 31751, de 25 de mayo de 2023

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

**ACUERDO PLENARIO****I. ANTECEDENTES**

1º. Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 293-2023-P-PJ, de veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, realizaron el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil veintitrés, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del enlace de la página web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–, modificada por la Ley 31591, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós, para dictar acuerdos plenarios que definan la uniformización de la jurisprudencia penal.

2º. El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica, la instalación del Pleno Jurisdiccional –que se realizó con la Primera Sesión del Pleno de veintidós de junio de dos mil veintitrés– y la selección de los temas del foro para que se propongan los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial a fin de garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección de temas alcanzados por la comunidad jurídica, la designación de jueces supremos ponentes y la designación de la fecha de presentación de ponencias respecto de las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas. Esta fase culminó con la II Sesión del Pleno Jurisdiccional de seis de julio último.

3º. El doce de julio último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate. Se trata de los siguientes: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales. **B.** Delitos ambientales: exigencia y vigencia del informe técnico de la autoridad administrativa, diferencias entre infracción administrativa y delito de contaminación ambiental, y momento de consumación del delito ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria. **D.** Delito de trata de personas: aspectos de determinación típica y problemas normativos. **E.** Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley 31751. **F.** Prisión preventiva y problemas concursales entre el artículo 122-B, inciso 6, del Código Penal y el artículo 122-B del mismo código. **G.** El motivo de sobreseimiento del artículo 344, apartado

2, literal d), del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas. **H.** Estándar de elementos de convicción y sobreseimiento. El recurso del actor civil contra el sobreseimiento y la absolución. Alcances.

∞ El once de septiembre del presente año se seleccionaron a los juristas y las instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4º. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, un informe escrito en relación con la suspensión de la prescripción de la acción penal – Alcances de la Ley 31751, los señores abogados Francisco Álvarez Dávila, docente de la Universidad de Piura, Daniel Armando Pisfil Flores, Rudy Santiago Guzmán Fiestas, Mario Nilton Escriba Tineo y Juan Alejandro Uchuypoma Ayala.

5º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el jueves veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés. Hizo uso de la palabra el letrado Francisco Álvarez Dávila, docente de la Universidad de Piura.

6º. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y 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 el acuerdo plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República para pronunciar resoluciones vinculantes a través de reglas interpretativas con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7º. Han sido ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO, LUJÁN TÚPEZ, BROUSSET SALAS, CASTAÑEDA OTSU y GUERRERO LÓPEZ.

**II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS****§ 1. TEMAS PROBLEMÁTICOS MATERIA DE ANÁLISIS**

8º. El presente Acuerdo Plenario tiene el cometido de brindar pautas hermenéuticas claras en relación a la institución de la prescripción penal, específicamente la suspensión de la prescripción de la acción penal, y los problemas que presenta la Ley 31751, de veinticinco de mayo de dos mil veintitrés, en su interpretación y su aplicación judiciales.

9º. La Ley 31751, publicada en el Diario Oficial El Peruano el veinticinco de mayo de dos mil veintitrés, modificó el artículo 84 del Código Penal –en adelante, CP– y el artículo 339 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–.

∞ El artículo 84 del CP – Suspensión de la prescripción, quedó redactado de la siguiente manera:

“Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspensio la prescripción”.

“La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos. En

n ningún caso dicha suspensión será mayor a un año” [el subrayado es nuestro].

∞ El artículo 339 del CPP – Efectos de la formalización de la investigación, quedó redactado de la siguiente manera:

“1. La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 del Código Penal” [el subrayado es nuestro].

**10°.** El cambio más relevante que estableció la citada Ley 31751 es que, primero, ya no determina que el efecto suspensivo, del comienzo o de la continuación, del proceso penal, permanezca hasta que el otro procedimiento quede concluido, según la norma originaria del Código Penal; y, segundo, fijó un plazo único como cláusula de cierre: la suspensión no puede durar más de un año, salvo que los plazos que legalmente se estipulan para las etapas del proceso penal u otros procedimientos sean menores.

∞ La reforma legislativa, por otro lado, ratificó implícitamente lo que este Tribunal Supremo había establecido: la suspensión –que no interrupción– establecida por el artículo 339, apartado 1, del CPP requería de un plazo preciso, previsible y preestablecido. Este Supremo Tribunal, en el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116, de veintiséis de marzo de dos mil doce, Fundamento Jurídico Undécimo, decidió desde una perspectiva flexible que el plazo de suspensión sería el plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, equiparándolo con el plazo de interrupción de la prescripción –con ello siguió la pauta legal, aunque establecida para la interrupción, instaurada por el artículo 121 del anterior Código Penal de mil novecientos veinticuatro–.

∞ En el Congreso, el proyecto de Ley 3991/2022-CR, de veintiuno de octubre de dos mil veintidós, planteó como opción la eliminación de la suspensión de la prescripción como institución jurídica penal, al señalar que: “El comienzo o la continuación del proceso penal que dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, no suspenderá los plazos prescriptivos de la acción penal”. Entendió dicho Proyecto, que “la demora en resolver ese otro procedimiento vulnera el plazo razonable del proceso y el principio de presunción de inocencia”, con lo que asumió, en determinado sentido, la concepción procesal de la prescripción. Empero, en las discusiones habidas en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (período anual de sesiones 2022 – 2023), se consideró necesario fijar un plazo preciso –en el dictamen se citó los modelos colombiano y chileno (aunque, por cierto, no en su base jurídica), que en casos de suspensión fijaban el plazo en cinco años y tres años, respectivamente–, por lo que, más allá de las fuentes citadas, estableció el plazo de suspensión en solo un año. Por lo demás, el modelo uruguayo – también citado–, al igual que el precepto originario del Código Penal nacional, no fijaba límite de tiempo alguno al plazo de la suspensión de la prescripción –explicaba FONTÁN BALESTRA, al respecto, que el plazo es indeterminado de antemano, pues depende la duración de la causa que la produce [Cfr.: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 2da. Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 482].

∞ Una lástima, por lo demás, que no se tuvo presente la última reforma del artículo 67 del Código Penal de la Argentina, según la Ley de reforma 27.206, de diez de noviembre de dos mil quince, mucho más flexible y que tomaba en cuenta delitos cometidos por Altos Funcionarios Públicos y determinados delitos graves; así como tampoco lo dispuesto por el artículo 78-B del Código Penal Alemán –este Código, en lo pertinente, fue reformado en mil novecientos setenta y cinco, mil novecientos ochenta y siete, mil novecientos noventa y tres y mil novecientos noventa y cuatro–, que se sustentaba en situaciones concretas –para delitos especialmente graves–, y con límites para delitos graves con un plazo máximo de cinco años y a partir del inicio del juicio oral.

**11°.** La entrada en vigor de la Ley 31751, con independencia de su rigor técnico y su concepción político criminal, exige establecer si tiene un carácter material o procesal, a tono con su fundamento y naturaleza jurídica, para determinar en su caso (i) el factor de aplicación de la misma y su retroactividad benigna, así como (ii) la viabilidad de la excepción de prescripción de la acción penal y su planteamiento –tras su entrada en vigor– en sede de apelación y de casación en curso, cuando no fue una causal o motivo del recurso y el recurso se presentó antes de la entrada en vigencia.

## § 2. ALCANCES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

**12°.** El régimen jurídico de la prescripción penal está desarrollado, en su ámbito esencial, por el Código Penal vigente, al igual que el Código Penal anterior, de mil novecientos veinticuatro, y el primer Código Penal, de mil ochocientos sesenta y dos. En todos ellos sus expresiones iniciales tienen, aparentemente, una impronta procesal, pues el primer Código Penal nacional hace mención al derecho de acusar (ex artículo 95), aunque –y esto es trascendental– fija el inicio del cómputo de la prescripción desde que se cometió el delito –vid.: por ejemplo, artículo 97 del Código Penal de 1862– (no desde su conocimiento, en consecuencia, la prescripción de una acción no puede contarse sino desde el día en que puede ser ejercitada, por lo que es de entender que lo que realmente prescribe es el delito, cuyo disvalor decae, desgastado por la acción del tiempo [cfr.: CURY URZÚA, ENRIQUE: *Derecho – Penal Parte General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 445]), pauta que ha sido seguida por los demás Códigos Penales nacionales. Los Códigos Penales de mil novecientos veinticuatro y el vigente de mil novecientos noventa y uno, rotularon los Títulos respectivos del Libro Primero –XV y V, respectivamente– bajo la denominación común de “Extinción de la acción y de la pena”, pero en modo alguno condicionaron el mero transcurso del tiempo a un requisito procesal específico –que ésta no incide sobre el delito, sino sobre la acción persecutoria, y se erige en condiciones de perseguibilidad o de procedibilidad–, lo que de por sí cuestiona su pretendida naturaleza procesal, pues el momento del ejercicio de la acción penal contra una persona individualizada por la comisión de una conducta presuntamente delictiva no condiciona el *dies a quo* en materia de prescripción penal; además, es sabido que el transcurso del tiempo, como hecho jurídico, tiene entidad para influir en la ilicitud o licitud de un determinado comportamiento [cfr.: CORDOVA RODA, JUAN; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO; DEL TORO MARZAL, ALEJANDRO; CASABÓ RUIZ, JOSÉ-RAMÓN: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, pp. 675-677]. Impiden, pues, que la responsabilidad penal nazca por una razón de consolidación de una situación de hecho al transcurrir cierto tiempo [BRAMONT ARIAS, LUIS ALBERTO: *Derecho Penal Peruano – Parte General*, Ediciones Jurídicas UNIFE, Lima, 2004, pp. 503-504]. No es posible aceptar la justificación de la prescripción en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque tal institución no explica los casos en que las dilaciones han sido provocadas por la propia conducta del acusado (casos de contumacia o rebeldía), en los cuales el ordenamiento jurídico acepta sin embargo la eventual prescripción; y, la existencia, conforme al derecho vigente, de delitos imprescriptibles, como por ejemplo, conforme al Derecho Internacional Penal y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los delitos de lesa humanidad y, según el artículo de la Constitución, los delitos especialmente graves de corrupción, ex artículo 41, in fine –Ley de reforma constitucional 30650, de 20 de agosto de 2017– [cfr.: BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: *La prescripción en el Derecho Penal Chileno*. Revista de Ciencias Penales, Volumen XLIII, número 1 (2002), pp. 108-109].

∞ Sobre el particular, y atento a que, por ejemplo, el Código Penal Argentino tiene la misma denominación que

nuestro Código, es relevante la posición de RICARDO C. NÚÑEZ. Este autor proporciona dos argumentos esenciales: (i) que en el sistema del CP la acción penal no es como la promoción de la misma –denuncia formalizada antiguamente o disposición de formalización de la investigación preparatoria con el actual CPP–, es decir, el poder de pedir ante el órgano jurisdiccional de la actuación de la ley penal, regulable por el derecho procesal, sino la potestad represiva misma (con opinión favorable de VÉLEZ MARICONDE), comprendida totalmente, con las causas que la extinguen, en la órbita del derecho penal material o sustantivo; y, (ii) que el carácter –naturaleza– material de la prescripción no se puede poner en duda y, asimismo, que también resulta claro que la prescripción de la acción penal, al extinguir la potestad represiva, produce efecto sobre la persecución y el proceso, impidiendo, en todo caso, un pronunciamiento sobre el fondo de la imputación penal, efecto que no tiene su fuente en un acto de carácter procesal [NÚÑEZ, RICARDO C.: *Derecho Penal Argentino – Parte General*, Tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pp. 173-173].

