

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

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

EMITIDAS POR LAS SALAS PENALES
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DURANTE EL PERIODO 2007 - 2017



PERÚ

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

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

Edición Diciembre 2017

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Comisión Especial de Implementación
del Código Procesal Penal

<https://www.minjus.gob.pe/reforma-procesal-penal/>

Scipión Llona N° 350 Miraflores,
Lima 18. Perú

Teléfonos: (511)204-8020

Edición: A cargo de la Secretaría Técnica de la CEI-CPP

Impreso en Perú

Produgráfica EIRL

RUC 20502314379

Jr. Chancay 376 - Lima

produgraficaeirl@hotmail.com

Tiraje: 1000 ejemplares

Distribución Gratuita

Diciembre 2017



PERÚ

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

Despacho
Ministerial

Comisión Especial
de Implementación
del Código Procesal Penal

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

DR. ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ

Ministro de Justicia y Derechos Humanos
Presidente de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal

DR. JUAN TEODORO FALCONI GÁLVEZ

Viceministro de Justicia

Edición al cuidado de:

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

Dr. Edward Alberto Vega Rojas

(Secretario Técnico)

Equipo Responsable:

Carlos Antonio Bazo Ramírez
Carlos Alfredo Marroquín Deza
Lyceth Luisa Flor Sánchez Ponce
Henry Miller Abanto Castro
Luis Eduardo Rodríguez Vergara
Noelia Cárdenas Flores
Rosa Encarnación Guardia Díaz
Paola Cuya Sumalavia
Carlos Alberto Alonso Quispe

Agradecimiento Especial:

Alexander Germán Sánchez Torres
(Secretario de confianza de Juez Supremo de la Corte Suprema de Justicia del Perú)

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

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

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

Diciembre 2017

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Registro N° 201717790

AGRADECIMIENTO INSTITUCIONAL

La presente obra no hubiera sido posible sin la valiosa contribución de los siguientes magistrados y abogados especialistas en materia penal y procesal penal, a quienes la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal les expresa el agradecimiento correspondiente.

- Ramiro Salinas Siccha
- William Quiroz Salazar
- Francisco Celis Mendoza Ayma
- Omar Tello Rosales
- Giammpol Taboada Pilco
- Frank Almanza Altamirano
- William Timaná Girio
- Fany Soledad Quispe Farfán
- Juan Carlos Checkley Soria
- José Domingo Pérez Gómez
- Pedro Miguel Angulo Arana
- Jaime Coaguila Valdivia
- William Arana Morales
- Miguel Wesly Astete Reyes
- Jorge Rosas Yataco
- Raúl Ernesto Martínez Huamán
- José Antonio Huaylla Marín
- Arsenio Oré Guardia
- Gonzalo Del Río Labarthe
- Mercedes Herrera Guerrero
- Luis Miguel Reyna Alfaro
- Eduardo Alcócer Pouis
- Alexander Germán Sánchez Torres
- Vladimir Padilla Alegre
- Raúl Pariona Arana

PRÓLOGO

Constituye para mí un motivo de gran satisfacción prologar la obra titulada ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS CASATORIAS EN MATERIA PENAL Y PROCESAL PENAL, en el marco del Código Procesal Penal de 2004, que es un esfuerzo conjunto de los juristas que participan en su redacción y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos es un acontecimiento especial poder publicar un aporte novedoso, de temas trascendentes que versan sobre el Código Penal y el Código Procesal Penal de 2004 -Decreto Legislativo N° 957, publicada el 29 de julio de 2004-. La obra en comento busca masificar a nivel nacional el conocimiento jurisprudencial y doctrinario sobre los precedentes emitidos por la Corte Suprema, y está dirigida a jueces, fiscales, defensores públicos y privados, procuradores, efectivos policiales y estudiantes de derecho. Para tal efecto se conformó un equipo jurídico de especialistas responsables del comentario de cada sentencia casatoria.

El libro comprende 25 sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema: 7 en materia penal y 18 en materia procesal penal. En general, los temas que son objeto de la presente publicación fueron escogidos por los juristas responsables por su especial relevancia para el ámbito penal y procesal penal. La selección de las Ejecutorias Supremas que se presenta a la comunidad jurídica, interpreta normas jurídicas del sistema penal y procesal penal. A su vez, contiene aspectos problemáticos resueltos en las mencionadas resoluciones y que genera una serie de discusiones académicas por los estudiosos del derecho. Las instituciones comentadas en el presente libro son las siguientes: prisión preventiva, motivación y prueba, diligencias preliminares, impugnación, tutela de derechos, condena del absuelto, casación de oficio, sobreseimiento, complicidad primaria y secundaria, pena, usurpación, proceso inmediato, noción de funcionario público, enriquecimiento ilícito, colusión, lavado de activos, entre otras.

Por último, quiero expresar mis felicitaciones a todos los juristas que contribuyeron en el desarrollo de este trabajo, a la Secretaría Técnica de la Comisión Especial del NCPP del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que viene editando esta publicación, en claro beneficio al Derecho Penal y Procesal Penal para una correcta interpretación y adecuada aplicación de los operadores y estudiosos del Derecho.

Lima, diciembre de 2017

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Juez Supremo Titular

PRESENTACIÓN

La Reforma Procesal Penal ha marcado un hito en la historia de la justicia del Perú, no solo por la incorporación de nuevos paradigmas a nivel normativo, organizacional y de gestión en beneficio del sistema de administración de justicia y de sus usuarios, sino también por la necesidad de consolidar el ansiado cambio cultural en nuestros operadores, con el fin de promover el correcto desarrollo de dicha reforma y de revitalizar el conocimiento del derecho sustantivo para su adecuada interacción dentro del nuevo proceso penal.

Dicho contexto, ubica en situación de prioridad el fortalecimiento de las capacidades y habilidades de los operadores de justicia a nivel nacional, donde el Estado pasa a tener un rol protagónico respecto de tales propósitos para garantizar la sostenibilidad de sus políticas públicas implementadas en dicho sector.

En el marco de dicha responsabilidad estatal, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a través de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal viene implementado una política continua de capacitación a nivel nacional -en los treinta y tres (33) Distritos Judiciales-, focalizada en la realización de diversos eventos de capacitación (congresos, talleres, seminarios, cursos, etc.) de carácter teórico y práctico, así como en la dotación de innumerables materiales jurídicos que permitan promover el aprendizaje y debate en materia penal y procesal penal.

