

Apelación acusatoria fundada en parte y apelación defensiva infundada

1. De entrada, se llama la atención sobre dos asuntos. El primero tiene que ver con que, en el presente proceso especial, no existen garantías suficientes para condenar al absuelto. Es necesario una modificación legislativa sobre ello. El segundo consiste en que el requerimiento acusatorio no describió claramente los hechos objeto del proceso penal. Si bien no se determina la inexistencia de una imputación, no puede dejarse de señalar que la relación fáctica debe expresar la manera en que se desarrollaron los hechos, así como el tiempo y el espacio en que acontecieron. No se trata de trasladar el contenido de los elementos de convicción, explicar cómo se descubrió el hecho o formular el juicio de imputación o tipicidad.

2. En lo que respecta al Caso n.º 1, la sentencia de vista motivó de modo insuficiente y aparente. No se analizó, desde la pragmática, el mensaje de contenido delictivo que habría proferido el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA durante la comunicación telefónica con el abogado Rotnny Sairitupac Pacheco. Además, no se explicó cuál sería el sentido alternativo de la frase proferida, que la tornarían ambigua o dudosa. Por tanto, se declara la nulidad del juicio para debatir y emitir sentencia sobre este extremo.

3. En relación con el Caso n.º 2, la pericia de fonética no es el único elemento que puede acreditar la vinculación del encausado con la conversación telefónica de contenido criminal que se sostuvo con el abogado Marco Aguado Ventura. La diversa prueba invocada por el Tribunal *a quo*, que acompaña a la intermediación, es suficiente. Por otro lado, la determinación judicial de la pena es correcta, no existen motivos fundados para incrementarla a diez años de privación de libertad, como pretende el MINISTERIO PÚBLICO.

4. En lo atinente al Caso n.º 3, el Tribunal Supremo considera que existe motivación insuficiente en la sentencia de vista y por tanto se ha de decretar su nulidad. En la renovación del acto procesal, luego del juicio respectivo, debe existir análisis de lo que se pretende reprimir con el tipo delictivo, del contexto de los hechos imputados y del conjunto probatorio.

SENTENCIA DE APELACIÓN

Sala Penal Permanente

Recurso de Apelación n.º 177-2023/Ica

Lima, ocho de marzo dos mil veinticuatro

VISTOS: los recursos de apelación interpuestos por el MINISTERIO PÚBLICO (foja 578¹) y el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA (foja 589) contra la sentencia del treinta de noviembre de dos mil veintidós (foja 472), emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Ica, que absolvió al citado encausado de la acusación fiscal por el delito de cohecho pasivo específico —Caso n.º 1— y por el delito de tráfico de influencias —Caso n.º 3—, y lo condenó como autor del delito de cohecho pasivo específico —Caso n.º 2—, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito fiscal de Ica, le impuso ocho años de pena privativa de libertad, trescientos sesenta y cinco días-multa, inhabilitación por ocho años, así como la obligación de cancelar S/ 7500 (siete mil quinientos soles) por concepto de reparación civil a favor de la víctima.

¹ En adelante se aludirá a la foliación del cuaderno de debates, salvo mención expresa de lo contrario.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera instancia

Primero. A través del requerimiento del veintidós de octubre de dos mil dieciocho (foja 4 del cuaderno de etapa intermedia), el MINISTERIO PÚBLICO formuló acusación contra IVÁN MARX CAJO GARCÍA por dos delitos de cohecho pasivo específico y uno de tráfico de influencias. El requerimiento fue subsanado y presentado de nuevo el veintiséis de julio de dos mil diecinueve (foja 161 del cuaderno de etapa intermedia). Posteriormente, se incorporaron dos aclaraciones de la acusación, del seis de noviembre de dos mil diecinueve y del treinta de enero de dos mil veinte (fojas 247 y 301 del cuaderno de etapa intermedia).

El relato fáctico abarcó tres casos:

1.1. Caso n.º 1: entre el dieciocho de abril y el doce de junio de dos mil quince, el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA, fiscal adjunto provincial provisional del Tercer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica, estuvo a cargo de la Carpeta Fiscal n.º 3674-2014, que contenía la investigación seguida contra Blanca Lorena Napa Ochoa y otras personas por el delito de falsedad ideológica, entre otros.

En ese contexto, a las 17:49 horas del veintinueve de abril de dos mil quince, el encausado se comunicó telefónicamente con el abogado Rotnny Sairitupac Pacheco. Este último le indicó al primero que tenían en común un caso de apropiación ilícita, en el que la denunciada era su representada Blanca Lorena Napa Ochoa. El encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA, solicitando una promesa de beneficio económico, le respondió que tenían que subirla a la balanza porque nada era gratis en la vida y que lo llame para que le entregue los datos y pueda revisarlo en el despacho².

El caso fiscal fue archivado, conforme a lo acordado en la conversación.

1.2. Caso n.º 2: desde el veintitrés de abril de dos mil quince hasta el trece de mayo del mismo año, el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA fue designado como responsable de la Carpeta Fiscal n.º 995-2015, que comprendía la investigación contra Oscar Enrique Herrera Aparcana por el delito de tenencia ilegal de armas. El abogado defensor de este investigado era Marcos Alejandro Aguado Ventura.