∞ En esta misma óptica la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, en la sentencia recaída en el asunto “Mirás”, de dieciocho de octubre de mil novecientos setenta y tres, en su Fundamento Jurídico 7º señaló: “Que el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprenda no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadores del régimen de extinción de la pretensión punitiva”. Posición que reafirmó en la sentencia recaída en el asunto “Arancibia Clavel”, de veinticuatro de agosto de dos mil cuatro, al acotar en su Fundamento Jurídico 20º: “Que el fundamento común del instituto de la prescripción, independientemente del objeto al que aluda –de la acción o de la pena–, es la inutilidad de la pena en el caso concreto, en lo que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juicio, o entre la condena y su ejecución, hace que la persona imputada no sea la misma, como así también que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia vivencial conflictiva, para pasar a ser un hecho histórico-aneecdótico. En definitiva, escapa a la vivencia de sus protagonistas y afectados”.

∞ En esta misma perspectiva el Tribunal Supremo Español en su sentencia 1146/2006, de 22 de noviembre, precisó: “La prescripción significa la expresa renuncia por parte del Estado del derecho a juzgar en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los efectos de la infracción, institución de carácter puramente material o de derecho sustantivo, ajena por tanto a las exigencias procesales de la acción persecutoria. Transcurrido un plazo razonable fijado por la norma, desde la comisión del delito, la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico, ya no cumple sus finalidades de prevención social. Quiere ello decir que el *ius puniendi* viene condicionado por razones de orden público, de interés general o de política criminal, de la mano de la ya innecesaria de una pena y de cuanto el principio de intervención mínima representa, pues resultaría altamente contradictorio imponer un castigo cuando los fines humanitarios, reparadores y socializadores, de la más alta significación, son ya incompatibles, dado el tiempo transcurrido”.

∞ Por otro lado, el Código Procesal Penal no solo reguló íntegramente el ejercicio de la acción, penal y civil, en sede penal –que es obviamente un instituto de definida naturaleza procesal–, sino que fijó un instrumento procesal para hacer valer la prescripción, tanto en sede de investigación preparatoria como en sede intermedia. Estatuyó en el artículo 6, apartado 1, literal e), que la prescripción puede deducirse como excepción, “[...] cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena” –se entiende que la prescripción de la pena se hace valer en sede de ejecución procesal de la sentencia condenatoria (ex artículo 489 CPP)–. El CPP fijó expresamente la oportunidad procesal para deducir la prescripción como

excepción, según rezan los artículos 7 y 350, apartado 1, literal b), y para que el órgano jurisdiccional la resuelva, siempre antes de culminar la etapa intermedia. El CPP, en consecuencia, no incorporó mayores referencias al régimen jurídico de la prescripción, de suerte que su núcleo, como corresponde, se encuentra en el CP. La prescripción, en suma, no puede afectar a la acción persecutoria sino al delito mismo, precisamente porque sus efectos no son de índole procesal sino sustantivos. Y el hecho de que la ley la regule, en pureza, como prescripción del delito, no obstante denominarla impropriadamente “prescripción de la acción penal” –que es el mismo caso del Código Penal de Chile–, constituye una demostración de que así es [CURY URZÚA, ENRIQUE, *Ibidem*, p. 445]. La prescripción, por lo demás, es una causal de sobreseimiento, acorde a lo dispuesto por el artículo 344, apartado 2, literal ‘c’, del CPP, aunque ha de entenderse que su aplicación está sujeta a un orden de prelación entre las demás causales previstas en los literales anteriores [cfr.: BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO: *Ibidem*, p.120].

**13º.** Más allá de una dependencia inicial a la prescripción civil y a sus concepciones –por su más temprana elaboración, lo que contribuyó a que la prescripción en este ámbito naciera con importantes adherencias *iusprivatistas*–, hoy plenamente superadas [MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS y otros: *Código Penal – Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, 1997, p. 1587], la prescripción penal, desde la plena autonomización y evolución del Derecho Penal, tiene sus propias notas características, con efectos exclusivamente liberadores o extintivos de la responsabilidad penal –la prescripción se articula en favor del interés público–. Ésta supone la invalidación por el transcurso del tiempo del valor que habían tenido determinadas conductas descriptas en la ley penal como delitos; el tiempo, en consecuencia, tiene un efecto destructor al determinar que el desvalor social y jurídico que mereció en su día un hecho no pueda mantenerse eternamente [QUINTERO OLIVARES, GONZALES (director): *Comentarios al Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 639]. La prescripción penal importa la cesación de la potestad punitiva del Estado –no solo de su potestad de perseguir el delito– al transcurrir un periodo de tiempo fijado por la ley –por lo general, mediante plazos escalonados, con señalamientos de momentos de inicio, interrupción y suspensión–; cesación que entra en el concepto de las renunciaciones, de suerte que el Estado abdica el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar la pena ya infligida [Cfr.: MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1972, p. 363]. Se extingue, en el primer caso, toda posibilidad de valorar jurídicamente los hechos, de atribuir responsabilidad penal por los mismos, debido al transcurso de un plazo de tiempo determinado. Luego, la necesidad de pena disminuye paulatinamente con el paso del tiempo, hasta desaparecer por completo [FARALDO CABANA, PATRICIA: *Las causas de levantamiento de la pena*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 95].

∞ Desde esta perspectiva la prescripción es una causa general de extinción de la punibilidad, que sobreviene cuando el delito es tal –presuntamente lo es en cuanto a sus categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad– e incide sobre la sola punibilidad por razones extrañas o contrastantes con la tutela del bien protegido por el tipo delictivo, y que está ligada al curso del tiempo; y, en el caso que nos ocupa, presupone que no sea intervenida una sentencia definitiva de condena [MANTOVANI, FERRANDO: *Los principios del Derecho Penal*, 1ra. Edición, Ediciones Legales, Lima, 2007, pp. 617, 622]. Con mayor precisión, la prescripción suprime la obligación del sujeto de soportar su responsabilidad por la comisión de un hecho delictivo mediante el cumplimiento de una pena o una medida de seguridad; obligación que tiene carácter abstracto, mientras no se dicte una sentencia firme condenatoria, o concreto, después de pronunciada [BOLDOVA PASAMAR,

MIGUEL ÁNGEL y otros: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 5ta. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 169]. No puede dejar de reconocerse que las causales extintivas en general cumplen una función correctora del sistema de justicia penal, ante determinadas circunstancias que pueden ocurrir tras la comisión del delito, exista o no actividad judicial, y se proyectan sobre la pena.

**14º.** Los más recientes estudios sobre la prescripción, especialmente en Iberoamérica, encuentran un fundamento único en ella, asociados a razones de Derecho penal material, esto es, a los fines de la pena –esencial en una concepción preventiva de la pena y, por tanto, dinámica–, a la función del Derecho Penal, o a la existencia social de que no se prolongue de forma indebida la incertidumbre de la amenaza penal –que en buena cuenta también se asienta en razones materiales y que se ata a la seguridad jurídica, que determina que es incompatible con la posibilidad perpetua de remover en el pasado más lejano– [PASTOR ALCOY, FRANCISCO: *Tratado de la prescripción Penal*, Ediciones Atelier, Barcelona, 2019, p. 81].

∞ Es verdad que, como plantean numerosos juristas y BINDING como precursor, en muchísimos casos estaría presente una argumentación que plantea un fundamento probático en la prescripción (carácter efímero y perecedero de la prueba y, por tanto, garantía encaminada a reducir el margen de error judicial por las supuestas dificultades de valoración de la prueba) y, por ello, se deriva la prescripción a los presupuestos u óbices procesales–: el perjuicio que el tiempo ocasiona en la obtención y actuación de fuentes y medios de prueba, con los riesgos de vulneración de la presunción de inocencia (emisión de una sentencia errónea) y de un juicio justo y equitativo –con proscripción de las dilaciones indebidas–. Esta posición ha sido una constante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [vid.: SSTC 0026-2006- PI/TC, 2506-2005-PHC/TC, 2203-2008-HC/TC, entre otras], al punto que en la STC 9291-2006-PHC/TC se llegó a decir no solo que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado porque se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal, sino que, con ello (¡dada su impronta material, sin duda!), la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo, lo que se por sí resta fuerza a su argumento procesalista –no siempre el tiempo genera dificultades insuperables de obtención de la prueba, existen casos en que ello no es así, por lo que se necesitaría demostrar las dificultades probatorias insuperables, lo que es incompatible con la lógica de la prescripción y de la propia presunción de inocencia [cfr.: GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR: *La prescripción del delito*, Editorial IB de F, Buenos Aires – Montevideo, 2017, pp. 16-17]–.

∞ Empero, precisamente la garantía específica del plazo razonable y la regla de juicio de la garantía genérica de presunción de inocencia –que fija un estándar de prueba altísimo para condenar y afirma que en caso de duda debe absolverse al acusado– [vid.: artículos I, apartado 1, y II, apartado 1, del CPP] son instrumentos jurídicos específicos y pertinentes para afrontar el plazo del tiempo en el curso de un proceso penal ya instaurado, que por lo demás están sujetos a presupuestos y requisitos propios, no al solo transcurrir del tiempo [cfr.: GILI PASCUAL, ANTONI: *La prescripción en Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 70-72].

**15º.** La prescripción, por la que el Estado autolimita su soberano poder de castigar [MANZINI, VICENZO: *Tratado de Derecho Penal*, Volumen V, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1950, número 601], se asienta en fundamentos –o criterios decisivos– distintos, materiales, siempre ligados al transcurso del tiempo, y en atención (i) a la función preventiva del Derecho Penal, a su dimensión de futuro, de ahí que su ubicación con mayor propiedad se encuentra en la punibilidad –aunque también se puede considerar que puede afectar el injusto, a la antijuridicidad material en su aspecto cualitativo– [cfr.: GILI PASCUAL, ANTONI:

*Ibidem*, p. 90-93], (ii) así como al común entendimiento de la integración de las reglas sobre prescripción en la norma sancionadora [TERRADILLOS BASOCO, JUAN – MAPELLI CAFFARENA, BORJA: *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ra. Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 228]. Sus plazos fijos representan un tiempo último, un umbral máximo, en que el Estado, una vez transcurrido, ya no puede pronunciarse acerca de la culpabilidad del imputado y del carácter delictivo y punible del hecho que se le atribuye, con independencia de la carga probatoria acopiada o existente y de la existencia o no de lapsos temporales de inactividad procesal. La prescripción ofrece una respuesta en derecho, objetiva y con automatismo resolutorio, sin vaguedades, y sin exigencia alguna de entrar en elementos valorativos ni probatorios, ni de otro tipo de justificación y sin necesidad de continuar el proceso [cfr.: PASTOR ALCOY, FRANCISCO: *Ibidem*, p. 123].

∞ Por ello, el núcleo de la fundamentación de la prescripción es de Derecho sustantivo, basado en el entendimiento –así valorado por el legislador– que el transcurso del tiempo hace innecesaria la pena y no es compatible con la misión del Derecho Penal. Para que la pena pueda cumplir su función de asegurar la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma infringida, es preciso que aquella aparezca conectada a la infracción de esa norma, conexión que se debilita con el paso del tiempo [GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 289] –. Considera al respecto BUSTOS RAMÍREZ que la prescripción está ligada a uno de los principios informadores más elementales del Derecho Penal y, por ello, generales, como el concepto mismo de necesidad de la pena; no hay una relación directa con el injusto o delito, se trata más bien de una consideración general tanto en relación al injusto como al sujeto responsable desde el punto de vista de la facultad punitiva del Estado, y por ello no existe obstáculo para estimar que en determinados casos se da la imprescriptibilidad, como por ejemplo en los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra [BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Manual de Derecho Penal – Parte General*, 4ta. Edición, Ediciones PPU, Barcelona, 1994, p. 600]. Señala sobre el particular la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-416/02, de veintiocho de mayo de dos mil dos, Fundamento Jurídico 3º, que, “en cuanto a su naturaleza, la prescripción es una institución de carácter sustantivo si bien su reconocimiento precisará, dado el carácter de necesidad del proceso penal, de la actuación procesal pertinente. Este carácter sustantivo permite que la prescripción pueda ser declarada de oficio, sin necesidad de alegación de parte como es obligado en el proceso civil”.