Es bajo ese compromiso asumido, que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, se complace en presentar a la comunidad jurídica y universitaria la obra titulada "Análisis y Comentarios de las Principales Sentencias Casatorias en Materia Penal y Procesal Penal" en un esfuerzo conjunto con veinticinco (25) renombrados especialistas nacionales, que de manera desinteresada y bajo el propósito de masificar el conocimiento jurisprudencial a nivel nacional, han efectuado diversos comentarios, optando por desarrollar con mayor amplitud los alcances de dichas sentencias o por disentir muy respetuosamente en algunos casos a fin de poner en agenda el debate sobre contenidos penales o procesales de compleja interpretación.

Esta obra de compilación jurisprudencial y respectivo análisis ha posibilitado un foro de alocución democrática¹, donde especialistas de diversos Distritos Judiciales del país han expresado desde la óptica judicial, fiscal y de la defensa sus puntos de vista sobre veinticinco (25) sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema de Justicia -siete (7) en materia

1 Para un mayor análisis de la contribución del debate en la ciencia jurídica, puede verse: CONTRERAS ACEVEDO, Ramiro. La importancia del planteamiento epistemológico en el derecho. Revista In Jure Anáhuac Mayab [online]. 2013, año 2, núm. 3, ISSN 2007-6045. Pp. 56-77.

penal y dieciocho (18) en materia procesal penal-, lo cual no hace más que enriquecer sus alcances e interpretación en beneficio del lector.

Cabe resaltar que, las sentencias objeto de análisis, abordan problemáticas esenciales de aplicación y de obligatoria internalización por parte de los operadores de justicia, como son: la inexistencia de prórroga de la prisión preventiva, la casación de oficio, la oportunidad para la realigación del registro personal, la condena del absuelto en segunda instancia, la motivación de la sentencia bajo la prueba indiciaria, el arraigo como presupuesto del peligro de fuga, la actividad probatoria en segunda instancia, el delito flagrante y el proceso inmediato, la teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios, las diferencias entre complicidad primera y secundaria, el delito precedente en el lavado de activos, el estado actual del delito de colusión, entre otras, que son de gran impacto para el sistema de justicia penal.

Asimismo, resulta oportuno poner en valor el esfuerzo de la Corte Suprema de Justicia de la República en la producción de decisiones jurisdiccionales, las cuales están orientadas a fortalecer y consolidar la aplicación de la norma penal y procesal penal, contribuyendo positivamente con el proceso de reforma que afronta nuestro país.

En suma, la presente obra pretende ser un instrumento de consulta inevitable y de contribución para el desarrollo de la ciencia penal y procesal penal, por lo que, en un esfuerzo para lograr dichos objetivos, se pone a disposición de jueces, fiscales, abogados defensores públicos y privados, procuradores públicos, efectivos policiales y estudiantes universitarios, esperando que la misma se constituya en un marco orientador para la correcta administración de justicia penal, en favor de la ciudadanía.

Miraflores, diciembre de 2017

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMÍREZ

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Presidente de la Comisión Especial de Implementación del CPP

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| PRÓLOGO | 07 |
| PRESENTACIÓN | 09 |
| SENTENCIAS CASATORIAS / ANÁLISIS Y COMENTARIOS | |
| 01 CAS. N° 01-2007-HUAURA | 15 |
| Vladimir Padilla Alegre: “Definición y Alcances de la Prisión Preventiva”. | 25 |
| 02 CAS. N° 05-2007-HUAURA | 34 |
| Juan Carlos Checkley Soría: “La Completitud de la Prueba”. | 42 |
| 03 CAS. N° 09-2007-HUAURA | 52 |
| William Quiroz Salazar: “Nueva Prueba y Derecho a la Contradicción”. | 60 |
| 04 CAS. N° 02-2008-LA LIBERTAD | 69 |
| José Domingo Pérez Gómez: “Exégesis de las Diligencias Preliminares”. | 74 |
| 05 CAS. N° 14-2010-LA LIBERTAD | 87 |
| Jaime Coaguila Valdivia: “Tutela de Derechos y Derecho a la Prueba del Sospechoso”. | 96 |
| 06 CAS. N° 73-2010-MOQUEGUA | 104 |
| Jorge Rosas Yataco: “Suñiciencia Probatoria para enervar el Principio de Inocencia”. | 112 |
| 07 CAS. N° 153-2010-HUAURA | 122 |
| William Timaná Girio: “De la Actividad Probatoria en Segunda Instancia”. | 126 |
| 08 CAS. N° 367-2011-LAMBAYEQUE | 135 |
| Mercedes Herrera Guerrero: “Sobre las Diferencias entre Complicidad Primaria y Secundaria”. | 148 |
| 09 CAS. N° 253-2013-PUNO | 157 |
| Fany Quispe Farfán: “El momento para realizar Registro Personal”. | 164 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 10 | CAS. N° 626-2013-MOQUEGUA Arsenio Oré Guardia: “Los Presupuestos Materiales de La Prisión Preventiva”. | 174 200 |
| 11 | CAS. N° 56-2014-AYACUCHO Luis Miguel Reyna Alfaro: “Consideraciones sobre el medio típico en el delito de Usurpación por Turbación de La Posesión”. | 213 222 |
| 12 | CAS. N° 389-2014-SAN MARTÍN Alexander Sánchez Torres: “La Casación de Oficio en la reciente Doctrina Jurisprudencial”. | 232 244 |
| 13 | CAS. N° 413-2014-LAMBAYEQUE Francisco Celis Mendoza Ayma: “La Legalidad del Proceso Impugnatorio”. | 255 269 |
| 14 | CAS. N° 454-2014-AREQUIPA Raúl Pariona Arana: “La Condena del Absuelto”. | 280 289 |
| 15 | CAS. N° 628-2015-LIMA Pedro Angulo Arana: “La Motivación en la Prueba Indiciaria”. | 296 310 |
| 16 | CAS. N° 631-2015-AREQUIPA Gonzalo Del Río Labarthe: “El Arraigo como criterio fundamental para evaluar el Peligro de Fuga”. | 320 328 |
| 17 | CAS. N° 634-2015-LIMA Wesly Astete Reyes: “La Autonomía del concepto penal de Funcionario Público”. | 338 346 |
| 18 | CAS. N° 782-2015-DEL SANTA Ramiro Salinas Siccha: “La Teoría de Infracción de Deber en los delitos de Corrupción de Funcionarios”. | 355 365 |
| 19 | CAS. N° 147-2016-LIMA William Arana Morales: “La Prórroga de La Prisión Preventiva y La Modificación de Oficio del Plazo de Prolongación de Prisión Preventiva en La Instancia de Apelación” | 388 402 |
| 20 | CAS. N° 336-2016-CAJAMARCA Eduardo Alcócer Pouis: “Consideraciones acerca de la aplicación de la reducción de pena por razones de edad en los Delitos Sexuales”. | 414 424 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 21 | CAS. N° 661-2016-PIURA | 432 |
| | Raúl Martínez Huamán: “Estado actual del delito de Colusión”. | 449 |
| 22 | CAS. N° 760-2016-LA LIBERTAD | 461 |
| | José Antonio Huaylla Marín: “Naturaleza jurídica de los elementos de conuicción en el Req. Acusatorio y Causales de Sobreseimiento como control sustancial”. | 481 |
| 23 | CAS. N° 842-2016-SULLANA | 492 |
| | Giammpol Taboada Pilco: “Sobre el delito flagrante en el Proceso Inmediato”. | 501 |
| 24 | CAS. N° 1027-2016-ICA | 512 |
| | Omar Tello Rosales: “Efectos de la Cosa Juzgada Civil en el Proceso Penal”. | 519 |
| 25 | CAS. N° 92-2017-AREQUIPA | 525 |
| | Frank Almanza Altamirano: “¿El delito precedente o el origen ilícito es elemento normativo del delito de Lavado de Activos?”. | 554 |
| | ANEXO: Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 | 567 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 609 |