² En la acusación fiscal (foja 164 del cuaderno de etapa intermedia) se consignó literalmente lo siguiente: “**NN** (hoy identificado como Rotnny W Saraitupac Pacheco) menciona a **IVÁN CAJO** que tienen en común un caso de Apropiación Ilícita, agregando que la denunciada es **BLANCA LORENA NAPA OCHOA**, indicando **NN** (hoy identificado como Rotnny W Saraitupac Pacheco) que el caso lo tiene él, comentando **NN** (hoy identificado como Rotnny W Saraitupac Pacheco) que es abogado y está representando a la denunciada, señalando **IVÁN CAJO que tienen que subirlo a la balanza porque nada es gratis en esta vida, estando de acuerdo NN (hoy identificado como Rotnny W Sairitupac Pacheco) IVÁN CAJO indicó a éste que mañana lo llame para que le entregue los datos y todo para que lo revise en el despacho**” [sic].

En esa línea, el treinta de abril de dos mil quince, a las 17:49 horas, se produjo una llamada telefónica entre el abogado Marcos Alejandro Aguado Ventura y el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA. En ella, los interlocutores conversaron sobre dos asuntos: las circunstancias que el encausado iba proponer para “no aperturar nada” y la solicitud de “dos lucas”, “tres” y “dos quinientos”³. La conversación tenía por finalidad influir en las diligencias y en la decisión de la investigación seguida contra Oscar Enrique Herrera Aparcana.

El caso fue archivado a través de la Disposición de Archivo n.º 01-2015-MP-2ºFPPC, del trece de mayo de dos mil quince.

- 1.3. **Caso n.º 3:** El tercer caso ocurrió en fecha no determinada, pero en el tiempo en que el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA era fiscal adjunto provincial provisional del Tercer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica: desde el treinta de marzo hasta el doce de junio de dos mil quince.

El encausado conversó con el abogado defensor Jesús Chávarry Carahuatay. Este último le indicó que lo podía apoyar de cierta manera y el encausado respondió: “ya pues doctor, usted dirá, nada es gratis en la vida”. El abogado señaló que le deje conversar con su patrocinado y la familia. En seguida, el encausado manifestó que “los delitos se van al tacho, quedando solamente homicidio culposo”, que se podía hacer el control de acusación solo por ese delito y llegar a un principio de oportunidad, para que así “su patrocinado quede limpio de polvo y paja”. El abogado contestó que lo llamaría

³ El texto consignado por la fiscalía en la acusación, *de verbo ad verbum*, es como sigue (foja 167 del cuaderno de etapa intermedia): **“DOCTOR AGUADO/MARCOS AGUADO/MARQUITOS** le comento a **NN(M)/DOCTOR** (hoy identificado como Iván Max Cajo García) que ya se comunicó con él y le va a devolver la llamada de 6 o 6 ½ que está llegando para conversar y es ahí donde lo tiene que llamar; **DOCTOR** (hoy identificado como Iván Max Cajo García) menciono que va a proponer las circunstancias por el lado **“de que si bien es cierto dice que el arma esta inoperativa y eso lo han manejado, pero sin embargo, yo les voy a decir y las balas que encontraron?, los cartuchos? son operativos y el Código dice: Municiones y armas de fuego, cualquiera de los dos (2)”**, DOCTOR AGUADO asintió y recomendó que le advierta de que están indagando por el nombre de JESUS porque presumen de que esas armas le pertenecen por eso se quiere aperturar la investigación pero si se archiva ‘¿cómo es?’ para no aperturar nada, además que le indique que su superior quiere que se apertura la investigación para investigar quien es ese JESUS; **DOCTOR** (hoy identificado como Iván Max Cajo García) explicó que le va a decir que va con un grupo de inteligencia para que ellos averigüen todos esos datos; DOCTOR AGUADO agregó le comunique que hay dos cosas “las municiones” y que quieren aperturar porque su jefe inmediato le ha dicho que de una vez se investigue quien es ese JESUS pero le dé la opción “como el DOCTOR AGUADO es mi pata y pata también del superior, el superior me ha dicho que hable con el pata ver si esto quiere que lo matemos acá, lo matamos ahorita”; **DOCTOR** (hoy identificado como Iván Max Cajo García) **asintió e indico que espera su llamada**, por último DOCTOR AGUADO/MARCO le consulto cuanto le va a pedir, recomendado que le pida DOS(2) LUCAS; **DOCTOR** (hoy identificado como Iván Max Cajo García) **señalo que mejor le pide TRES (3); DOCTOR MARCOS AGUADO estuvo de acuerdo y al último quedo en DOS QUINIENTOS”** [sic].

en cuanto converse con su patrocinado y la familia⁴. El encausado intercedería ante Jaime Enrique Ortega Gómez, fiscal de Cañete.

Los Casos n.º 1 y 2 fueron calificados como cohecho pasivo específico, conforme al segundo párrafo del artículo 395 del Código Penal, mientras que el Caso n.º 3 fue considerado como tráfico de influencias, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 400 del Código Penal.

Segundo. El auto de enjuiciamiento, del treinta de enero de dos mil veinte (foja 313 del cuaderno etapa intermedia), y el auto de citación a juicio oral, del trece de julio de dos mil veintidós (foja 127), dieron lugar a la etapa de juzgamiento. El juicio oral inició el veinticinco de agosto de dos mil veintidós (foja 239) y se llevó a cabo en diferentes sesiones hasta el veintinueve de noviembre del mismo año, según actas (fojas 284, 298, 308, 322, 329, 336, 340, 377, 387, 398, 402, 414, 431, 451, 455 y 467).