∞ Lo relevante de las consecuencias de esta concepción material de la prescripción estriba en lo siguiente: “(i) la posibilidad de ser declarada de oficio en cualquier estado del procedimiento, siendo temporánea o procedente su alegación en el recurso de casación, luego, en la misma vista del recurso –incluso en cualquier recurso devolutivo en general–; (ii) referir el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción a la fecha de comisión del delito; (iii) considerar que sólo el procedimiento penal, entendido como cualquier actividad de investigación, no inocua, puede interrumpir la prescripción; y, (iv) no atribuir la carga de la prueba a quien invoca la prescripción a su favor, de suerte que si no se desprende de los hechos probados, con certidumbre la fecha del delito y si la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para fundar la prescripción, tal duda debe resolverse con sujeción al principio *in dubio pro reo*” [cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo Español de 10 de enero de 1990].

### **§3. LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN**

**16º.** El CP peruano, como lo hacen la mayoría de Códigos Penales de los países de nuestra esfera de cultura, contempla la interrupción y la suspensión de la prescripción del delito. Nuestro Código actual, que siguió al Código Penal de mil novecientos veinticuatro

(denominado “Código Maurtua”), tiene como fuente de la suspensión de la prescripción al artículo 92, 2da. parte, del Código Penal Italiano de 1889 (denominado “Código Zanardelli”) [vid.: BRAMONT ARIAS, LUIS: *Código Penal Anotado*, Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1966, p. 270]. En su virtud, los plazos de la prescripción, que se determinan conforme a la gravedad del hecho punible cometido, sufren una prolongación en el tiempo por diversas circunstancias legalmente configuradas en función a sucesos que tienen como efecto, superada o presentada éstos, reiniciar o empezar el plazo de prescripción.

∞ Ello, desde luego, como señaló en lo pertinente la Corte Constitucional Colombiana en la SCC 416/02, de veintiocho de mayo de dos mil dos, “por los fundamentos de la prescripción, importa obstáculo alguno en aceptar que el término para que opere la prescripción pueda ser interrumpido a suspendido, dando lugar a un nuevo cómputo o a la reiniciación del suspendido, con el fin de que el Estado en su deber constitucional de administrar justicia y de investigar y reprimir los delitos puede incoar de manera eficiente y eficaz la respectiva investigación, permitiendo de paso que el imputado también tenga la oportunidad de estructurar adecuadamente su defensa. En este sentido, la interrupción o la suspensión de la prescripción de la acción penal debe entenderse como una valiosa oportunidad que se le ofrece al imputado para que controvierta los cargos que se le han formulado y no como una restricción de los derechos fundamentales procesales de los ciudadanos”.

∞ La suspensión de la acción penal, supone la presencia de ciertos acontecimientos que se contraponen a la posibilidad de la persecución penal y tienen un efecto más débil que la interrupción, de suerte que el ulterior curso de la prescripción resulta impedido y que una vez superado tal obstáculo se pone en curso nuevamente el resto del plazo de prescripción [MAURACH, REINHART – GÖSSEL, KARL HEINZ – ZIPF, HEINZ: *Derecho Penal Parte General*, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 976].

∞ Tal como se reguló originariamente, la suspensión de la acción penal siguió el sistema de la presencia de causas impeditivas del procedimiento penal [FIANDACA, GIOVANNI – MUSCO, ENZO: *Ibidem*, p. 810], que impide su incoación o la continuación de la misma –se aplica, en todo caso, el brocardo latino que surgió del Derecho civil: *contra non valentem agere non currit praescriptio*–. El artículo 122 del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, fijó un término de conclusión excepcional, por si éste no finalizó en ese lapso –referido a un procedimiento distinto: político constitucional o parlamentario, civil, administrativo, laboral, etcétera–: a la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad, salvedad que no reprodujo el originario artículo 84 del Código Penal de 1991. Este sistema difiere del utilizado para la interrupción de la prescripción, que es el de los actos del procedimiento (ex artículo 83 del CP).

**17º.** Como aclaró ROY FREIRE, pocos países en América Latina tienen reglada la suspensión de la prescripción [ROY FREIRE, LUIS E.: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2da. Edición, 1998, Editorial Grijley, Lima, p. 85]. Así, por ejemplo, no la contempla Colombia y Ecuador; y, en Europa, Francia no tiene la institución de la suspensión (solo de la interrupción: ex artículo 7 del Código Procesal Penal Francés). De otro lado, no fija plazo de suspensión la fuente del CP nacional: el Código Penal Italiano –el actual Código Italiano de 1930, que siguió al CP anterior de 1889, tampoco lo hace–, al igual que, en América Latina, Brasil (bajo la denominación: causas impeditivas de la prescripción: artículo 116 del Código Penal), Argentina, Uruguay, Bolivia, Venezuela, Panamá y Paraguay.

∞ Cabe aclarar lo siguiente:

\* **1.** (i) El artículo 78-B del CP Alemán, como regla, no establece el plazo de duración de la suspensión, pero el

apartado 4 de este precepto amplía la iniciación o el *dies a quo* por delitos graves al inicio del juicio oral y por un plazo de cinco años; mientras (ii) el artículo 96 del Código Penal Chileno afirma que el proceso dirigido contra el imputado se suspende desde que se paraliza por tres años o se termina sin condenarle, y (iii) el artículo 117 del Código Penal de Nicaragua estatuye que si el procedimiento se paraliza por tres años, proseguirá el término del plazo como si no hubiera ocurrido.

\* **2.** Por su parte, (i) los artículos 86 del Código Penal y 292 del Código de Procedimiento Penal de Colombia solo reconocen la interrupción de la acción penal, que se produce por la formulación de la imputación, en cuyo caso se inicia un nuevo plazo que es la mitad del común, pero no puede ser inferior a tres años; (ii) el artículo 419 del Código Penal de Ecuador, igualmente, únicamente admite la interrupción, pero sin acotarla a plazo alguno y exclusivamente es viable cuando se inicia al imputado un proceso penal por otra infracción; (iii) el artículo 112 del Código Penal Federal de México rotula como interrupción lo que en nuestro Código Penal es la suspensión por causas impeditivas del procedimiento, pero la interrupción hace correr un nuevo término que solo podrá ampliar hasta una mitad los plazos comunes (ex artículo 110 *in fine*); y, (iv) el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal de Costa Rica, contempla la suspensión de la prescripción de la acción penal, en más casos que lo hace nuestra legislación, pero su tiempo no podrá exceder un tiempo igual al de la prescripción de la acción penal, y sobrevenido éste continuará corriendo ese plazo.

**18º.** Las regulaciones de la suspensión de la prescripción del delito en el derecho comparado son diversas y con variaciones, sea por el Estatuto Jurídico que las desarrolla (Código Penal o Código Procesal Penal), por las causales que estipula, por su denominación o por la fijación o no de un plazo que le ponga fin. La regla de duración del plazo de la suspensión de la prescripción del delito es el cese de la causa impeditiva, es decir, cuando se resuelvan los óbices procesales, aunque a partir de allí los plazos son muy variados. Así, para unos, como fue el caso del Código Penal peruano de 1924, el tiempo máximo de suspensión es el de la duración del término ordinario de prescripción más una mitad; y, para otros, es de un término ordinario o solo la mitad de ese término o plazo. Plazos fijos, aunque relativizados, lo tienen Alemania (cinco años para delitos graves que rige a partir del inicio del juicio oral), Colombia (tres años desde la formulación de la imputación) y Chile (tres años, contados desde que se paraliza el procedimiento penal). Una característica común es que los plazos, en ningún caso, son breves: entre tres y cinco años. Esto último, como luego se verá, es determinante para el juicio de proporcionalidad de la reciente Ley 31751.

**19º.** El originario artículo 339 del CPP nacional incorporó otro motivo de suspensión de la prescripción de la acción penal: formalización de la investigación preparatoria – en este caso se concede relevancia, ya no al principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*, sino a determinadas necesidades de la práctica propias de la operatividad de la Administración de Justicia, para cuya concreción (esclarecimiento y decisión) es necesario un periodo tiempo determinado [GILI PASCUAL, ANTONI: *Ibidem*, p. 183]–. Preceptos semejantes lo tienen los Códigos Procesales Penales de Chile y Uruguay, mientras que los Códigos Penales de Bolivia y Panamá califican este supuesto como de interrupción. En el Código Penal Alemán la suspensión rige desde que se emite una sentencia de primera instancia. Este motivo igualmente lo tiene el Código Penal de la Argentina, pero lo rotula de ‘interrupción’.

∞ Inicialmente, siguiendo la línea trazada por el primigenio artículo 84 del CP, el citado artículo 339 del CPP, en su versión inicial, no fijó plazo alguno. Ha sido la Ley 31751 la que determinó el plazo, común a todos los supuestos de suspensión: en todo caso, no mayor de un año.

**20°.** Es verdad que algunos Códigos fijaron un plazo abstracto y específico, único, para la duración de la suspensión de la prescripción, aunque la pauta del Código Penal, conforme a la fuente suiza que inspiró gran parte de la institución de la prescripción (Anteproyecto Suizo de 1918, artículos 67 a 72), fue referir un plazo flexible en función a la clase de pena –el artículo 80 del CP vigente la ató, de modo regular y salvo excepciones para penas no privativas de libertad, al tiempo máximo de la pena privativa de libertad fijada por la ley para el delito–. Esa misma premisa fue utilizada por el Acuerdo Plenario 03-2012/CJ-116 para delimitar, pretorianamente, la duración de la suspensión.

∞ Los plazos no solo deben reunir certeza –deben ser legalmente determinados y en función a la clasificación y gravedad de los delitos–; simplicidad –fijados por años o en virtud a una situación determinada claramente entendida–; y, estabilidad legislativa –en tanto sus preceptos se encuentran en la parte general del Código Penal, que afectan a todas las infracciones– [cfr.: PASTOR ALCOY, FRANCISCO: *Ibidem*, pp. 260-262]. También deben respetar el valor justicia y el principio de proporcionalidad, pues en este último caso se está ante derechos y bienes jurídicos en contraste: libertad y un proceso con todas las garantías, de un lado; y tutela de la seguridad ciudadana, del interés general comprometido con la comisión de delitos, de otro lado.

#### **§ 4. LA LEY 31751 Y JUICIO DE PROPORCIONALIDAD**

**21°.** Como ya se puntualizó, la Ley 31751 introduce un plazo fijo, último, para limitar la suspensión de la prescripción de la acción penal: un año. El tiempo estipulado no tiene precedentes o fuentes en nuestro derecho nacional o en el derecho comparado, desde que el Código Penal de 1924, siguiendo la fuente suiza, fijó la suspensión en función al plazo de la prescripción según la pena conminada más grave del delito objeto del proceso, al que agregó una mitad, mientras los preceptos del Derecho penal Alemán lo establecen, para determinados delitos graves y, siempre, desde la acusación, en cinco años, y las disposiciones del Derecho Penal de Chile, Nicaragua y Colombia lo limitan en tres años. Todo ello sin desconocer que la fuente italiana, a la que acudió nuestro Código Penal vigente, y otros Códigos Penales, en esta materia, no reconocen límite alguno al tiempo de suspensión.