01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 01-2007
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de julio de dos mil siete.-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** por inobservancia de norma procesal interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete -y no dos mil seis como erróneamente se ha consignado-, que revocando el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis, declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del incidente en primera instancia.

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial de Huaura mediante requerimiento de fojas ochenta y seis, del veinte de diciembre de dos mil seis, cursado al señor Juez de la Investigación Preparatoria de Huaura, solicitó se dicte la medida de coerción personal de prisión preventiva contra Jimmy Edinho Cauero Ramírez, Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cauero Ramírez, al amparo de los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, quienes tienen formalizada investigación preparatoria, el primero, por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O; y, las dos restantes, por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado.

SEGUNDO: El señor Juez de la Investigación Preparatoria mediante decreto de fojas noventa y seis, del veintiuno de diciembre de dos mil seis señaló fecha para la audiencia de prisión preventiva. La audiencia se realizó al día siguiente sin la concurrencia de los imputados, pero con la asistencia de sus abogados defensores de confianza. Intervino en la audiencia el señor Fiscal Provincial requirente.

El debate se concretó en la posibilidad de realizar la audiencia de prisión preventiva sin la concurrencia de los imputados y sin antes haberse dictado o en su caso efectivizado mandato de detención preliminar.

Contra el imputado Cauero Ramírez, previamente se había dictado mandato de detención preliminar -sin que haya podido concretarse-. Las encausadas Ramírez Ramos y Cauero Ramírez no han sido pasibles de tal medida provisionalísima porque el correspondiente requerimiento fiscal fue rechazado por el Juez de la causa.

TERCERO: El señor Juez de la Investigación Preparatoria, en ese acto, dictó el auto corriente a fojas ciento tres que declaró infundado el pedido de la Fiscalía Provincial de realización de la audiencia de requerimiento de prisión preventiva, sin presencia de los imputados.

Contra esa resolución recurrió la citada Fiscalía Provincial por escrito de fojas ciento seis y el actor civil por escrito de fojas ciento trece. Ambas impugnaciones fueron concedidas.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal por resolución de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de enero de dos mil siete, señaló fecha para la audiencia de apelación. Esta se realizó, conforme al acta de fojas ciento cuarenta y cinco, del veintiséis de enero de dos mil siete, con la intervención del Fiscal Superior, el abogado defensor de oficio del imputado, la defensora de confianza de las encausadas, y la asistencia de estas últimas: Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cauero Ramírez. En la audiencia se expidió tanto el auto de fojas ciento cuarenta y siete, del veintiséis de enero de dos mil siete, que declaró inadmisibles la apelación del actor civil, cuanto el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, de la misma fecha, que absolvió el grado.

QUINTO: El auto de vista recurrido en casación, por mayoría, revocó la resolución del Juez de la investigación Preparatoria que declaró infundado el pedido del Fiscal para la realización de la audiencia de prisión preventiva; y, reformándola, lo declaró improcedente. Precisó, a su vez, que el Señor Fiscal puede instar la prisión preventiva en su debida oportunidad con arreglo a ley.

El voto singular estimó, en principio la procedencia del pedido del Ministerio Público, pero como no se había notificado a las partes en forma oportuna, debía anularse la resolución de primera instancia y disponerse que el Juez de la Investigación Preparatoria realice nueva audiencia de prisión preventiva con el emplazamiento oportuno a las partes.

III. Del trámite del recurso de casación de la señora Fiscal Adjunta Superior.

SEXTO: Notificado el auto de vista, la señora Fiscal Adjunta Superior interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento setenta. Introdujo dos motivos de casación: errónea interpretación de la ley penal y defecto de logicidad. Concedido el recurso por auto de fojas

ciento setenta y ocho, del quince de febrero de dos mil siete, y presentado argumentos adicionales por escrito de fojas ciento noventa y tres, aceptados por resolución de fojas doscientos uno, del veintiuno de febrero de dos mil siete, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha siete de marzo de dos mil siete.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del diecisiete de mayo de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, sólo admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de norma procesal -previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal-, así como declaró inadmisibile el citado recurso por el motivo de defecto de logicidad.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día seis de agosto próximo a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas catorce, del cuaderno de casación, del diecisiete de mayo de dos mil siete, el único motivo de casación admitido es el de inobservancia de norma procesal. Al respecto la señora Fiscal Adjunta Superior sostiene en sus recursos formalizados de fojas ciento setenta y ciento noventa y tres -más allá de su confusa argumentación- que no es necesario para requerir prisión preventiva que antes se haya solicitado y obtenido mandato de detención preliminar; que los presupuestos materiales del pedido de prisión preventiva no incorporan la necesidad de que el imputado esté presente o haya sido previamente detenido; y, que lo único consustancial a la audiencia de prisión preventiva es que se garantice el derecho de defensa.