Tercero. El treinta de noviembre de dos mil veintidós, la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Ica emitió sentencia (foja 472). Por una parte, absolvió IVÁN MARX CAJO GARCÍA de la acusación fiscal por el delito de cohecho pasivo específico —Caso n.º 1— y por el delito de tráfico de influencias —Caso n.º 3—. Por otra parte, lo condenó como autor del delito de cohecho pasivo específico —Caso n.º 2—, en agravio del Estado. En consecuencia, se le impuso ocho años de pena privativa de libertad, trescientos sesenta y cinco días-multa, inhabilitación por ocho años y la obligación de cancelar S/ 7500 (siete mil quinientos soles) por concepto de reparación civil a favor de la víctima, representada por la Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito fiscal de Ica.

Cuarto. Contra la sentencia de primera instancia, el MINISTERIO PÚBLICO y el sentenciado IVÁN MARX CAJO GARCÍA promovieron recursos de apelación (fojas 578 y 589).

La impugnación del MINISTERIO PÚBLICO comprendió los extremos absolutorios y la cuantía de la pena del extremo condenatorio. En general, se denunció motivación insuficiente y aparente. Los argumentos concretos fueron los siguientes:

⁴ Esta conversación habría sido narrada por el encausado en otra comunicación telefónica. En relación con esta última comunicación telefónica, he aquí la transcripción fiel de lo consignado en la acusación (foja 169 del expediente judicial): “**IVÁN CAJO** comentó a JAIME que converso con el DOCTOR CHAVARRI, el mismo que le manifestó que EL GORDO JORGE le dijo cómo es, porque no es gratis, **refiriendo IVÁN CAJO** que le indicó a CHAVARRI que no hable con ese TINTERILLO porque le puede decir cualquier cosa y que puede perjudicar a su patrocinado, manifestando IVÁN CAJO que CHAVARRI le dijo que lo puede apoyar de cierta manera y todo eso, a lo que **IVÁN CAJO le dijo: YA PUES DOCTO USTED DIRÁ LE DIGO PUES, NADA ES GRATIS EN LA VIDA**, mencionando que CHAVARRI le dijo que le deje conversar con su patrocinado y su familia, ya que lo importante es que se deje sin efecto la orden de captura, **señalando IVÁN CAJO** que le dijo que los delitos se van al tacho quedando solamente el Homicidio Culposo, a lo que se puede hacer el control de acusación solo por el Homicidio Culposo, dictando una aplicación de principio de oportunidad, **para que así su patrocinado quede limpio de polvo y paja**, mencionando JAIME que el control de acusación está para hacerse, refiriendo que CHAVARRI le dijo que lo llamaría en cuanto converse con su patrocinado y sus familiares, **señalando IVÁN CAJO que llamaría a JAIME en cuanto converse con el DOCTOR CHAVARRI**” [sic].

- (i) En relación con el Caso n.º 1, se insistió en que la frase proferida por el encausado —“hay que subirla a la balanza nomás, tú sabes que nada es gratis en la vida”— encierra una solicitud implícita de beneficio económico, suficiente para configurar el tipo delictivo. En este extremo, se pidió la revocatoria y, en consecuencia, la condena por diez años de privación de libertad.
- (ii) En lo tocante al Caso n.º 2, se argumentó que no existieron motivos para que el colegiado impusiera el extremo mínimo de la pena privativa de libertad, conforme al artículo 45 del Código Penal. Se indicó que en la acusación se pidió la pena de diez años de privación de libertad por la lesión del bien jurídico, el impacto social y la conducta obstruccionista del investigado —no proporcionó una muestra de voz para la pericia fonética—. En esa línea, se pidió que se incremente la pena a diez años de privación de libertad.
- (iii) En referencia al Caso n.º 3, por un lado, se afirmó que el delito de tráfico de influencias se consumó cuando el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA llamó al fiscal Jaime Enrique Ortega Gómez para interceder a favor del abogado Jesús Chávarry Carahuatay. Por otro lado, se indicó que, en los tres hechos, el *modus operandi* del encausado era comunicarse con los abogados y pedir dinero indebido por intermedio de ellos con la frase “hay que subirlo a la balanza, nada en esta vida es gratis”. Asimismo, se aseveró que la existencia del proceso penal en el que se pretendía favorecer a una de las partes se acreditó con la declaración del testigo Jaime Ortega Gómez. Finalmente, se formuló una pretensión de revocatoria y se pidió la imposición de cinco años de pena privativa de libertad.

El encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA recurrió únicamente el extremo condenatorio y, por consiguiente, solicitó la revocatoria de la pena y la reparación civil. Siempre en relación con el Caso n.º 2, esbozó los siguientes argumentos:

- (i) Que el Tribunal *a quo* supliera la ausencia de una pericia fonética con la invocación del principio de inmediación constituye un grave vicio de motivación.
- (ii) En la sentencia no se motivó la conclusión de que su voz es diametralmente equivalente a la del audio que se le atribuye.
- (iii) La determinación diametral del espectro de voz solo podía establecerse mediante una pericia fonética, que es la prueba idónea. No a través de intuiciones o corazonadas. Por tanto, no se alcanzó el estándar de prueba científica exigible y se generó un supuesto de insuficiencia probatoria.