∞ Es de determinar, entonces, si esta delimitación del tiempo de duración de la suspensión de la prescripción es proporcional, si la Constitución permite este poder ejercido por el legislador, y si con ello, en el caso concreto, se afectó negativamente una norma constitucional con infracción del test de proporcionalidad correspondiente. La base es que una disposición legal será razonable si es: (i) adecuada al fin constitucionalmente admisible; (ii) si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos de entre todas las adecuadas; y, (iii) si es respetuosa de una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causa [cfr.: CIANCIARDO, JUAN: *Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales*, Persona y Derecho, Navarra, 1999, p. 50]. La idea cardinal es que so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución, pues no puede destruir lo mismo que ha querido amparar, ni puede consagrar su desnaturalización [Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina, Fallos: 199:145, 314:225]. Además, el examen sobre la razonabilidad o proporcionalidad de la ley no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas [Corte Suprema de Justicia de la Nación. Argentina, Fallos: 299:45]. Por tal razón ha puntualizado, por ejemplo, la citada SCC C-416/02, de la Corte Constitucional de Colombia, que la interrupción y suspensión del término de prescripción de la acción penal integran la libertad de configuración del legislador en desarrollo de la política criminal en tanto

ésta no resulte irrazonable ni desproporcionada, y que en todo caso debe mirarse dentro de los objetivos de dichas instituciones.

**22°.** Ya se ha mencionado el fundamento y la naturaleza jurídica de la institución de la prescripción –su carácter material (de Derecho penal sustantivo) y su sustento en la necesidad de pena, en los propios fines del Derecho Penal–, sin desconocer desde la explicación de ampliaciones en el tiempo por razones de suspensión basados en la necesidad de estructurar el proceso penal, de garantizar un plazo razonable para la detección, investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de las conductas delictivas.

∞ La fijación de un determinado plazo concreto no puede dejar de tener en cuenta la especial entidad del delito en cuestión, su gravedad y nivel de alarma social, así como las dificultades que pueden demandar el esclarecimiento de los delitos, más aún cuando se presentan, de un lado, cuestiones previas o prejudiciales que deben dilucidarse anticipadamente, y, de otro lado, dificultades en su esclarecimiento, más aún cuando se está ante delitos contra la Administración Pública, crimen organizado o económicos que exigen dilucidar numerosos hechos o el funcionamiento de una persona jurídica, pública o privada, y realizar actos de cooperación internacional o pericias o auditorías gubernamentales a la actividad de las mismas, todo lo cual obviamente que pueden implicar periodos de tiempo amplios o de especial significación. La relación, pues, entre entidad del delito y complejidad de su esclarecimiento no puede verse limitada irrazonablemente por plazos breves, sin la menor flexibilidad en atención a estas circunstancias relevantes. Ante procesos en curso por este tipo de delitos es obvio, primero, que no puede sostenerse que los plazos pueden erigirse en motivo de olvido del hecho punible o que éste se convirtió en historia; y, segundo, que la declaración de prescripción importaría, a final de cuentas, una causa irrazonable de impunidad con lesión de la justicia, del interés público tutelado por la norma jurídica penal y de la tutela jurisdiccional que merecen las víctimas.

**23°.** Es sabido que el legislador está sujeto a una doble vinculación. Formalmente, debe gozar de la competencia, respetar el procedimiento establecido y la norma que dicte debe ser general –no existen, en el presente caso, objeciones en este aspecto–. Sustantivamente, la norma debe aprobarse en el marco de las reservas de ley establecidas, y la medida debe ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto, quedando además el contenido constitucionalmente garantizado del derecho involucrado [Cfr.: GONZALES PASCUAL, MARIBEL: *El alcance de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2020, p. 38]. En este último punto, cuando se produce una injerencia por parte del poder público en un derecho o bien jurídico constitucional, esta injerencia debe ser justificada constitucionalmente, para lo cual ha de analizarse si la ley en cuestión incide en un derecho o bien jurídico fundamental, si efectivamente se ha producido una injerencia, si ésta trasgredió o no las prescripciones de la Constitución y se mantiene o no en el ámbito permitido de la limitación de los derechos, y si la injerencia se cumple o no los requisitos del principio de proporcionalidad [Cfr.: GONZALES PASCUAL, MARIBEL: *Ibidem* p. 55].

∞ Es evidente, como ha quedado expuesto, que la Ley 31751 impide la suspensión de la prescripción tras el transcurso de un tiempo máximo de un año y si bien, como se advierte del Derecho comparado, en un restringido número de países, es posible limitar el tiempo de la suspensión para evitar la inobservancia del principio de necesidad de pena, aunque sin afectar irrazonablemente la meta de esclarecimiento del delito y sanción de los culpables, evitando la impunidad –dos baremos que deben armonizarse equitativamente–.

∞ Resta comprobar si la ley respeta el principio de proporcionalidad, residenciado en la cláusula del Estado de Derecho (ex artículo 44 de la Constitución). Éste se entiende como un principio rector del ordenamiento jurídico cuya función esencial es limitar las injerencias del Estado sobre los derechos fundamentales y los bienes jurídicos constitucionales, a partir de un test que dilucida cuando dos o más derechos o bienes jurídicos entran en colisión, en tanto en cuanto la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, por lo que ha de determinarse si esa reducción es equilibrada a la luz del principio afectado. La ponderación exige instituir entre ambos una jerarquía axiológica (según el intérprete a partir de una escala de valores objetiva) y una jerarquía móvil o flexible (de carácter concreto).

**24°.** Tres son los elementos del test de proporcionalidad para evitar la actuación arbitraria del poder: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [vid.: STC 0006-2003-AI/TC, de 1 de diciembre de 2003]. Solo superando cada uno de estos tres elementos o juicios (subprincipios) la Ley podrá considerarse constitucional. **1.** La Ley debe ser susceptible de alcanzar el objeto perseguido con ella; la limitación de derecho o bien jurídico constitucional debe estar jurídicamente permitido y, además, debe ser idónea material y funcionalmente, debe haber elegido la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad. **2.** La Ley debe ser la menos benévola con el derecho o bien jurídico constitucional que se interviene de entre todas aquellas que revisten cuanto menos la misma idoneidad o efectividad para alcanzar el objetivo propuesto, de suerte que resultará inconstitucional si existe un medio alternativo que cumpla esta exigencia. **3.** La Ley, tal como se reguló, resulta equivalente a los beneficios que reporta o si, por el contrario, genera una afectación mucho mayor a estos jurídicos de orden superior—si se deriva de la Ley más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto—.

**25°.** En el presente caso, primero, la Ley 31751, desde el subprincipio de idoneidad, al establecer un tiempo máximo de la suspensión del plazo de prescripción del delito, más allá de la legitimidad intrínseca de regularlo, no optó por el medio más apropiado para alcanzar la finalidad de liberar de responsabilidad penal cuando medie una falta de necesidad de pena en los marcos de la suspensión del plazo de prescripción, pese a que existen varias posibles regulaciones, racionales y adecuadas, aportadas por el Derecho comparado que tomen en cuenta la propia base jurídica que informa la suspensión del plazo de prescripción, según ya ha sido descripta. La consecuencia de la impunidad cuando en el curso de un procedimiento en trámite solo ha transcurrido un año de suspensión no toma en cuenta, desde el interés general de tutela de la sociedad y evitación de la impunidad, las complicaciones que pueden existir en la dilucidación de actos previos a la formalización de la causa y en el curso del procedimiento, lo que sí ha sido tomado en consideración en el derecho comparado que reconoce plazos de suspensión más latos, de tres a cinco años o, como resulta de la fuente suiza, de un plazo ordinario y un medio plazo adicional, siempre en relación a la entidad del delito objeto del proceso penal. Segundo, en clave de necesidad o indispensabilidad, el enunciado normativo de la Ley 31751, un año como tiempo máximo de la suspensión del plazo de prescripción del delito, no es el menos restrictivo del bien o interés jurídico de protección de la seguridad pública o ciudadana, del interés general que asume la incriminación penal y de la garantía tutela jurisdiccional de la víctima. Existen, como se anotó, otras medidas que son eficaces para equilibrar el conjunto de derechos, garantías y bienes jurídicos constitucionales implicados en la regulación del tiempo máximo de la suspensión del plazo de prescripción del delito (libertad personal, seguridad jurídica, seguridad pública o ciudadana, tutela jurisdiccional, debido proceso). Estas medidas, señaladas *up supra*, de adoptarse, pueden sacrificar en menor grado el derecho, bien jurídico o principio constitucional comprometido; y, además, no desvirtúan en modo alguno los mismos, desde que siempre se reconoce la temporalidad necesaria de un

plazo de suspensión de la prescripción de la acción penal. Tercero, desde el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, se tiene que la Ley 31751 no guarda un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida examinada. Un plazo abstracto tan breve—tomando en cuenta la media de duración de las causas, especialmente las complejas y las especiales que requieren de mayores pasos previos— y sin tomar en consideración las vicisitudes de una causa y la entidad del delito objeto del proceso penal, solo puede causar más perjuicios al interés general respecto de la libertad de las personas generando impunidad y no dando oportunidad razonable al sistema de Administración de Justicia para detectar, esclarecer, juzgar y decidir si un ciudadano ha cometido un delito o no y, en su caso, imponer la sanción penal que corresponda, para lo cual requiere de un tiempo que le permite cumplir su cometido. El beneficio para los imputados tiene, en este caso específico, un costo excesivo para la justicia.

**26°.** Es de tener en consideración, adicionalmente, lo estipulado por el Derecho Internacional Penal respecto de dos grupos de delitos de importancia mundial: delincuencia organizada y corrupción. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada por Resolución 55/25 de la Asamblea General, de quince de noviembre de dos mil; y, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de treinta y uno de octubre de dos mil tres, prevén la necesidad de plazo de prescripción prolongados e, incluso mayores, cuando el presunto delincuente haya eludido la acción de la administración de justicia.

∞ El artículo 11, apartado 5, de la primera Convención, señala: “Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción prolongado dentro del cual pueda iniciarse el proceso por cualquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención y un plazo mayor cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”. El artículo 29 de la segunda Convención, estatuye: “Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”.

∞ Estos preceptos internacionales, a los que se alinea el artículo 41 de la Constitución, según la reforma por Ley 30650, de veinte de agosto de dos mil diecisiete, fijan pautas respecto de la prescripción de tal modo, respecto de delitos de especial significación, que los plazos, incluidos la suspensión y la interrupción, deben tratarse con una lógica distinta y con un enfoque alternativo en función a su nocividad social. Fijar, sin ninguna lógica de alternatividad, un solo plazo de la suspensión de la acción penal o del delito, entraña, de facto, incorporar criterios de no proporcionalidad en su tratamiento legal.

**27°.** En consecuencia, la Ley 31751 es desproporcionada y, por consiguiente, inconstitucional. Por ello, los jueces, conforme al artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución, no deben aplicarla; deben preferir la norma constitucional referida a la protección de seguridad pública o ciudadana, al valor justicia material y a la tutela jurisdiccional—en este caso de la víctima— (ex artículos 44 y 139, numeral 3, de la Constitución). Siendo así, rige, por ser conforme a la Ley Fundamental, lo dispuesto en el Acuerdo Plenario 3-2012/CJ-116, y en todo caso la regla ya asumida en esa ocasión de que en la aplicación del artículo 84 del Código Penal, como límite a la suspensión del plazo de suspensión de la acción penal es cuando se sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción.