SEGUNDO: El auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

A. Que el Fiscal Provincial requirió la medida de detención preliminar contra el imputado Jimmy Edinho Cavero Ramírez el dieciocho de noviembre de dos mil seis, la cual fue concedida ese mismo día por el Juez de la Investigación Preparatoria. Con fecha catorce

de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra el citado imputado Jimmy Edinho Cauero Ramírez por delitos de secuestro y violación en agravio de la menor R.K.R.O. y contra Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cauero Ramírez por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado, no obstante que el día anterior había requerido contra las dos últimas mandato de detención preliminar y que había sido rechazado. El veinte de diciembre de dos mil seis el Fiscal Provincial solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria mandato de prisión preventiva para los tres imputados -que no fue aceptado-, y con fecha nueve de enero de dos mil siete formuló acusación contra los tres encausados, sin que al dictar la primera Disposición haya ordenado la realización de diligencias de investigación.

B. Que, ahora bien, conforme al artículo doscientos sesenta y cuatro apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal, para que el Fiscal requiera prisión preventiva el imputado debe encontrarse detenido –en flagrancia por la Policía, arresto ciudadano o preliminarmente por orden judicial–.

C. Que contra el imputado Jimmy Edinho Cauero Ramírez el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal Provincial, dictó mandato de detención preliminar, pero no se efectivizó, al punto que el citado encausado se fugó al extranjero. Contra las encausadas Anyela Cinthia Cauero Ramírez y Margarita Ramírez Ramos el Fiscal también solicitó mandato de detención preliminar, pero fue rechazado por el Juez de la Investigación Preparatoria, mediante resolución que no fue impugnada por el Fiscal requirente.

D. Que para que se requiera prisión preventiva por primera vez es necesario que el imputado esté detenido por la Policía mediando flagrancia o por orden detención preliminar del Juez. Además, la audiencia de prisión preventiva se debe celebrar con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y de su defensor.

Si bien el artículo doscientos setenta y uno apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal establece que cuando el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el de oficio, debe entenderse que tiene que encontrarse detenido y en esa condición negarse a concurrir a la audiencia. Distinta es la situación –insiste el Tribunal de Apelación– cuando ya existe formalización de la investigación preparatoria y al imputado se le ha impuesto medida de comparecencia, en cuyo caso se podrá solicitar la diligencia de variación de dicha medida por la de prisión preventiva. Además –entiende el Tribunal Superior–, si se rechazó la medida de detención preliminar o no se solicitó medida alguna contra un imputado ya no se puede requerir mandato de prisión preventiva al no tener la condición de detenido, sólo puede instarse la medida de comparecencia restrictiva o impedimento de salida del país.

TERCERO: La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida; y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, variarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris*. Por lo demás, la denominada “casación formal o por quebrantamiento de forma” está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes.

Por consiguiente, para el análisis del recurso se tiene lo siguiente:

A. Que el Fiscal Provincial había iniciado diligencias preliminares a raíz de un secuestro y ulterior abuso sexual violento que sufrió la menor R.K.R.O., de dieciséis años de edad, en la que comprendió tanto a Jimmy Edinho Cauero Ramírez, sindicado como el secuestrador y agresor sexual, cuanto a Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cauero Ramírez, por proporcionar a sabiendas versiones falsas para confundir a la justicia acerca del paradero del imputado Jimmy Edinho Cauero Ramírez.

B. Que, en sede de diligencias preliminares, el Fiscal solicitó la medida de detención preliminar contra los tres imputados, pero el Juez de la Investigación Preparatoria sólo aceptó dictarla contra Jimmy Edinho Cauero Ramírez, orden que finalmente no se efectivizó, al punto que el citado encausado pudo huir hacia la Argentina.

C. Que, posteriormente, el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria contra los tres inculpados, luego requirió mandato de prisión preventiva -objeto de recurso de casación- y, finalmente, formuló acusación contra los tres.

D. Que a la audiencia de prisión preventiva, en primera instancia, no asistieron los encausados -imposible de parte del imputado Jimmy Edinho Cauero Ramírez por haber huido a la Argentina- pero sí sus abogados de confianza. En la audiencia de apelación asistieron las encausadas por delito de falsedad en juicio, el abogado defensor de oficio del imputado Jimmy Edinho Cauero Ramírez y el abogado de confianza de las otras dos inculpadas. En ambas audiencias el debate se circunscribió a la posibilidad legal de solicitar la prisión preventiva y al debido u oportuno emplazamiento de las dos encausadas.

CUARTO: La medida de coerción personal de prisión preventiva está regulada en el Título III de la Sección III del Libro Segundo del Nuevo Código Procesal Penal. Concretamente, los

presupuestos materiales y formales, que determinan su imposición, a la vez que el trámite para dictarla, están previstos en el Capítulo I del referido Título, que consta de cuatro artículos: del doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno.

No constituye presupuesto material de dicha medida personal, como claramente fluye del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención, en cualquiera de sus modalidades. La Ley sólo exige implícitamente, por la propia naturaleza de una medida de coerción procesal de intensa limitación de derechos fundamentales, de presupuestos materiales más rigurosos, y de efectos temporales más intensos, como es la prisión preventiva, que sólo pueden tener lugar en los ámbitos de una investigación preparatoria formal, vale decir, que se haya dictado la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria a que hace referencia el artículo trescientos treinta y seis del Nuevo Código Procesal Penal [sólo por esa circunstancia es lógico que el artículo doscientos sesenta y cuatro, apartado uno, del Nuevo Código Procesal Penal, insista que luego de la detención policial de oficio o preliminar judicial el pedido de prisión preventiva está condicionada a la “...*continuación de las investigaciones*...”, esto es, como no puede ser de otra forma, a la mencionada Disposición Fiscal]; y, además, para que el Fiscal pueda obtener una decisión favorable del Juez de la Investigación Preparatoria, se debe probar la concurrencia de los presupuestos establecidos en el apartado uno, y en su caso el dos, del artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal. No existe, ni puede configurarse pretoriana o judicialmente, presupuesto adicional, al que dicha norma prevé.