Quinto. Por resolución del cuatro de julio de dos mil veintitrés (foja 616), se concedieron las impugnaciones y se ordenó la elevación de los actuados a este órgano jurisdiccional.

El expediente fue recibido por esta Sala Penal Suprema el dieciocho de julio de dos mil veintitrés (foja 1 del cuaderno supremo).

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Sexto. De acuerdo con el numeral 3 del artículo 405 del Código Procesal Penal, se expidió el auto de calificación, del siete de noviembre de dos mil veintitrés (foja 210 del cuaderno supremo), el cual declaró bien concedidos los recursos de apelación. Se instruyó a los recurrentes sobre lo decidido, según el cargo de notificación (foja 214 del cuaderno supremo).

Las partes no ofrecieron medios de prueba.

Séptimo. A continuación, se expidió el decreto del veintinueve de enero de dos mil veinticuatro (foja 218 del cuaderno supremo), que señaló el veintiséis de febrero del mismo año como data para la vista de apelación. La programación fue notificada, conforme al cargo respectivo (foja 219 del cuaderno supremo).

Octavo. Llevada a cabo la audiencia de apelación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación, corresponde dictar por unanimidad la presente sentencia de vista, según el plazo previsto en el numeral 1 del artículo 425 del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Previamente, es necesario acotar lo siguiente: como se sabe, se trata de un proceso penal especial, regulado por el Título III de la Sección II del Libro Quinto del Código Procesal Penal. Se deduce del inciso 4 del artículo 454 del citado código que el conocimiento de los delitos de función atribuidos a fiscales, adjuntos y provinciales, compete, en primera instancia, a los jueces superiores y, en segunda instancia, a los jueces supremos. Asimismo, el precepto proscribela interposición de recurso alguno contra las decisiones de vista.

A su vez, en observancia de los imperativos convencionales, la actual redacción del literal c) del inciso 3 del artículo 425 del código adjetivo prevé la posibilidad de que la condena del absuelto sea revisada por la Corte Suprema a través del recurso de apelación. Sin embargo, este supuesto no es aplicable al *sub iudice*. En el caso, la Sala Penal Permanente, única sala competente para conocer el modelo procesal penal del Decreto Legislativo n.º 957, opera desde el principio como instancia de apelación. No existe una sala penal jerárquicamente superior ni otra sala penal de igual jerarquía e igualmente competente que a la postre pudiere conocer el proceso.

Por tanto, independientemente de la decisión que se adopte en este caso, debe resaltarse el hecho de que, en el proceso penal especial contra otros funcionarios públicos no aforados, no existen garantías suficientes para condenar, si fuere el caso, al absuelto. Existe un intersticio o indeterminación respecto a la segunda apelación del condenado. Las soluciones a este dilema serían dos: o bien se debería suprimir legislativamente el proceso penal seguido contra otros

funcionarios públicos distintos a los altos funcionarios, o bien se debería habilitar una Sala Penal Suprema competente para conocer la segunda apelación de la condena del absuelto en casos de delitos de función.

Segundo. También es preciso señalar que la relación de hechos que contiene la acusación fiscal del caso no es adecuada. Por suerte, de ella se advierten las hipótesis que se postulan como hechos a probar, aunque se encuentran confundidas con argumentos de imputación y con transcripción de elementos de convicción, situación que ha generado la necesidad de que este Tribunal Supremo, en el fundamento de hecho primero de esta decisión, filtre la información relevante para entender los sucesos delictivos.

El literal b) del inciso 1 del artículo 349 del Código Procesal Penal no deja lugar a dudas cuando establece que la acusación debe contener una relación clara y precisa del hecho a probar. Se trata de describir una hipótesis, esto es, el relato de que un hecho de relevancia jurídica se desarrolló de una determinada manera y en un determinado —a veces indeterminado— tiempo y espacio, acompañado de sus contextos antecedentes y subsecuentes, en caso sea necesario. No se trata de trasladar el contenido de los elementos de convicción, ni de explicar cómo se descubrió el hecho, ni de realizar un juicio de imputación o tipicidad. Cada una de estas cuestiones ha de detallarse en su propio apartado. Desde el punto de vista epistemológico, observar este orden es relevante porque, de lo contrario, el entendimiento del hecho e incluso la eventual calificación jurídica se tornan confusos, enrevesados, inasibles. La práctica fiscal, en ese sentido, ha de mejorar.

Tercero. Conforme al inciso 1 del artículo 409 del Código Procesal Penal, el pronunciamiento de la instancia de vista está condicionado, salvo el caso de nulidades absolutas, a las pretensiones de los recurrentes. Es el sentido del principio *tantum devolutum quantum appellatum*. Sobre la base de ello, se procederá con la absolución del grado.

§ I. En relación con el Caso n.º 1 (cohecho pasivo específico)

Cuarto. La imputación fiscal, en el Caso n.º 1, se sustenta en una comunicación telefónica que se atribuye al encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA y al abogado Rotnny Sairitupac Pacheco. La prueba de la existencia de la comunicación es contundente: en juicio oral se reprodujo el archivo que contenía la comunicación telefónica. La intervención del imputado como interlocutor también lo es. Al respecto, en juicio se actuó la declaración del perito acústico Oscar Aníbal Estela Campos, autor del Informe Pericial Acústico Forense n.º 0264-2018, del cuatro de septiembre de dos mil dieciocho. El especialista determinó que existían coincidencias fonéticas entre la voz del encausado y la voz que participó en las comunicaciones telefónicas. A esto, el Tribunal *a quo* añadió que, por intermediación, percibió que efectivamente la voz que se oye en las comunicaciones se asemeja a la del encausado.