##### **§ 5. OTROS SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**

**28°.** Como ya se expuso, el reformado artículo 84 del CP hace referencia a un supuesto normativo amplio, que



determina la suspensión de la prescripción: “[...] cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento...” (el subrayado es nuestro). La prescripción se suspende hasta tanto que el autor no puede ser perseguido por razones jurídicas [JESCHECK, HANS HEINRICH – WEIGEND, THOMAS: *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Tomo II, Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 1361]. Este impedimento –o causa impeditiva– deriva de una cuestión jurídica cuyo juez no sea el del proceso [NÚÑEZ, RICARDO: *Ibidem*, p. 183]. Ello hace mención, como causa suspensiva, no solo a la denominada prejudicialidad, vinculada a la dilucidación en otro procedimiento de un elemento de hecho integrante de un requisito del tipo delictivo, previo e independiente del objeto procesal, a fin de obtener la plena integración de la conducta [GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 235] –son los casos de la prejudicialidad extrapenal en sede penal (cuestiones prejudiciales heterogéneas devolutivas, determinantes de la culpabilidad o inocencia del imputado: civil, laboral, administrativa), que conciernen al mérito de la causa [LEONE, GIOVANNI: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1963, p. 340]–. Por consiguiente, se trata, en este supuesto, de una causa material de suspensión del plazo de prescripción.

**29º.** La suspensión del plazo de la prescripción también comprende a determinados presupuestos procesales, que obstaculizan o impiden la persecución penal [ROXIN CLAUS –SCHÜNEMANN, BERND: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2019, p. 249], circunscriptos a los requisitos de procedibilidad, cuando la formalización del proceso penal está condicionada a la autorización de una autoridad, como sería el caso de la acusación constitucional o antejuicio por el congreso o del informe técnico de una autoridad administrativa (son las denominadas garantías política y garantía administrativa, como señaló EUGENIO FLORIÁN [*Elementos de Derecho Procesal Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1934, pp. 197-198]).

**30º.** Lo esencial, es que, por razones jurídicas (materiales, subjetivas o procesales), se sustrae al juez del caso para resolver sobre el fondo, o para iniciar o continuar con el procedimiento penal. Y en esta perspectiva, es de citar otros obstáculos procesales determinantes de suspensión de la causa que ya se ha establecido por este Tribunal Supremo en los siguientes casos: (1) Procedimiento de recurso de queja excepcional del antiguo Código de Procedimientos Penales (vid.: Acuerdo Plenario 6-2007/CJ- 116, de dieciséis de noviembre de dos mil siete). (2) Proceso auxiliar de extradición –desde el inicio del mismo hasta que se termine el mismo con la decisión de la autoridad extranjera y, en su caso, se ponga a disposición de nuestro país al reclamado [v.gr.: el artículo 34, literal d, del Código Procesal Penal de Costa Rica, así lo reconoce expresamente–]. (3) Proceso de amparo contra resoluciones judiciales en el que se disponga, como medida cautelar, la suspensión del proceso penal. (4) Incoación de indagaciones preliminares para viabilizar el proceso especial por razón de la función pública a fin de contar con la Disposición del Fiscal de la Nación decida el ejercicio de la acción penal, conforme al artículo 454 del Código Procesal Penal. (5) Declaración de contumacia al amparo de la Ley 26641, también en los casos regidos por el antiguo Código de Procedimientos Penales, en cuya virtud el proceso se paraliza con motivo de la no presencia del imputado al proceso y no puede dictarse sentencia sobre el fondo del asunto.

∞ Otro supuesto, destacado por LEONE, es la denominada “prejudicialidad constitucional”, que en nuestro sistema legal se encuentra, como base, en el artículo 138 de la Constitución, desarrollado en el artículo 14 de la LOPJ, que en los casos de no aplicación de un precepto por inconstitucional la resolución debe ser materia de consulta ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema –no se afecta el supuesto de hecho (premisa menor del

silogismo judicial) sino la disposición legal que debe ser aplicada [LEONE, GIOVANNI: *Ibidem*, p. 332]–; luego, mientras no se resuelva la consulta el proceso debe suspenderse.

**31º.** En estos casos, salvo la particularidad fijada para el procedimiento de recurso de queja excepcional del antiguo Código de Procedimientos Penales (vid.: Acuerdo Plenario 6-2007/CJ-116, de dieciséis de noviembre de dos mil siete), que tiene su propio plazo, es de tener presente lo ya resuelto en el Acuerdo Plenario 01-2010/CJ- 116, de dieciséis de noviembre de dos mil diez, cuya base jurídica o *ratio esendi* debe ratificarse, no puede haber un plazo indeterminado, por lo que éste debe ser de un plazo ordinario más la mitad sobre éste, según las pautas asumidas por el Código Penal vigente y el Código Penal de 1924.

### III. DECISIÓN

**32º.** 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, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ:

#### ACORDARON

**33º. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 15º, 20º a 26º, 29º a 31º.

**34º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del modificado artículo 112 del citado Estatuto Orgánico, según la Ley modificatoria 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

**35º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. **HÁGASE SABER.**

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**BARRIOS ALVARADO**

**LUJÁN TÚPEZ**

**NEYRA FLORES**

**ALTBÁB KAJATT**

**BROUSSET SALAS**

**CASTAÑEDA OTSU**

**SEQUEIROS VARGAS**

**PACHECO HUANCAS**

**GUERRERO LÓPEZ**

**CHECKLEY SORIA**

**COTRINA MIÑANO**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

**PEÑA FARFÁN**

**ÁLVAREZ TRUJILLO**

## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

## XII PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

## ACUERDO PLENARIO N.º 07-2023/CIJ-116

**BASE LEGAL:** Artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31595, de 26-10-2022.

**ASUNTO:** Sobreseimiento previsto en el artículo 344.2, d' del CPP. Alternativas interpretativas.

Lima, veintiocho de noviembre de dos mil veintitrés

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

## ACUERDO PLENARIO

## I. ANTECEDENTES

1º. Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, así como el Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa 293-2023-P-PJ, de veintidós de mayo de dos mil veintitrés, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor SAN MARTÍN CASTRO, realizaron el XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil veintitrés, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del enlace de la página web del Poder Judicial –abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ–, modificada por la Ley 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós, para dictar Acuerdos Plenarios que definan la uniformización de la jurisprudencia penal.

2º. El XII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil veintitrés se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica, la instalación del Pleno Jurisdiccional –que se realizó con la Primera Sesión del Pleno de veintidós de junio de dos mil veintitrés– y la selección de los temas del foro para que se propongan los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial a fin de garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección de temas alcanzados por la comunidad jurídica, la designación de jueces supremos ponentes y la designación de la fecha de presentación de ponencias respecto de las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas. Esta fase culminó con la II Sesión del Pleno Jurisdiccional de seis de julio último.

3º. El doce de julio último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate. Se trata de los siguientes: **A.** Determinación judicial de la pena: problemas actuales y definición de las alternativas jurisprudenciales. **B.** Delitos ambientales: exigencia y vigencia del informe técnico de la autoridad administrativa, diferencias entre infracción administrativa y delito de contaminación ambiental, y momento de consumación del delito ambiental. **C.** Etapa intermedia: control de admisión de la prueba, prueba superabundante y control o limitación judicial de la solicitud probatoria. **D.** Delito de trata de personas: aspectos de determinación típica y problemas normativos. **E.** Suspensión de la prescripción de la acción penal. Alcances de la Ley 31751. **F.** Prisión preventiva y problemas concursales entre el artículo 122-B, inciso 6, del Código Penal y el artículo 122-B del mismo Código. **G.** El motivo de sobreseimiento del artículo 344, apartado

2, literal d), del Código Procesal Penal. Alternativas interpretativas. **H.** Estándar de elementos de convicción y sobreseimiento. El recurso del actor civil contra el sobreseimiento y la absolución. Alcances.

≈ El once de septiembre del presente año se seleccionaron a los juristas y las instituciones que harían uso de la palabra en audiencia pública.

4º. Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, un informe escrito en relación con la causal de sobreseimiento estipulada en el artículo 344, apartado 2, literal d), del Código Procesal Penal, los señores abogados Pablo Rogelio Talavera Elguera y Nonal Hanco Llocle.

5º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el jueves veintiocho de septiembre de dos mil veintitrés. Hicieron uso de la palabra los letrados Talavera Elguera y Hanco Llocle.

6º. La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate y 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 el acuerdo plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República para pronunciar resoluciones vinculantes a través de reglas interpretativas con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7º. Han sido ponentes las señoras ALTABÁS KAJATT y CARBAJAL CHÁVEZ.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

## § 1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

8º. El fiscal provincial, culminada la investigación preparatoria, cuando considere que no cuenta con suficiencia probatoria, al amparo de la causal prevista en el literal d) del numeral 2 del artículo 344 del CPP, puede presentar su requerimiento de sobreseimiento. Sin embargo, sometido dicho requerimiento al control judicial se verifica que, de un lado, no distingue y separa los dos supuestos que contempla dicha causal, y de otro lado, como consecuencia de la deficiencia primera, no precisa de qué forma se cumplen los supuestos de procedencia que amparan el requerimiento.

En esta línea, en no pocos casos, la decisión judicial que acoge el requerimiento de sobreseimiento, tampoco justifica razonablemente la concurrencia de los supuestos de la causal invocada, así además de vulnerarse el debido proceso –desde que la actuación fiscal resultaría arbitraria– se atentaría contra la garantía de tutela jurisdiccional efectiva del agraviado en el proceso penal.

## § 2. NECESIDAD POLÍTICO CRIMINAL

9º. Cuando se postula un requerimiento de sobreseimiento, amparado en la causal prevista en el literal d) del apartado 2 del artículo 344 del CPP, esto es, *cuando no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción*

suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, el fiscal debe analizar y exponer por qué, en el caso concreto, no existe la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y por qué los elementos investigativos que tiene en ese estadio no son idóneos para llevar el caso a enjuiciamiento. Esta exigencia de motivación está prevista en el artículo 122, apartado 4, del CPP. De otro lado, el juez de la investigación preparatoria – como garante de la legalidad –, al realizar el control judicial, debe verificar si objetivamente el requerimiento encuentra correlato –en su integridad– con la causal en análisis y que lo alegado por el fiscal fluya de la revisión razonada de los elementos investigativos actuados.

**§ 3. ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL SOBRESEIMIENTO**

10°. Al promulgarse el Código Procesal Penal de 2004 mediante el Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, el artículo 344 del Código Procesal Penal estableció que: “1. *Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral*

*1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. 2. El sobreseimiento procede cuando: a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado; b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; c) La acción penal se ha extinguido; y, d) 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”.*

∞ Luego, fue modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1307, publicado el 30 diciembre de 2016, el mismo que entró en vigencia a nivel nacional a los noventa días de su publicación en el diario oficial El Peruano, cuyo texto es el siguiente: “1. *Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa. En casos complejos y de criminalidad organizada, el Fiscal decide en el plazo de treinta días, bajo responsabilidad. 2. El sobreseimiento procede cuando: a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuirse al imputado; b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; c) La acción penal se ha extinguido; y, d) 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”.*

**§ 4. EL SOBRESEIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO Y EN EL PERÚ**

11°. El sobreseimiento por insuficiencia probatoria no es fruto de la reforma procesal del 2004. Por el contrario, su tratamiento hunde sus raíces en el derecho romano, en opinión de MOMMSEN el magistrado podía sobreseer y abandonar la causa y en todo momento podía renovarla [VILLAMARÍN LÓPEZ, MARÍA LUISA: *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2009, p. 28]. En la evolución del derecho romano las situaciones de incertidumbre, en los casos de duda sobre la concurrencia de elementos suficientes, se resolvían una vez finalizado el debate, que podía concluir en la condena del acusado, en su absolución o en *non liquet*. El *non liquet* se daba cuando existía alguna posibilidad de investigar y decidir el asunto en un momento posterior, pudiendo volver a enjuiciar el asunto mediante *ampliatio*.