Por consiguiente, el imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones procesales. Así, puede estar detenido policialmente en los supuestos de flagrancia delictiva o por previo arresto ciudadano o detenido preliminarmente por orden judicial, conforme a los artículos doscientos cincuenta y nueve, doscientos sesenta y doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, puede encontrarse, de facto, en la condición de no habido –sea que se hubiera fugado antes de ser capturado en flagrancia por la policía o que ésta, pese al mandato judicial de detención preliminar, no haya podido capturarlo- o sin medida coercitiva personal alguna porque el Fiscal no la solicitó ante el Juez de la Investigación Preparatoria, sea por la razón que fuere.

QUINTO: El Tribunal de Alzada, como fluye del auto recurrido, traza una vinculación estricta entre detención y prisión preventiva, y a partir de ese entendimiento estima que es imprescindible a la prisión preventiva -y condición para su imposición- la medida de detención, de suerte que si ésta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, no es posible solicitar aquélla y menos concederla.

Ese entendimiento no es correcto. La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima -caracterizada por su brevedad y su limitación temporal- de naturaleza estrictamente cautelar -evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia- y dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables -por ejemplo, y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses-, amén de sustentada en supuestos notorios de evidencia delictiva, tales como la flagrancia, o, según el caso, razones plausibles de comisión delictiva [sospechas o indicios concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito]; no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva.

La prisión preventiva, como fluye de las normas antes citadas, es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba [no se le puede atribuir el papel de instrumento de la investigación penal ni tiene un fin punitivo]. Está sometida, en comparación con la detención, y prevista para un período de tiempo más lato, a requisitos más exigentes -cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él-, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican -sometida con más rigurosidad formal y material a los principios de necesidad y de motivación-.

Siendo así, tal y como está prevista la detención en el Título II de la Sección III “Las medidas de coerción procesal”, responde tanto a la necesidad imperiosa de poner fin a la ejecución de un delito o hacer cesar sus efectos lesivos inmediatos, como a la urgencia de garantizar la presencia judicial del imputado -evitando su fuga- y de realizar con el concurso de aquél actos de investigación y de aseguramiento inaplazables -carácter adicional de erigirse en un acto de investigación indirecto-. En consecuencia, esta medida cautelar personal y provisionalísima será o no necesaria según las características y entidad del caso concreto, y su pedido judicial -detención preliminar y, de ser el caso, ulterior convalidación extensiva, a que hace referencia el artículo doscientos sesenta y seis del Nuevo Código Procesal Penal- corresponderá exclusivamente a la estrategia y planteamiento de la investigación que autónomamente, y bajo su responsabilidad, decida el Fiscal Provincial.

SEXTO: Es cierto, desde luego, que una vez que se detenga policialmente a una persona -ver artículos doscientos cincuenta y nueve y doscientos sesenta apartados dos del Nuevo Código Procesal Penal- o cuando el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal, dicte y se

ejecute una medida de detención preliminar -ver artículo doscientos sesenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal-, el régimen legal o situación jurídica del imputado y de las diligencias preliminares -dada la limitación del derecho fundamental a la libertad personal- están severamente circunscriptas y sometidas a reglas de procedimiento específicas, a tenor de los artículos doscientos sesenta y cuatro y siguientes del Nuevo Código Procesal Penal -que incluso puede dar lugar a un pedido de convalidación de la detención, a su extensión temporal, conforme al artículo doscientos sesenta y seis-. Sin embargo, ello no da pie a inferir que siempre es del caso pedir detención preliminar en aras, luego, de instar la prisión preventiva; y, menos, que si se intenta esa medida provisionalísima y el Juez no la acepta, está vedado requerir la medida de prisión preventiva en una oportunidad posterior de incorporarse -claro está- más elementos de investigación o de prueba en orden a los presupuestos que la condicionan -artículo doscientos cincuenta y cinco apartado dos del Nuevo Código Procesal Penal-. Como se ha indicado, el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, que regula los presupuestos materiales para dictar dicha medida provisional personal, no lo impone, ni por su propia lógica institucional podía hacerlo.

SÉPTIMO: La audiencia de prisión preventiva, regulada por los apartados uno y dos del artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal, prevé varias exigencias para que pueda emitirse válidamente un mandato de prisión preventiva o, alternativamente, una medida de comparecencia restrictiva o simple -ver apartado cuatro-. Son: **a)** requerimiento o solicitud del Ministerio Público; **b)** realización de la audiencia de prisión preventiva dentro del plazo legal de las cuarenta y ocho horas siguientes a su requerimiento; y, **c)** concurrencia a la audiencia del Fiscal requirente, del imputado y de su defensor -si no asiste el defensor de confianza o el imputado no lo tiene se le reemplaza en el acto o interviene el defensor de oficio-.

Es particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo doscientos setenta y uno del Nuevo Código Procesal Penal: ***“...Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso”***. No es, pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; es sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal -si lo hubiere señalado-, o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido [con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional -en cuanto acceso al proceso- y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal]. Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido -lo que denota imposibilidad material del Juez para emplazarlo- o porque, sencillamente, no quiere hacerlo -en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal-, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio.

Lo expuesto permite entender en su justo alcance **(i)** la situación del imputado previa al pedido de prisión preventiva -puede estar o no detenido-, **(ii)** los presupuestos para la expedición de la resolución de citación para la realización de la audiencia respectiva -el juicio de admisibilidad está condicionado a la existencia de un imputado en estricto sentido, que contra él se haya dictado una Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria-, y **(iii)** las exigencias para la propia instalación y desarrollo de la audiencia -citación debida, presencia obligatoria del Fiscal y del abogado defensor, y, en caso de ausencia del imputado, constatación previa de una situación de inasistencia voluntaria por razones derivadas de su actitud anterior a la convocatoria a la audiencia (ausencia, contumacia, fuga o no presencia pese su emplazamiento a los actos de investigación) o como consecuencia de una decisión, intencional o negligente, de incomparecencia ante la citación judicial-.