En suma, el nexo entre el hecho probatorio —la existencia de una comunicación— y el hecho a probar —la participación del encausado en aquella— se construye a partir de una pericia técnica y por la percepción sensorial del juzgador, lo cual es suficiente para satisfacer el estándar de certeza.

Quinto. La cuestión medular, relacionada a la tipicidad del hecho, radica en el contenido de la conversación telefónica. El Ministerio Público impugnó este extremo y señaló que la frase “hay que subirla a la balanza nomás, tú sabes que nada es gratis en la vida” encierra una solicitud implícita de beneficio económico. Para el Tribunal *a quo*, el razonamiento de la Fiscalía es apurado, dudoso y falible, incierto en relación con un pedido económico implícito o de un favorecimiento en el trámite de un expediente judicial (fundamento 6.6. de la recurrida).

Se trata de un caso en el que la tipicidad del delito depende del análisis de *actos de habla*. Por ende, la evaluación no puede limitarse solo al contenido sintáctico y semántico de las oraciones proferidas por el emisor, como si cada una de ellas fuesen oraciones independientes unas de las otras. Es importante examinar los enunciados desde el punto de vista de la pragmática. Los actos comunicativos deben vincularse a su contexto y a las características de los interlocutores, así como a la intención que de ellos puede deducirse. Lo que es dudoso o indeterminado desde la semántica, puede no serlo a partir de la pragmática.

Sexto. El Tribunal Supremo advierte que la sentencia impugnada circunscribió su evaluación a la frase antes citada, pero omitió datos contextuales relevantes para el entendimiento de la comunicación: (i) los interlocutores fueron dos profesionales, un fiscal y un abogado; (ii) la conversación versó sobre un caso que realmente se encontraba a cargo del fiscal; (iii) las intenciones de los mensajes más relevantes de la conversación no eran humorísticas o meramente retóricas, más allá del compadrazgo en el trato; (iv) el mensaje más importante desde la imputación fiscal —la frase del imputado “nada es gratis en la vida”— fue precedido de una petición del abogado para que se revisara su caso; y (v) la respuesta del abogado interlocutor ante la frase del fiscal fue “Ah, no, eso sí lo sé, pero es para mí”, luego de lo cual el encausado aceptó buscar, revisar y ver el estado de la investigación que tenía a su cargo como fiscal.

Así, considerando estos criterios, resulta ineludible debatir si la frase “tú sabes que nada es gratis en la vida”, proferida por el encausado, se refiere a un ofrecimiento al abogado para revisar una investigación a cambio de un determinado costo.

Asimismo, es importante destacar que, para obtener un examen epistemológico integral en este caso, cada elemento probatorio referido a los hechos objeto de acusación debe ser engarzado con los demás, pues de la incriminación fiscal aparece un *modus operandi* en el accionar del imputado. Sobre esto no aparece pronunciamiento alguno en la recurrida. La omisión no puede ser sustituida en esta sede suprema, más aún si no se ofreció prueba alguna para actuar, que permitiera una interpretación diferente de la prueba personal actuada en

primera instancia, conforme a la limitación establecida en el numeral 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal.

Séptimo. El Tribunal *a quo* no evaluó en estos términos la comunicación que la Fiscalía presentó como prueba del delito de cohecho pasivo específico en el Caso n.º 1. En realidad, con independencia de otros argumentos poco relevantes de cara a la configuración del tipo delictivo, se limitó a afirmar que existía duda razonable sobre la intención del mensaje. Sin embargo, no explicó cuál sería el sentido alternativo de la frase proferida por el encausado que la tornaría ambigua, dudosa o incierta. Tampoco se pronunció sobre el *modus operandi* que se reflejaría en los hechos.

Se incurrió, pues, en motivación insuficiente y aparente, vicios absolutos e incorregibles en sede de apelación. Al ser imposible emitir una decisión rescisoria, es necesario que el Tribunal de primer grado emita un nuevo pronunciamiento, considerando los criterios expuestos *ut supra* y previo debate en el juicio oral respectivo.

Se declarará la nulidad del juicio en este extremo.

§ II. En cuanto al Caso n.º 2 (cohecho pasivo específico)

Octavo. En primer lugar, concierne evaluar la impugnación defensiva, pues invocó un asunto de la *quaestio facti*. El encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA afirmó que la sentencia de primera instancia adolece de indebida motivación. En esencia, consideró que solo una pericia fonética podría vincular a su patrocinado con la conversación telefónica, no bastaba invocar el principio de inmediación, como lo habría hecho el Tribunal *a quo* sin explicación. En suma, se cuestiona el enlace de la inferencia probatoria.

El impugnante parte de una premisa equívoca. Un hecho no solo puede ser acreditado por medios de prueba de carácter científico. La concepción científicista del conocimiento no es la acogida por el ordenamiento procesal penal. El conocimiento puede ser obtenido desde otras disciplinas igualmente racionales, como la filosofía y la dogmática jurídica, desde el uso de los sentidos del que goza todo ser humano —cfr. artículos 158.1 y 393.2 del código adjetivo— e incluso desde lo notorio y las máximas de la experiencia⁵. En todos los casos, se debe explicar racionalmente —con fórmulas intersubjetivamente comunicables— por qué el hecho se estima probado. Naturalmente, se rechazan las intuiciones, las corazonadas y la íntima convicción.