∞ Este mecanismo generó interminables juicios, por lo que tuvo que limitarse su reapertura a solo dos [VILLAMARÍN

LÓPEZ, MARÍA LUISA: *Ob. cit.*, pp. 28-29]. El requerimiento de sobreseimiento tiene como antecedentes del derecho comparado al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, la Ordenanza Procesal Penal alemana y el Código de Procedimiento Penal italiano, entre los principales, al igual que algunos códigos procesales penales de la región. El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica exige para la acusación del Ministerio Público que tenga fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado (artículo 263), fruto de las investigaciones. En tanto que, el sobreseimiento se produce cuando el Ministerio Público estima que no existe fundamento para promover el juicio. El Código modelo opta por dos tipos de sobreseimiento, el definitivo (absolución anticipada) y el provisional (artículo 265). En su artículo 278.2 contempla como causal de sobreseimiento definitivo: “*Cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente, la apertura del juicio”.*

∞ La Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) también exige que la acusación tenga una base suficiente para ir a juicio, en caso contrario la fiscalía debe sobreseer el proceso (§ 170). Una vez producida la acusación, el Tribunal competente para la vista oral decide si debe abrir el plenario, o si por el contrario el proceso debe ser sobreseído provisionalmente (§ 191.1). El estándar probatorio para la apertura del plenario es el de sospecha suficiente que el inculpado ha cometido un delito (§ 203).

∞ El sobreseimiento fiscal y judicial también se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Penal italiano. En efecto, el artículo 408 se refiere al sobreseimiento fiscal, y procede cuando la noticia del delito resulta infundada. El requerimiento del fiscal puede ser acogido por el Juez, en cuyo caso emite la resolución de archivo, si el Juez no acoge la solicitud, debe llevar a cabo una audiencia. Si en la audiencia el Juez considera que son necesarias más indagaciones, dicta un decreto disponiendo su realización en el plazo que fije. El agraviado puede oponerse a solicitud de sobreseimiento (artículo 409). Producida la acusación y la solicitud del Ministerio Público de envío a juicio, se fija la audiencia preliminar, en la que puede emitir una sentencia de improcedibilidad cuando el imputado no ha cometido el delito (artículo 425).

∞ El Código Procesal Penal para la Provincia de Buenos Aires de 1998 en su artículo 323.6 contempla una redacción similar a la de nuestro Código Procesal Penal en la materia de análisis: “*Habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas, no hubiere suficiente motivo para remitir la causa a juicio y no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo”.* ∞ Otro antecedente de la norma nacional lo hallamos en el artículo 311° e) del Código Procesal Penal de Costa Rica de 1998, que establece que el sobreseimiento definitivo procederá cuando a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay bases para requerir fundadamente la apertura a juicio.

∞ En el sistema jurídico norteamericano el Fiscal tiene toda la potestad de decidir a quien acusa o no, sin posibilidad de control jurisdiccional en el caso que disponga el archivo de una investigación. Sin embargo, formulada una acusación por delito grave, existe la obligación de que se lleve adelante una audiencia preliminar (*preliminary hearing*) para verificar que existen suficientes elementos de prueba para someter al procesado a juicio. El Fiscal tiene la carga de presentar ante el juez pruebas suficientes que permitan acreditar que hay causa razonable para creer que el procesado efectivamente es responsable de un delito [QUINTERO JIMÉNEZ, CAMILO: *Fase intermedia y control de los actos acusatorios en el proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 163-164]. Así, se encuentra previsto en el artículo § 70.10 2) del Criminal Procedure Law de New York.

12°. En el Perú, el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863 también contempló el sobreseimiento por

insuficiencia probatoria (artículo 91), en los casos en que del sumario no resultaba acreditada la culpabilidad del procesado, aunque sea semiplenamente, en cuya virtud se sobreseerá el conocimiento de la causa. También se podía sobreseer, pero con cargo de continuar la causa si se adquiriesen nuevos datos, cuando del sumario resulte acreditada la existencia del delito, más no la persona del delincuente.

∞ Por su parte, el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 estableció que el Fiscal podía opinar la no procedencia a juicio por no resultar responsabilidad en la instrucción del imputado. El Tribunal podía resolver confirmando la opinión del Fiscal, mandar ampliar la instrucción o remitir los autos a otro Fiscal para que acuse (forzar la acusación).

∞ El Código de Procedimientos Penales de 1940 contemplaba el archivo provisional y el definitivo. El archivo provisional se daba cuando estando comprobada la existencia del delito no se acreditaba la responsabilidad del inculcado (artículo 221). No estando comprobada la existencia del delito, el archivamiento tenía el carácter de definitivo. Lo interesante es que, a diferencia del Código de 1863, se eliminó el *non liquet* y con relación al Código de 1920 se abandonó el forzamiento de la acusación fiscal.

∞ La Ley Orgánica del Ministerio Público de 1981 (artículo 92) supuso una reforma en relación con las facultades del Fiscal del modelo del Código de Procedimientos Penales de 1940. En efecto, se otorgó al Fiscal Superior la facultad (i) de pedir al Tribunal la ampliación de la instrucción, (ii) de instar el archivamiento provisional por no haberse comprobado la responsabilidad del inculcado, (iii) de formular acusación sustancial si las pruebas actuadas en la investigación policial y en la instrucción lo han llevado a la convicción de la responsabilidad de la imputabilidad del inculcado [QUINTERO JIMÉNEZ, CAMILO: *Ob. Cit.*, pp. 163-164] –cabe puntualizar que, en este contexto, la prueba es semiplena cuando no excluye a posibilidad de que el acusado sea inocente, o menos culpable, en el delito que se le imputa (artículo 99), y (iv) de formular acusación meramente formal, si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad, en este último caso el fiscal debía ofrecer las pruebas que estime necesarias para establecer plenamente la responsabilidad del inculcado y señalar el plazo en que se actuarán.

### § 5. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA ACUSATORIO PERUANO

13°. Como es conocido, el sistema procesal penal implementado en nuestro país es de tipo acusatorio con pleno respeto del principio de contradicción. Se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona, en aras de evitar que el *ius puniendi* que ejerce el Estado afecte ilegal e injustificadamente derechos fundamentales de la persona sometida a una investigación o proceso penal. No obstante, es de entender la aspiración real de establecer un balance razonable entre el garantismo y las atribuciones de persecución coerción y sanción del Estado, a través de sus órganos competentes. Debe buscarse el equilibrio eficaz para la administración de justicia, en tanto el garantismo radical e irracional abre las puertas a la impunidad y a la peligrosa desacreditación del sistema de justicia ante la sociedad. Así, deben conjugarse, de un lado el respeto a los derechos fundamentales de la persona como se destaca en el Título Preliminar del CPP: garantía del juicio previo, doble instancia, igualdad procesal, derecho de defensa, legitimidad de la prueba, entre otros. De otro lado, debe tenerse en cuenta que las víctimas del hecho punible no sólo tienen derecho a una reparación económica, sino a una reparación integral, lo que implica que no pueden desconocerse sus derechos en el proceso penal. La víctima tiene derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación, para lo cual la ley del debe garantizar –y las autoridades materializar– los derechos a la información, protección física y jurídica, petición, intervención y reparación integral [SALAS BETETA, CHRISTIAN: *La eficacia del proceso*

*penal acusatorio en el Perú*. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, Lima, 2011-II, pp. 263-275].

14°. El artículo 159 de la Constitución establece que corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal pública, de oficio o a petición de parte, así como emitir dictámenes antes de las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla, en ese sentido, sus actuaciones son postulatorias, no decisorias. Queda claro que el Ministerio Público cumple un rol fundamental en la investigación del delito, en tanto representa el interés público de la ciudadanía en la búsqueda de la justicia. De allí la exigencia de que opere con objetividad, sujetando todas sus actuaciones a la Constitución y la ley [cfr.: Sentencia del Tribunal Constitucional 1422-2022-PHC/TC, Caso Pedro Castillo Terrones]. Congruente con ello en el artículo IV.2 del Título Preliminar del CPP se estipula que el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado.

∞ En nuestro sistema procesal penal corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación preparatoria, lo que permite actuar la forma acusatoria del procedimiento penal y, de otro, simplificar y dinamizar la tarea de investigación [vid.: Exposición de Motivos del Código Procesal penal Modelo para Iberoamérica].

### § 6. EL SOBRESEIMIENTO. RASGOS ESENCIALES

15°. Una de las problemáticas del sobreseimiento está relacionada con su carácter definitivo o de generar cosa juzgada que establece la Constitución y el propio Código Procesal Penal (artículo 347, apartado 2). El legislador, a diferencia de otros países o sistemas jurídicos, no ha contemplado el sobreseimiento o archivo provisional, solo el definitivo que libera al imputado de toda persecución penal por el mismo hecho. De ahí la relevancia o importancia del supuesto de sobreseimiento contemplado en el artículo 344, apartado 2, literal 'd', del CPP: su aplicación comporta la posibilidad de negar el juicio como medio para el debate y decisión acerca de los hechos, sin posibilidad de reversión. Esto es que, aunque en el futuro aparezcan pruebas, no se podrá revivir el proceso penal sobreseído. Esta situación procesal se enfrenta al argumento de que solo se debe ir al juicio cuando existe base probatoria suficiente o fundada, dado que el imputado se ve sometido a adversidades o el estigma social, aunque posteriormente sea declarado no culpable.

∞ El Juez Supremo SAN MARTÍN CASTRO señala que el sobreseimiento es la resolución firme emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un proceso penal incoado, con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada [SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Grijley, Lima, p. 615].

∞ Según TAPIA CÁRDENAS, citando a SALINAS SICCHA, importa una renuncia de seguir en la persecución penal por parte del poder punitivo, de manera que el hecho objeto de investigación preparatoria no será objeto de juzgamiento, simplemente porque se llega a la conclusión de que no merece la pena [TAPIA CÁRDENAS, JULIO: *Código Procesal Penal Comentado*, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2021, p. 126].

### § 7. PRESUPUESTOS DEL SOBRESEIMIENTO

16°. En el apartado 2 del artículo 344 del CPP se regulan de modo taxativo los supuestos en los que el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento. Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha señalado en la Casación 54-2009/La Libertad que no es una discrecionalidad del Ministerio Público el ejercicio o no de la acción penal pública, sino que ejerce esa potestad, la que podría denominarse el poder de acusar sujeto al tamiz

de la objetividad, en cuanto se materializare dicha facultad en uno u otro sentido.

∞ De igual modo en la Casación 617-2021 la Sala Penal Permanente indicó que, en principio, la lectura conjunta y sistemática del artículo 159, numeral 1, de la Constitución y del artículo 1 del CPP refleja que el ejercicio de la acción penal pública incumbe, exclusivamente, al representante del Ministerio Público. Esto, sin embargo, no ha de entenderse como una prerrogativa jurídica funcional absoluta. Por el contrario, en observancia del principio de legalidad – en sus vertientes sustantiva y adjetiva–, la promoción de la acción penal está sujeta, de modo inescindible, al cumplimiento de sus presupuestos procesales. En sentido amplio, estos últimos constituyen circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el proceso o una parte considerable de él. Son, al fin y al cabo, las condiciones de hecho o de derecho que debe acreditar un proceso a fin de verificar su regularidad formal y su existencia jurídica. A la vez, permiten alcanzar una decisión material, es decir, que resuelva el fondo de la controversia penal. Si no constan, el proceso es sobreseído sin más, por lo que, dado sus efectos, deben ser constatables de manera fácil e inequívoca.

17°. La doctrina reconoce que existen dos órdenes de presupuestos para dictar el auto de sobreseimiento: (i) de derecho material; y, (ii) de derecho procesal.