OCTAVO: En virtud a lo precedentemente expuesto, es de concluir que el Tribunal de Alzada, al igual que el Juez de la Investigación Preparatoria, inobservaron las exigencias establecidas por el artículo doscientos sesenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal y tergiversaron los alcances de los artículos doscientos sesenta y uno y doscientos sesenta y cuatro del mismo Código en relación con la norma anteriormente citada [el Tribunal de Apelación, incluso, asumió la existencia de un presupuesto formal del pedido de prisión preventiva: el previo mandato ejecutado de detención preliminar, sin base legal que lo ampare]. Sobre esa consideración, el Juez de la Investigación Preparatoria limitó indebidamente el ámbito de la audiencia de prisión preventiva y no decidió sobre el fondo del asunto, sin dar pie además, pese a ser el objeto central de la misma, a un debate oral sobre el mérito del requerimiento fiscal. Por ello, y como hace falta realizar en forma la audiencia de prisión preventiva con las citaciones correspondientes, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres apartado uno del Nuevo Código Procesal Penal-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de norma procesal -artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por la señora FISCAL ADJUNTA SUPERIOR DE HUAURA contra el auto de vista que revocando el auto de primera instancia declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva. En consecuencia: **NULO** el auto de vista de fojas ciento cuarenta y ocho, del veintiséis de enero de dos mil siete, e **INSUBSISTENTE** el auto de primera instancia de fojas ciento tres, del veintidós de diciembre de dos mil seis.

II. ORDENARON que el Juez de la Investigación Preparatoria realice la audiencia de prisión preventiva y, cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una resolución sobre el fondo del asunto.

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

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

SS.

SALAS GAMBOA

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

URBINA GANVINI

EL INICIO DE LA VERDADERA REFORMA PROCESAL EN EL PERÚ: DEFINICIÓN Y ALCANCES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA - CASACIÓN 01-2007-HUaura

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: VLADIMIR PADILLA ALEGRE¹

1. SUMILLA:

La restricción de la libertad siempre tiende a generar polémicas, pues, las consecuencias, luego de aplicarlas, se vuelven irreparables, por lo que su imposición siempre debería ser de manera excepcional. La prisión preventiva es una de las medidas de coerción personal más intensa y perjudicial hacia una persona, a pesar de no habersele declarado culpable, por lo que requiere de definiciones claras y alcances precisos. Veremos que esta casación es importante, no sólo por ser la primera sino porque demostró el verdadero inicio de la reforma procesal en el Perú, al definir a la Prisión Preventiva y dejar de lado las interpretaciones erróneas en cuanto a su aplicación y con ello se solventó el correcto desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

2. INTRODUCCIÓN

Todas las personas deseamos vivir en armonía y por ello es que aceptamos que el Estado pueda regular los supuestos de restricción de la libertad a través de leyes, y aceptamos ello, en tanto no se lesionen de manera absoluta y definitiva los derechos fundamentales consagrados en la Const.

En esa línea, si bien "(...) **Los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia y, sobre todo, a la protección de los más débiles (...)**"², los mismos no son absolutos.

Con la finalidad de lograr una convivencia pacífica, el Estado está legitimado para restringir la libertad ambulatoria, con la finalidad de lograr los fines del proceso pero ello no implica que esto sea una facultad ilimitada del Estado, porque **"Ningún hombre ha dado gratuitamente parte de su libertad propia con solo la mira del bien público: esta quimera no existe sino en las novelas. Cada uno de nosotros querría, si fuese posible, que no le ligasen los pactos que ligan a los otros"**³.

1 Profesor de Derecho Procesal Penal en la Academia de la Magistratura y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 FERRAJOLI. Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 16.

3 BECCARIA. **Tratado de los delitos y de las Penas**. México: Editorial Porrúa, 1997, p. 10.

Tenemos que ser conscientes que la restricción de la libertad no solo limita la libertad ambulatoria, limita y vulnera otros derechos fundamentales, como la dignidad, el trabajo, la educación, la salud, la intimidad y la autorealización de la persona, por lo que ello solo encontrará justificación cuando haya una sentencia condenatoria; sin embargo, la misma podrá imponerse, por necesidad y cuando no exista otra medida que pueda evitar entorpecer las diferentes etapas del proceso, (investigación preparatoria, intermedia o del juzgamiento). La prisión preventiva siempre es la excepción, nunca la regla⁴.

En los últimos tiempos, en el Perú, en la gran mayoría de los casos expuestos ante la prensa, con frecuencia, se dictan prisiones preventivas, sin considerar, aparentemente, lo gravoso y perjudicial de dicha medida, cuando tranquilamente se podría haber dictado o mantenido otra medida de coerción personal mas proporcional. Así, se pierde la excepcionalidad de la prisión preventiva para los casos violentos y que no se pueda garantizar su debido desarrollo; pero se contenta a la población, la que cree que se facilita y evidencia tranquilidad y justicia, sin poder reconocer que se debilita la vigencia de derechos fundamentales, cuando su aplicación es generalizada sin lograr mayor tranquilidad y más justicia.

Pero esto, lo que ocurre en el Perú no es novedoso ni escandaloso, sino que nos hemos acostumbrado a ello, porque ya el maestro Carnelutti nos advertía de ello en el siglo pasado, al decirnos: “(...) **Un poco en todos los tiempos, pero en la época actual cada vez más, interesa el proceso penal a la opinión pública**” (...) **“La gente se interesa por ellos; sobre los procesos penales llamados célebres, se lanza ávidamente la curiosidad del público. Y es también una forma de diversión; se evade de la propia vida ocupándose de la vida de los demás. (...)**”⁵

Aquella persona que sufrió prisión preventiva y posteriormente es reconocida como no culpable, no tendrá disculpas públicas ni indemnización, tan solo amargos recuerdos, pues, debe quedar claro que el daño está hecho y los daños como la pérdida de la libertad y con frecuencia la destrucción de las relaciones familiares y laborales no son reparables.

Por ello es sumamente importante reconocer que la prisión preventiva nunca debe ser la regla y se debe analizar adecuadamente su procedencia o no.

4 Al respecto puede revisarse también HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASIE, Julián. **Derecho Procesal Chileno**. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 389. Y también puede consultarse a LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. **Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)**. San José: Editora Dominga, 5ta edición, 2012, p. 235 y siguientes.