⁵ Las máximas de la experiencia —como señala William Twining, necesarias pero peligrosas (*necessary but dangerous*)— son el conjunto de conclusiones obtenidas de la sabiduría popular, juicios adquiridos por razón de la experiencia general de la vida, no de la propia historia, sino de lo que cualquier ser humano admitiría como aceptable si tuviera que ocupar el lugar del que propone el juicio o conocimiento artístico, técnico o especializado. Al respecto, puede consultarse: IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2018). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, pp.148-150.

El órgano jurisdiccional de primer grado invocó el principio de inmediación para aludir a que, luego de la reproducción del audio relativo al Caso n.º 2, percibió que la voz que allí se escucha se asemejaba diametralmente a la voz del encausado, grabada en los audios de las audiencias del proceso penal. Pero no se limitó a esta afirmación, como alega con inexactitud el apelante. El juez reforzó su inferencia con la declaración del testigo Marcos Aguado Ventura, que manifestó que, “haciendo memoria”, se comunicó con el encausado —aunque declaró previamente no recordar si fue a través de su teléfono, no descartó que el encausado obtuviera su número de celular—, así como con la Carta n.º NTSP-83030000-MHC-1174-2015-C-F, del dos de diciembre de dos mil quince, con la que se informó que el celular 945 746 272 —que participó en la comunicación criminal— pertenecía al encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA. Todo apunta a que fue él, y no otra persona, quien se comunicó con el abogado Marcos Aguado Ventura. La inferencia probatoria del Tribunal de instancia es correcta y, por lo demás, se sustenta en prueba suficiente para acreditar la vinculación del encausado con el hecho delictivo.

El recurso de apelación del sentenciado, que se circunscribió únicamente a este extremo, es infundado.

Noveno. La apelación de la Fiscalía, referida al Caso n.º 2, censura solo el extremo del *quantum* de la pena. En ese orden, pretende que los ocho años de privación de libertad, que impuso el *a quo* en la condena, sean revocados y, en su lugar, se imponga una pena privativa de libertad de diez años, conforme al requerimiento acusatorio.

La pretensión punitiva fiscal funciona como límite máximo de la pena que ha de imponer el juzgador. No es posible exceder esta pretensión, salvo que se solicite una pena por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación. Así lo estipula el numeral 3 del artículo 397 del Código Procesal Penal. No obstante, nada impide que el juez imponga una pena privativa de libertad cuantitativamente menos grave que la solicitada por la Fiscalía, siempre que no se exceda el marco legal —la precipitación por debajo del mínimo legal opera ante circunstancias de disminución de la punibilidad—. En ese sentido, el problema no consiste en determinar si el juez de juzgamiento se equivocó al imponer la pena en el extremo mínimo del tercio inferior, sino en si existen razones realmente justificadas para incrementar, dentro de ese tercio, el tiempo de privación de libertad, como solicitó la Fiscalía.

Por un lado, en la acusación fiscal se afirmó que la ausencia de carencias sociales permitía agravar la culpabilidad (foja 185 del cuaderno de etapa intermedia). Esta afirmación no es correcta. La circunstancia de carencias sociales, descrita en el literal a) del artículo 45 del Código Penal, opera como una razón para depreciar la pena, no para incrementarla.

Por otro lado, la lesión al bien jurídico y el impacto social del hecho cometido son dimensiones de la relevancia del injusto que han sido consideradas por el

legislador al formular la pena legal básica. No deben ser consideradas nuevamente para incrementar la pena —prohibición de doble valoración—, máxime si no se demostró que el suceso histórico ostente determinadas particularidades que revelen una gravedad trascendente a la propia hipótesis típica del delito especial.

Finalmente, el hecho de que durante la investigación el encausado no proporcionara una muestra de voz para el análisis fonético, aunque se trate materialmente de un acto obstruccionista, obedece jurídicamente al ejercicio del derecho a la no autoincriminación, de modo que no puede ser valorado en su perjuicio para incrementar la pena.

El Tribunal Supremo estima que no se propusieron ni existen razones sólidas para incrementar la pena a diez años. La impugnación del Ministerio Público, en este extremo, es infundada. Se debe confirmar la condena y la pena impuesta por el Caso n.º 2.

§ III. El Caso n.º 3 (tráfico de influencias)

Décimo. La imputación del delito de tráfico de influencias deriva de lo relatado por el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA en la comunicación telefónica con Jaime Enrique Ortega Gómez, fiscal de Cañete. No cabe dudar de la materialidad de la comunicación y de la participación de las citadas personas en la llamada: en el plenario se reprodujo el audio concerniente, declaró el perito que sometió a examen fonético la voz del encausado, y el fiscal Jaime Enrique Ortega Gómez, cuando acudió a juicio, declaró que efectivamente se comunicó por teléfono con el encausado (foja 331). Es patente también la existencia del proceso penal de homicidio culposo a que se alude en la conversación telefónica. Sería fantasioso asumir que dos fiscales entablen una conversación sobre un asunto inexistente; de hecho, el citado fiscal Jaime Enrique Ortega Gómez reconoció que conversó sobre un caso de homicidio culposo asignado a su persona (*ibidem*).