**A. Presupuestos de derecho material**

Son cuatro los presupuestos de este tipo que ha identificado la doctrina:

1. Insubsistencia objetiva del hecho (ausencia de elemento fáctico)
2. Inexistencia del hecho punible (ausencia de elemento jurídico)
3. Falta de indicios de responsabilidad penal
4. Prueba insuficiente para fundamentar la pretensión punitiva (ausencia de elemento probatorio). Se trata de una insuficiencia tanto de naturaleza objetiva, vinculada a la existencia del hecho, como de naturaleza subjetiva, referida a la determinación del presunto autor. Para estos efectos debe tenerse claro que se sobreseerá la causa cuando no es posible que la práctica de la prueba en el juicio oral permita aclarar el material probatorio de imputación, pues si existe duda, es del caso que insista en la acusación, porque precisamente, destaca GÓMEZ COLOMER, la prueba a practicarse en el acto de vista, está destinada a despejar estas dudas [vid.: SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Ob. Cit.*, pp. 618-619].

∞ El legislador ha tenido en consideración el estándar de prueba exigido en este supuesto, al regular en el artículo 344, apartado 2, literal 'f', del CPP que no haya suficientes elementos de convicción para solicitar el enjuiciamiento. De igual modo, se reitera esta posición, en el artículo 352.4 cuando faculta al Juez a dictar de oficio o pedido de la defensa el sobreseimiento, siempre que los requisitos del artículo 344.2 sean evidentes.

∞ Vinculado a ello, la Sala Penal Permanente en la Casación 760-2016/La Libertad enfáticamente ha señalado que no puede sobreseer un proceso penal en etapa intermedia cuando haya elementos de convicción que generen duda en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, que exige el esclarecimiento en el juicio oral.

**B. Presupuestos de derecho procesal**

Están vinculados a los presupuestos procesales y a todos aquellos elementos que condicionen la correcta persecución penal: (i) las causas de extinción de la acción penal; (ii) la ausencia de autorización para procesar, así como las inviolabilidades e inmunidades; y (iii) las condiciones de perseguibilidad.

**§ 7. PRESUPUESTOS DEL SOBRESEIMIENTO DEL ARTÍCULO 344.2, 'D', DEL CPP**

18°. El primer presupuesto que debe concurrir para esta causal de sobreseimiento es que no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. Es lo que en la legislación comparada y en la doctrina se señala como fundamento o base para pasar al juicio oral. El segundo presupuesto es que no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación.

∞ Una primera cuestión de análisis interpretativo es determinar si el fiscal puede fundar su requerimiento de sobreseimiento únicamente en el presupuesto de insuficiencia probatoria o si, por el contrario, es necesario que concurra el presupuesto de imposibilidad razonable para incorporar nuevos datos a la investigación.

∞ El profesor SCHIAVO, al comentar el artículo 326.6 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, sostiene que ambos presupuestos deben interpretarse de un modo conjunto. Agrega que si el Ministerio Público Fiscal que ha formulado una imputación no cuenta con una cantidad razonable de evidencia que sustente su pretensión y no es previsible su posterior incorporación, la solución es el sobreseimiento [SCHIAVO, NICOLÁS: *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Volumen 2, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 205].

∞ Del mismo modo se pronuncia SALINAS SICCHA, en cuanto refiere que “este supuesto se configura cuando del análisis de los actos de investigación efectuados y elementos de prueba recolectados, el fiscal concluye que no es posible fundamentar razonablemente una acusación y no existe la menor posibilidad de efectuar actos de vinculación adicionales que pueden cambiar la situación existente. Esto significa que se solicitará el sobreseimiento del proceso penal cuando no habiendo suficientes medios de prueba que acrediten el ilícito penal, no hay posibilidad de obtenerlos en el futuro. Este supuesto no supone la inexistencia de elementos de convicción alguno, sino que los existentes, en menor o mayor número, no tienen la entidad suficiente para llevar a concluir que el delito se llegó a cometer o que el imputado es su autor. El fiscal en estos supuestos debe reconocer que es materialmente imposible completar la investigación y diseñar una teoría del caso, y debe ser consciente, también, de que, con los actos de investigación existentes, es imposible formular acusación para hacer posible que el caso pese a juzgamiento” [SALINAS SICCHA, RAMIRO: *La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código Procesal Penal del 2004*. Editorial Iustitia, Lima, 2014, p. 177].

19°. No obstante, cabe considerar también que es posible que este supuesto haga referencia al caso en el que el hecho descrito en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria haya ocurrido, pero el fiscal tiene un problema de suficiencia probatoria necesaria para llevar a juicio con éxito al imputado; en buena cuenta, la investigación no lo ha dotado del material probatorio idóneo, cuantitativa y cualitativamente hablando, para tentar romper con la presunción de inocencia de la que goza el imputado. Pero, para que opere esta causal de sobreseimiento no basta verificar la insuficiencia probatoria mencionada, sino que además es menester tener el conocimiento actual de que, aun cuando fuese posible abrir una ventana temporal investigativa, ello sería vano dada la imposibilidad de encontrar material probatorio de cargo. Ello significa que el fiscal ha sido diligente en su labor de investigación, pese a lo cual no ha sido viable acumular elementos investigativos de cargo con suficiencia acreditativa de tal nivel que permita acusar a una persona.

∞ Subsisten, entonces, determinados indicios, pero en sí mismos insuficientes y, además, sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatorios, todo lo cual debe razonarse en el auto que lo acuerde. La imposibilidad de conseguir

prueba recae tanto sobre la existencia del hecho cuanto respecto a la vinculación del mismo con el imputado.

∞ En cuanto a la jurisprudencia, la Sala Penal Permanente en la Casación 1975- 2022/Puno, de treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés, interpretó que deben concurrir tanto el presupuesto de insuficiencia de los elementos de convicción, como el presupuesto de no poder incorporar nuevos datos o elementos de investigación a la causa [F.J. 2ª]. La Casación 2698-2021/Huaura, de la misma Sala Suprema, de dieciséis de mayo de dos mil veintitrés, es más enfática al exigir la concurrencia copulativa de los presupuestos señalados en el artículo 344, apartado 2, literal 'd', del CPP, exigiendo además su necesaria justificación en la resolución correspondiente [FF.JJ. 15º y 17º].

∞ El supuesto de sobreseimiento previsto en el artículo 344, apartado 2, literal 'd', del CPP es claro. Según su enunciado normativo procede sobre la base de concurrir tanto la insuficiencia de elementos de convicción como la imposibilidad de incorporar nuevos datos o elementos de convicción a la investigación. En contra de lo que algunos códigos extranjeros que solo se decantan por exigir solo la insuficiencia probatoria para estimar el sobreseimiento, el Código Procesal Penal de 2004 opta por colocar una cláusula adicional de control para posibilitar una mayor averiguación de los hechos, a partir de una investigación suplementaria, o para que en el debate se pueda superar dicha insuficiencia con la actuación de pruebas que solicite el fiscal en su acusación.

### **§ 7.A. INEXISTENCIA RAZONABLE DE INCORPORAR NUEVOS DATOS A LA INVESTIGACIÓN**

20º. Cuando no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación, resulta necesario que el fiscal precise cuáles fueron los elementos de convicción recabados que no pudieron ser incorporados para el esclarecimiento de los hechos, así como las razones por las cuales no es viable de realizarse, por ejemplo, si se empleó el uso de apremios, se le denegó una medida limitativa de derechos, se tiene el elemento de convicción, pero es imposible realizar alguna pericia o realizada la misma no aporta nueva información, se venció el plazo de investigación o no es posible realizar una investigación suplementaria, fallecieron los testigos de relevancia o se agotaron las fuentes de prueba correspondientes.

∞ La imposibilidad implica el agotamiento de las fuentes de datos para aumentar la información recabada en la investigación preparatoria. Esta carencia de información es determinante, pues no permitirá que fundadamente se realice el enjuiciamiento del imputado. El análisis de esta carencia debe hacerse desde una perspectiva estratégica [ARBULÚ MARTINEZ, JIMMY: *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 221].

∞ Ahora bien, como se anotó, este supuesto puede ser consecuencia de dificultades procesales, pese a que la actividad del fiscal fue proactiva y responsable materializada en reiteradas disposiciones, por ejemplo, para que realice una pericia de homologación de voz, pero no concurre el investigado y no se cuenta con otros medios que sirvan de muestras de comparación de voz al perito. De otro lado, es factible un supuesto: concluyó el plazo de la investigación y el fiscal no cuenta con elementos de convicción suficientes, debido a una actuación desidiosa; en cuyo caso, el segundo supuesto se presenta, pero no el primero desde que si existe la posibilidad razonable de acopiar datos nuevos la investigación, por ello es que la postulación fiscal a ser objeto de control judicial de manera objetiva y en el contexto concreto, pudiendo aplicarse – siempre que se cumplan las exigencias normativas– lo dispuesto en los apartados 1 y 5 del artículo 346 del CPP.

### **§ 7.B. INEXISTENCIA DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN SUFICIENTES PARA SOLICITAR FUNDADAMENTE EL ENJUICIAMIENTO**

21º. Cuando no existan elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento

del imputado, resulta necesario precisar cuáles fueron los elementos de convicción recabados y las razones por las cuales no resultan suficientes para vincularlos con los investigados. Así, por ejemplo, la falta de identificación del agraviado, tal como lo ha destacado la Sala Penal Permanente en la Casación 2698-2021/Huaura. Esta evaluación requiere tener en cuenta en primer término los hechos postulados por la Fiscalía, su calificación jurídica y los elementos constitutivos del delito, así como el marco de la oferta probatoria realizada por ejemplo en la Formalización de la Investigación Preparatoria. No debe dejarse de lado que tanto la hipótesis fiscal como la defensiva se van consolidando o enervando a lo largo de la investigación preparatoria. Estas circunstancias deben ser revisadas por el juez para fundar su decisión de acuerdo o en desacuerdo con el requerimiento.

### **§ 8. ESTÁNDAR PROBATORIO PARA EVALUAR LA INSUFICIENCIA DE ELEMENTOS DE CONVICCIÓN**

22º. El estándar de prueba es el umbral a partir del cual se acepta una hipótesis como probada. Es la determinación del grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis [FERRER BELTRÁN]. Los estándares de prueba responden a la pregunta de cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho, o más precisamente cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe [GASCÓN ABELLÁN]. Es el *quantum* de prueba requerido para emitir una decisión de culpabilidad [IGARTUA SALAVERRIA].

∞ Según FERRER BELTRÁN los estándares de prueba cumplen tres funciones en el marco del proceso de decisión probatoria: (i) aportan los criterios imprescindibles para la justificación de la decisión misma, por lo que hace a la suficiencia probatoria; (ii) sirven de garantía para las partes, pues les permitirán tomar sus propias decisiones respecto de la estrategia probatoria y controlar la decisión sobre los hechos; y, (iii) distribuyen el riesgo del error entre las partes.

∞ Hay estándares de prueba por tipo de procesos, como los hay por fases o etapas del proceso penal. Al respecto, la Sentencia Plenaria 1-2017 estableció que para el inicio de diligencias preliminares se requiere sospecha inicial, para la continuación y formalización de la investigación probatoria se requiere sospecha reveladora, para la acusación se requiere sospecha suficiente, para dictar una medida como la prisión preventiva se requiere un alto grado de sospecha y para condenar se requiere de un estándar de más allá de toda duda razonable. Este último estándar –para condenar– ha variado para la Corte Suprema, ahora sume un estándar de prueba objetivo, siguiendo el tipo de estándar de prueba planteado por FERRER BELTRÁN [Casación 1897-2019/La Libertad, F.J. 6º C].

∞ Se afirma también que el estándar probatorio es la comprobación racional –a partir de las reglas de la sana crítica– del grado de certeza que las pruebas generen en la mente del juez, respecto a los hechos sometidos a su consideración [SALAS M.E.: *Los rostros de la justicia penal. Ensayos críticos sobre temas fundamentales del Derecho procesal penal*, Editorial Isolma, San José, 2012]. Estas últimas son, ante todo, reglas del correcto entendimiento humano, lo cual versa sobre una expresión de racionalidad. Las reglas de la lógica –entendiendo lógica en sentido amplio como buen razonamiento y no como un simple criterio de deductibilidad– junto a las reglas de experiencia del juzgador como un todo y sus precomprensiones, propias de cualquier ser humano.