5 CARNELUTTI, Francesco. **Las Miserias del Proceso Penal**. México: Editorial Jose M. Cajina, Jr, 1957, p. 13.

Si bien es vital la presencia del Estado para el desarrollo de una sociedad y que sus acciones guarden perfecta armonía con la vigencia de los derechos fundamentales, también es importante reconocer, que nadie quiere o permitiría que se le restrinjan sus derechos, sobretodo el de la libertad ambulatoria sin un fundamento muy importante, por lo que se necesitan y exigen reglas claras sobre ello.

El establecimiento de un nuevo ordenamiento procesal penal siempre ha traído sus detractores y, en ese sentido, el CPP no ha sido ajeno, por lo que, si bien fue publicado en el año 2004, entró en vigencia de manera progresiva en el Perú a lo largo de los diferentes años, pero que aún no encuentra el respaldo político y una voluntad verdadera para que esté vigente en todo el país.

El primer distrito judicial donde se eligió que entre en vigencia el CPP fue el de Huaura, y así fue que en julio del año 2006 empezó el CPP a entrar en vigencia en este distrito judicial; por lo que, como era de esperarse, la primera casación debería de llegar de este distrito judicial y así fue.

3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE CASACIÓN

En la sentencia de Casación N° 01-2007 del 26 de julio de 2007⁶, casi un año después de la entrada en vigencia del CPP, se abordó un problema de aplicación respecto de la Prisión Preventiva.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema fue la competente para resolver el recurso de Casación y muy de seguro consideró que era importante fijar los lineamientos para imponer la prisión preventiva, estableciendo que no se hace necesario dictar previamente una detención preliminar, así como sostener que no era obligatoria la presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva.

Debemos tener en claro que la Corte Suprema pudo haber considerado que el tema no era de aquellos contemplados en la norma procesal, sin embargo, debido a los problemas de interpretación, la máxima instancia consideró oportuno analizar el recurso de casación planteado y con ello evitar una inadecuada interpretación sobre la aplicación de la prisión preventiva.

6 Se puede revisar su contenido y alcances en el siguiente link: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/Documentos/CortesSuperior/Huaura/Cas0001-2007_SentenciaCas.pdf.

La ponencia que sustentó la sentencia casatoria fue elaborada por el profesor y juez Supremo César San Martín Castro⁷ se establecieron las reglas que deben definir a la Prisión Preventiva⁸.

3.1 Antecedentes procesales relevantes

De acuerdo a lo desarrollado en la casación materia de comentario, durante la realización de diligencias preliminares, la fiscalía solicitó la imposición de una detención preliminar contra la persona investigada por los delitos de secuestro y violación sexual, la cual fue aceptada por el Juez de Investigación Preparatoria; asimismo, solicitó contra otras dos personas la detención preliminar por la comisión del delito de falsedad en juicio, lo cual no fue aceptado por el Juzgado.

Posteriormente, el fiscal dispuso la formalización de la investigación preparatoria contra todos los investigados, por los delitos mencionados anteriormente, luego de lo cual, solicitó contra todos el pedido de prisión preventiva.

3.2 Aspectos procesales de importancia

Debemos empezar indicando que todos los sujetos procesales no tienen el derecho o la legitimidad de acudir ante la Corte Suprema, como expresión del derecho al recurso; porque en el ordenamiento procesal peruano se ha establecido que las decisiones trascendentes o denominadas de fondo, que pongan fin a la instancia, siempre tienen la posibilidad de ser cuestionada a través de una impugnación, pero ello no quiere decir que todas las demás resoluciones puedan ser cuestionables. Así el ordenamiento nos garantiza doble instancia para decisiones de fondo⁹, pero no que las mismas, una vez emitida el fallo de segunda instancia, podrán ser también vistos, por infracciones a la ley o la Constitución, en la Corte Suprema.

Es importante tener en consideración que existe la facultad de cuestionar toda decisión judicial, porque "(...) **El derecho al recurso es pues, un medio imprescindible para que los que son parte en un proceso puedan, colaborar y coadyuvar en el referido proceso, (...)**"¹⁰; sin embargo, el derecho al recurso no es del todo absoluto, porque no es que se pueda cuestionar de manera ordinaria toda decisión judicial, como por

7 Los demás miembros que integraron dicho colegiado fueron los señores magistrados Salas Gamboa, Príncipe Trujillo, Caderón Castillo y Urbina Ganuini

8 Posteriormente también se ha tratado aspectos relevantes relacionados con la Prisión Preventiva, como por ejemplo se puede observar en la Casación 626-2013 Moquegua.

9 Al respecto se puede revisar el artículo 1.4 del título preliminar del CPP.

10 SUAU MOREY, Jaime. *Tutela Constitucional de los Recursos en el Proceso Penal*. Barcelona: Editorial J.M Bosch, 1995, p. 29.

ejemplo las emitidas en segunda instancia.¹¹

Es por ello, que **“El recurso de casación (...), es un recurso extraordinario y devolutivo contra ciertas sentencias y autos definitivos. Su carácter extraordinario, es decir, el hecho de admitirse solo para denunciar determinadas irregularidades legalmente tasadas, comporta que el recurso de casación no suponga la apertura de una segunda instancia”^{m2}**, por ello no está pensado en la persona involucrada en el caso, sino en la comunidad jurídica.

Como se sostiene de manera uniforme, la casación **“(...) está concebida desde sus orígenes históricos para desempeñar preponderadamente una función nomofiláctica, es decir, para asegurar la aplicación uniforme de la legalidad penal –procesal y sustantiva-, en todo el Estado, evitando así que la disparidad o divergencia de criterios interpretativos entre los numerosos Tribunales penales diseminados en su territorio provoquen irritantes desigualdades de trato con base en una legalidad única” (...)**¹³.

En la casación 001-2007 se han reconocido los siguientes hechos de importancia:

3.2.1. La Fiscalía Provincial Penal de Huaura solicitó la Prisión Preventiva contra los tres investigados y se llevó a cabo la Audiencia de Prisión Preventiva ante el Juez de Investigación Preparatoria, diligencia a la cual no asistió ninguno de los procesados, pero sí asistieron sus abogados defensores. (Considerando Segundo de la Casación de los Fundamentos de Hecho).