Así, conforme al *factum* formulado por la Fiscalía, con el ofrecimiento de favorecer en un caso fiscal de homicidio culposo, el encausado habría propuesto un pago a su favor, “porque nada es gratis en esta vida”. Hecho de lo cual se informaría que en la conversación telefónica el interesado —el abogado de apellido Chávarry— condicionó el ofrecimiento de la promesa a que previamente converse con su defendido y los familiares. Luego, el procesado indicó cómo debería proceder el fiscal Jaime Enrique Ortega Gómez: archivar todo lo demás y dejar solo el delito de homicidio culposo, el cual debería pasar por un principio de oportunidad para que así el patrocinado de Chávarry Carahuatay quede “limpio de polvo y paja”.

Undécimo. El tráfico de influencias es considerado, siguiendo la posición doctrinaria más avanzada y moderna⁶, como un delito de *pacto sceleris*, pues su existencia requiere la presencia de dos personas: un vendedor de humo —intermediario o traficante de influencias— y un comprador de humo —interesado o beneficiario de influencia—. En esencia, es un delito precursor del cohecho. Por tanto, evidencia un adelantamiento de las barreras de protección penal por parte del legislador. En ese sentido, es un delito de peligro abstracto, según los doctrinarios peruanos⁷, aun cuando la redacción típica del Código Penal peruano no contribuye a su clarificación como ocurre con la redacción de los tipos penales de las legislaciones de Argentina y Austria —de las cuales somos tributarios— o de las más avanzadas de España, Francia y Alemania. Debe quedar claro que lo que este tipo penal reprime es la intermediación previa de un acto de cohecho pasivo, de parte de la persona que *afirma tener la influencia suficiente* para determinar que un funcionario o servidor público realice el acto que se ofrece influir. Después, en virtud del convencimiento generado por el agente del delito, se logra, en la fase posterior a la consumación, que el comprador de influencias ofrezca entregar, en tiempo futuro, los medios corruptores, a saber: un donativo, una ventaja o un beneficio de cualquier índole —bienes patrimoniales, reconocimiento, honor, favor sexual, clientelismo político, etc.—⁸.

Duodécimo. En este caso, la absolución se sustentó en que la acción típica de *hacer prometer* un beneficio económico estaba en construcción, por lo que el delito no se habría configurado (tercer párrafo del fundamento 6.14. de la recurrida). Sin embargo, No basta con efectuar un análisis parcial de la comunicación ni de una frase tomada aisladamente. En esa línea, el Tribunal Supremo considera que existe motivación insuficiente y, por tanto, este extremo debe ser decretado nulo.

En la renovación del acto procesal, luego del juicio respectivo, debe existir análisis de lo que se pretende reprimir con el tipo delictivo, del contexto de los hechos imputados y del conjunto probatorio, más aún si la comunicación interceptada con autorización judicial no fue del hecho imputado, sino del relato de este hecho que el encausado brindó. Asimismo, se debe determinar si, de la comunicación telefónica entre IVÁN MARX CAJO GARCÍA y el fiscal Jaime Enrique Ortega Gómez, se puede concluir que el primero hizo prometer al

⁶ NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente (2001) “La configuración típica del delito de tráfico de influencias en las Leyes No. 29703 y 29758. *La vendita di fumo en el pacto sceleris*” en REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2017) *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, segunda edición. Lima: Jurista Editores EIRL, pp. 977 a 1022.

⁷ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2003) *Delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, Lima: Ed. Palestra, p. 528; SAN MARTÍN CASTRO, César / CARO CORIA, Dino Carlos / REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2002) *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir*, Lima: Ed. Jurista, p. 27; ROJAS VARGAS, Fidel (2007) *Delitos contra la administración pública*, Lima: Grijley, p. 786; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2017) *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, segunda edición. Lima: Jurista Editores EIRL, pp. 977 a 1022.

⁸ Al respecto: SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sentencia de Apelación n.º 7-2023, del nueve de enero de dos mil veinticuatro, fundamento de derecho quinto, párrafos quinto a séptimo.

abogado Jesús Chávarry Carahuatay un beneficio económico, lo cual no puede resolverse en esta instancia, dado que tendría que actuarse prueba personal que no fue ofrecida, pero que en un juicio renovado sería ineludible.

Debe tenerse en cuenta que la comunicación entablada entre IVÁN MARX CAJO GARCÍA y el fiscal Jaime Enrique Ortega Gómez no revela un contexto coloquial ni un sentido ambiguo que vuelva explicable la absolución declarada. Tampoco existe pronunciamiento sobre si, como incriminó la Fiscalía, se trataría del *modus operandi* del encausado, que consistía en comunicarse con abogados litigantes para solicitar beneficios indebidos, que no se podría descartar sin analizar el caudal probatorio en su conjunto. La decisión que corresponda deberá ser consecuencia de examinar si esta constante conductual es un indicio revelador de la conducta criminal imputada en el presente caso.

Por esa razón, en la sentencia, tanto si se absuelve cuanto si se condena, debe quedar claro —puesto que sería un acto contraventor de la Convención de Mérida⁹ el generar espacios de impunidad— si en la fase de consumación se efectuó el ofrecimiento de intercesión sin necesidad de que se alcance el agotamiento, vale decir, que el funcionario o servidor a cargo del caso judicial o administrativo realice aquello que fue materia de la influencia. Por lo demás, también debe quedar acreditado el medio corruptor que se recibió, se hizo dar o se hizo prometer.