∞ En el sistema anglosajón, de acuerdo al lenguaje de la Regla de evidencia 302 de Puerto Rico, cuando se alude a las presunciones podemos decir que, bajo el *quantum* de preponderancia, elponente de la evidencia debe persuadir al juzgador que es más probable la existencia que la inexistencia del hecho [GARAY AUBÁN, MIGUEL: *Evidencia*. En Revista 11, agosto 2015, Puerto Rico, p. 60].

23º. La Sala Penal Permanente en la Casación 1975-2022/Puno, de treinta y uno de marzo de dos mil veintitrés, se

decantó por considerar que el estándar de prueba para la acusación fiscal es el de probabilidad preponderante o prevaleciente. Para la Corte el estándar de la sospecha suficiente, que permite la acusación y autoriza a dictar el auto de enjuiciamiento, descansa en la mayor probabilidad (o probabilidad preponderante) de la realidad del delito y de la intervención delictiva del imputado. Agregó que es el resultado de una valoración provisional del hecho, en el que, a partir de los elementos de prueba disponibles, resulta que los elementos de cargo son mayores que los de descargo, es decir, que la hipótesis acusatoria es más consistente que la hipótesis defensiva.

∞ Para el caso del artículo 352, apartado 4, del CPP, también autoriza a dictar el sobreseimiento, siendo lo significativo en este supuesto la indiscutible ausencia de suficiencia de los elementos de investigación y que no será posible en el juicio oral incorporar nuevos elementos de prueba.

**24°.** Dado que el estándar establecido por la Corte Suprema es el de sospecha suficiente, que se asimila al estándar de probabilidad preponderante o prevaleciente, corresponde analizar este estándar probatorio, a la luz de la concepción racionalista de la prueba.

∞ En materia de razonamiento probatorio, el término probabilidad que se aplica no es el de frecuencia estadística o la probabilidad cuantitativa, sino el grado de confirmación lógica que un enunciado obtiene sobre la base de las pruebas que a él se refieren. TARUFFO señala que el concepto de probabilidad que debe realizar el juez en el razonamiento probatorio y la valoración es el de la probabilidad "baconiana" o "lógica", que se refiere al grado de confirmación que una hipótesis sobre un hecho obtiene sobre la base de las inferencias realizadas a partir de los elementos de prueba disponibles [TARUFFO, MICHELE: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 275].

∞ El estándar de probabilidad lógica prevaleciente consiste, al decir de TARUFFO, en la combinación de dos reglas. La primera de estas reglas –que específicamente corresponde al criterio del "más probable que no"– indica que es racional elegir, con respecto al enunciado de hecho, la hipótesis que esté confirmada por un grado mayor que la hipótesis contraria. Si la hipótesis positiva (es decir, la de la verdad del enunciado) es más probable que la hipótesis negativa (es decir, la de la falsedad del enunciado), entonces, el juez debe elegir la hipótesis positiva; pero en cambio deberá elegir la hipótesis negativa en caso de que la falsedad del enunciado resulte más probable. Si la hipótesis positiva resulta fundada en algún elemento de prueba, pero éste no es suficiente para fundar la probabilidad lógica prevaleciente de esa hipótesis, el juez debe concluir que el hecho no ha sido probado y decidir en consecuencia [TARUFFO, MICHELE: *Páginas sobre la justicia civil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 437].

∞ La segunda regla de la probabilidad lógica prevaleciente opera en el caso en que con respecto al mismo hecho existan varias hipótesis diferentes. En esta situación, el criterio racional consiste en la elección de la hipótesis que resulte sustentada por un grado de confirmación probatoria relativamente superior al de cualquier otra hipótesis [TARUFFO, MICHELE: *Ibidem*, p. 437].

**25°.** Luego de haber expuesto sobre la probabilidad preponderante o probabilidad prevaleciente como estándar de prueba para decidir en la fase o etapa intermedia sobre la acusación y el sobreseimiento, se coincide en que el estándar de sospecha suficiente descansa en la mayor probabilidad de la comisión del delito y de la intervención delictiva del imputado. Es decir, que para acusar se requiere que, a partir de los elementos de convicción disponibles, resulta que la hipótesis de la fiscalía tiene mayor apoyo empírico que el de la defensa, tiene un mayor grado de corroboración. La aplicación del estándar no requiere que se haya refutado la hipótesis defensiva, bastará con el grado de confirmación de la hipótesis principal.

∞ No cabe duda que el estándar probatorio de probabilidad prevaleciente, sustentado en el más probable que no y la elección de la hipótesis con mayor grado de corroboración, puede generar el riesgo que se pase al juicio oral con un apoyo empírico bajo, quizás sin mayor riqueza probatoria; pero, por otro lado, dado que en la otra orilla está el sobreseimiento con su carácter definitivo, de cierre del procedimiento y con calidad de cosa juzgada, que pone en riesgo el esclarecimiento de la verdad, sin posibilidad de reversión alguna, torna en asumible dicho riesgo. Tampoco se requiere que el peso probatorio del conjunto de elementos de juicio relevantes incorporados al proceso sea completo.

## § 9. EL CONTROL JUDICIAL DEL SOBRESEIMIENTO

**26°.** A diferencia del sistema procesal norteamericano, en el que el fiscal es libre de decidir sobre el no ejercicio de la persecución penal, nuestro Código Procesal Penal sujeta a control jurisdiccional la decisión fiscal de acusar o no acusar. En el caso peruano si el fiscal formula un requerimiento acusatorio, éste puede ser objeto de control formal o sustancial (artículo 352 del CPP). Del mismo modo, el requerimiento fiscal de sobreseimiento, por la causal que sea, es objeto de control jurisdiccional (artículos 345, apartado 1, y 352, apartado 4, del CPP), pudiendo los sujetos procesales legitimados formular oposición (artículo 345, apartado 2, del CPP) a dicho requerimiento.

∞ El control jurisdiccional del sobreseimiento se realiza previa audiencia en la que las partes debaten y el juez decide sobre el requerimiento fiscal. Si lo considera fundado dictará el auto de sobreseimiento. Si no lo considera procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al fiscal superior en grado para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial, expresando las razones de su desacuerdo (artículo 346, apartado 1). En caso se haya formulado oposición al requerimiento de sobreseimiento, si lo considera admisible y fundado, el Juez dispondrá la realización de una investigación suplementaria con indicación del plazo y de las diligencias que el fiscal debe realizar. Cumplido el trámite, no procederá oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación (art. 346, apartado 5, del CPP).

∞ El parámetro para el control jurisdiccional del requerimiento de sobreseimiento por la causal del artículo 344, apartado 2, literal 'd', del CPP no es otro que la verificación de la insuficiencia probatoria o ausencia de base suficiente para formular acusación, y, por otro lado, que no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación. La ausencia de base suficiente para acusar o insuficiencia probatoria de los elementos de convicción tiene como criterio de control jurisdiccional el no haber alcanzado el estándar de prueba de preponderancia de la prueba o probabilidad prevaleciente. La insuficiencia puede haberse dado porque vencido los plazos de investigación el fiscal no ha logrado acopiar actos de investigación que corroboren la imputación o que habiendo acopiado elementos de convicción éstos no permitan alcanzar el estándar de prueba requerido.

**27°.** Cuando el artículo 352, apartado 4, del CPP estipula que de oficio o a pedido de la defensa se puede acordar el sobreseimiento, no obstante existir acusación, impone un requisito adicional: que la causal de insuficiencia sea evidente y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. Que algo sea evidente, significa que sea patente o manifiesto. La insuficiencia probatoria debe apreciarse del propio tenor del escrito de acusación, sin necesidad de realizar una valoración de cada elemento de convicción o exigir la refutación de la hipótesis defensiva o alegar duda razonable, pues lo único que debe controlarse es si con los elementos de convicción señalados por el fiscal se ha alcanzado el umbral o estándar de prueba de probabilidad prevaleciente.

∞ La Corte Suprema ha fundamentado el control jurisdiccional del sobreseimiento en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, cuyo contenido constitucionalmente protegido importa acceder libremente al órgano jurisdiccional a través de un proceso y obtener una resolución definitiva, razonada y razonable, fundada en Derecho, congruente y, de ser posible, de fondo, que ponga fin irrevocablemente al conflicto, cuanto el acceso pleno al recurso legalmente previsto [Casación 1184-2017/ El Santa].

∞ A partir de la fundamentación de nuestra Corte Suprema, es evidente que el control jurisdiccional tiene como alcances el control de la legalidad, esto es, verificar si concurren los requisitos o presupuestos legalmente establecidos para la procedencia del sobreseimiento, y el control de la motivación, en la medida que los jueces están obligados a expresar las razones fundadas de porqué deciden positiva o negativamente sobre el requerimiento de sobreseimiento. Dichos ámbitos abarcan los supuestos de inobservancia del derecho a la prueba y de prohibiciones probatorias.

∞ Para la Corte Suprema la regla es que el Ministerio Público, como órgano autónomo y titular de la persecución penal, debe aportar los medios de investigación y de prueba necesarios para sostener la inculpación y, luego, la acusación, lo que está reconocido en los artículos 158 y 159 de la Constitución. Además, si el fiscal no acusa y el fiscal superior en grado está conforme con dicho requerimiento, le está vedado al órgano jurisdiccional ordenar que se formule una pretensión punitiva; pero se señala que existen excepciones, como las señaladas en la Queja 1678-2006/Lima, que habilita al control en los casos en que se afecte el derecho a la prueba del actor civil o la decisión incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameriten un nuevo pronunciamiento fiscal [Casación 768-2019/Lima Este F.J. 7°].

### § 10. CONCLUSIONES

28°. En atención a lo expuesto es pertinente fijar las siguientes cinco conclusiones:

1. Si bien en el sistema acusatorio el Ministerio Público es el persecutor del delito y deba acreditar el hecho punible constitutivo de su pretensión, ello no debe colisionar con los derechos de la víctima en particular con el de tutela jurisdiccional efectiva.
2. La causal de sobreseimiento prevista en el artículo 344, apartado 2, literal 'd', del CPP comprende dos supuestos: (i) que no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y (ii) que no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado, deben concurrir de manera copulativa.
3. Como señalan los artículos 64, apartado 1, y 122, apartado 5, del CPP las disposiciones y requerimientos deben estar debidamente fundamentados. Siendo así, en el caso el fiscal debe exponer las razones por las que se considera cumplidos los dos supuestos aludidos.
4. El estándar o umbral probatorio para evaluar esta causal de sobreseimiento es el de probabilidad preponderante o probabilidad prevaleciente.

5. El requerimiento de sobreseimiento y el cumplimiento de sus presupuestos debe ser objeto de control judicial en el marco de un debido proceso y de la proscripción de la arbitrariedad.

### III. DECISIÓN

29°. 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, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ:

### ACORDARON

30°. **ESTABLECER** como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 18° a 28°.

31°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del modificado artículo 112 del citado Estatuto Orgánico, según la Ley modificatoria 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

32°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. **HÁGASE SABER**.

Ss.

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PRADO SALDARRIAGA**

**BARRIOS ALVARADO**

**LUJÁN TÚPEZ**

**NEYRA FLORES**

**ALTABÁS KAJATT**

**BROUSSET SALAS**

**CASTAÑEDA OTSU**

**SEQUEIROS VARGAS**

**PACHECO HUANCAS**

**GUERRERO LÓPEZ**

**CHECKLEY SORIA**

**COTRINA MIÑANO**

**CARBAJAL CHÁVEZ**

**PEÑA FARFÁN**

**ÁLVAREZ TRUJILLO**