Decimotercero. En consecuencia, se debe declarar la nulidad de este extremo. Como se insiste, es imposible ejercitar potestad rescisoria respecto de los extremos absolutorios, puesto que no existe manera de auditar una motivación inexistente. Es ineludible el debate sobre los aspectos resaltados. Se impone el régimen del test de nulidad¹⁰.

§ IV. Conclusión

Decimocuarto. La pretensión del MINISTERIO PÚBLICO consiste, en la causa de pedir, en la infracción de la debida motivación por parte de la sentencia de vista y, en el pedido, en la revocatoria de las absoluciones y de la determinación de la pena. La causa de pedir se estima en relación a los defectos de motivación, pero

⁹ Propuesta en Mérida, Yucatán, México, suscrita en Nueva York el 31 de octubre de dos mil tres, aprobada por Resolución Legislativa 28357 del seis de octubre de dos mil cuatro y ratificada por Decreto Supremo 075-2004-RE del catorce de diciembre de dos mil cinco.

¹⁰ Para ser acogido, todo pedido de nulidad debe superar el test de nulidad, que es la técnica de argumentación jurídica por medio de la cual se puede evaluar la validez jurídica de un acto, de un procedimiento o de un conjunto de procedimientos, de tal suerte que solo alcanzando la concurrencia de los requisitos del test puede declararse la nulidad de los actos examinados. Es decir, cualquier sea el caso de la nulidad procesal invocada, se debe acreditar concurrentemente la existencia de los tres principios necesarios para configurarla: el principio de **taxatividad**, el principio de **lesividad o trascendencia** y el principio de **oportunidad**. Cfr. SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Recurso de Casación n.º 499-2014/Arequipa, del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis; Recurso de Casación n.º 736-2016/Áncash, del veintiséis de julio de dos mil diecisiete; Recurso de Casación n.º 1746-2021/Cusco, del trece de octubre de dos mil veintidós; Recurso de Apelación n.º 106-2022/Selva Central, del diecisiete de octubre de dos mil veintidós; Recurso de Casación n.º 495-2022/Nacional, del diecisiete de octubre de dos mil veintidós; Recurso de Casación n.º 973-2022/Ucayali, del catorce de diciembre de dos mil veintidós; Recurso de Casación n.º 2812-2021/San Martín del veinte de febrero de dos mil veintitrés. Así también, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Por todas, la Sentencia n.º 00294-2009-PA/TC Lima, del tres de febrero de dos mil diez.

solo en los extremos absolutorios, que serán declarados nulos. Se rechaza el pedido de revocatoria. El recurso del MINISTERIO PÚBLICO es fundado en parte.

Por otro lado, la impugnación del encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA es plenamente infundada.

§ V. Costas

Decimoquinto. No corresponde imponer el pago de costas al MINISTERIO PÚBLICO, pues su impugnación fue parcialmente exitosa y, por lo demás, está exento de asumir tal obligación, conforme al numeral 1 del artículo 499 y al numeral 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal.

Al impugnante IVÁN MARX CAJO GARCÍA le corresponde el pago de costas. El numeral 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal establece que quien interpuso el recurso sin éxito deberá pagar las costas procesales, las cuales se imponen de oficio, conforme al numeral 2 del artículo 497 del citado código. La liquidación le atañe a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne al juez de investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos que integran la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA (foja 589) contra la sentencia del treinta de noviembre de dos mil veintidós (foja 472), emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Ica.
- II. **DECLARARON FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO PÚBLICO (foja 578) contra la sentencia del treinta de noviembre de dos mil veintidós (foja 472), emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Ica, **en los extremos** que absolvió a IVÁN MARX CAJO GARCÍA de la acusación fiscal por el delito de cohecho pasivo específico —Caso n.º 1— y por el delito de tráfico de influencias —Caso n.º 3—, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito fiscal de Ica. En consecuencia, **en los extremos antes referidos, DECRETARON LA NULIDAD** de la sentencia y **ORDENARON** la renovación del juzgamiento por otro colegiado superior.
- III. **CONFIRMARON** la sentencia del treinta de noviembre de dos mil veintidós (foja 472), emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Ica, que condenó a IVÁN MARX CAJO GARCÍA como autor del delito de cohecho pasivo específico —Caso n.º 2—, en agravio del Estado, representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito fiscal de Ica, le impuso ocho años de pena privativa de libertad, trescientos

sesenta y cinco días-multa, inhabilitación por ocho años, así como la obligación de cancelar S/ 7500 (siete mil quinientos soles) por concepto de reparación civil a favor de la víctima.

- IV. **ESTABLECIERON** que no corresponde imponer el pago de costas al MINISTERIO PÚBLICO. Asimismo, **CONDENARON** al encausado IVÁN MARX CAJO GARCÍA al pago de las costas procesales correspondientes, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.
- V. **DISPUSIERON** que la presente sentencia sea leída en audiencia pública, notificada a las partes apersonadas en esta sede suprema y publicada en la página web del Poder Judicial. Hágase saber, y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LUJÁN TÚPEZ
ALTABÁS KAJATT
SEQUEIROS VARGAS
CARBAJAL CHÁVEZ
MELT/cecv