3.2.2. Se discutió si era posible realizar la audiencia de Prisión Preventiva sin presencia de los imputados así como si era posible pedir dicha medida de coerción personal sin haberse ejecutado la detención preliminar (como ocurría en el caso de uno de los investigados) o sin haber sido solicitada la misma previamente (como ocurrió con otras dos investigadas). El juez decidió que debía rechazarse el pedido de prisión preventiva porque no se contaba con la presencia de los imputados. (Considerando Segundo de la Casación de los Fundamentos de Hecho).

3.2.3. La Sala de Apelaciones consideró que para solicitar la prisión preventiva era requisito que se haya aceptado previamente el pedido de detención preliminar y que se haya ejecutado el mismo, por lo que en caso ello no hubiera ocurrido, no era posible

11 Al respecto podemos observar que el CPP recoge un sistema de impugnación restringido, pudiéndose solo impugnar aquello que está permitido por la Ley (Art. 1.4 del título preliminar y Art. 404.1 del CPP).

12 ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 309.

13 Ídem.

solicitar la medida de Prisión Preventiva, ni mucho menos concederla. En tal sentido, el razonamiento del “Tribunal de Alzada” desarrolla un argumento que sostiene y vincula de manera estricta la detención preliminar y prisión preventiva, de manera que la primera medida de coerción personal devendría en un requisito indispensable para la solicitud y otorgamiento de la segunda. (Considerando Quinto de la Casación de los Fundamentos de Derecho).

3.2.4. El Fiscal Superior Penal interpuso Recurso de Casación contra el pronunciamiento de la Sala de Apelaciones, motivando el mismo en dos supuestos: i) errónea interpretación de la Ley penal, y; ii) defecto de logicidad¹⁴. No obstante, la Corte Suprema solo admitió la Casación por el motivo de **“inobservancia de norma procesal”** (presupuesto no invocado pues es distinto al de errónea interpretación de la ley penal).

En esa línea podemos advertir que el recurso de Casación presentado por la Fiscalía Superior habría sido sustentado en la causal descrita en el artículo 429°.3 del CPP¹⁵, esto es: **“Son causales para interponer recurso de Casación (...) 3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”**. Sin embargo, del tenor de la Casación comentada no se advierte la invocación de dicha causal en específico, sino aquella prevista en el inciso 2 por inobservancia de norma procesal: **“Son causales para interponer recurso de Casación (...) 2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad”**.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema habría emitido un pronunciamiento, tanto en la admisión del recurso como en el pronunciamiento de fondo, sobre la base de una causal no invocada por la Fiscalía Superior Penal, lo que en puridad llama la atención ello.

Esto último podría dar lugar a que la Corte Suprema hubiera podido desestimar el recurso de casación presentado por cuanto no existía infracción de la ley penal, en sentido estricto, sin embargo, sin indicarlo de manera expresa, se evidencia la corrección –conforme se señala en la parte dispositiva- advirtiéndose con ello la posible aplicación del Principio de ***Iura Novit Curia***.

Se puede apreciar que la Suprema consideró que siendo excepcional el recurso de casación presentado, era indispensable emitir pronunciamiento y evitar que se siga interpretando indebidamente las reglas que deberían regir la audiencia de prisión preventiva.

14 Se puede apreciar en el Fundamento Sexto de los Fundamentos de Hecho.

15 Aparte de la contenida en el Art. 429° numeral 4, la cual no fue aceptada por defecto de logicidad.

Así la Corte Suprema ha sabido establecer que el pedido u otorgamiento de detención preliminar no es requisito para pedir prisión preventiva y ello no solo es así porque la Ley no lo exige sino porque el pedido de formalización preparatoria no está condicionado a la existencia de diligencias preliminares.

En efecto, las etapas que podrían existir dentro de un proceso penal son; i) la investigación preparatoria; ii) la etapa intermedia y iii) la etapa de juicio oral; pero estas etapas no son obligatorias, porque podría existir la primera pero no pasar a la segunda, como por ejemplo la muerte del investigado, lo cual conllevaría a la extinción de la acción penal, ni tampoco necesariamente existirá juicio oral porque existe etapa intermedia, porque en esta última puede existir un sobreseimiento por ejemplo.

El inicio de la investigación preparatoria, no está subordinado a que exista una diligencia preliminar, cada una tiene una finalidad distinta, conforme se aprecia respectivamente en los artículos 336.1º y 330.2º del CPP, por lo que podría existir, como en los casos de flagrancia delictiva, una investigación preparatoria sin diligencias preliminares, por lo que sustentar como requisito de la prisión preventiva la preexistencia de las diligencias preliminares, es un razonamiento inadecuado, pues, de seguir el mismo, nos veríamos imposibilitados de imponer prisión preventiva en un caso de un homicidio culposo por conducción en estado de ebriedad y con pluralidad de víctimas, lo cual no es aceptable.

Dicho esto, veremos que no es exigible para pedir y aplicar el pedido de prisión preventiva, el contar previamente con diligencias preliminares que posibiliten en esta fase, solicitar y obtener una detención preliminar, que encima deba ser ejecutada, ello sería no solo insostenible sino también algo desacertado.

En cuanto a la presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva, debe salvaguardarse la posibilidad de que el mismo pueda acudir a la misma, porque no se puede supeditar una actuación judicial a la voluntad del investigado, porque, como es obvio al estar en discusión su libertad, sabiendo que puede que la audiencia no se realizará por su inasistencia, no iría, deviniendo en inaplicable en la práctica la prisión preventiva.

Es preciso señalar que ello no vulnera el artículo 8.1 de la Convención Americana, que consagra como garantía judicial el derecho de toda persona a ser oída, pues, también es deber de los Estados perseguir los delitos y sancionar los mismos, y lo que si se debe respetar es el correcto ejercicio del derecho de defensa, el cual se debe respetar en todo pedido de prisión preventiva con la debida notificación a los sujetos procesales legitimados para ello.

El pedido y el desarrollo de una audiencia de Prisión Preventiva, tiene un carácter marcadamente técnico, por lo que debe velarse porque el imputado tenga una defensa técnica que pueda desvirtuar el pedido realizado, permitiéndosele además al investigado, si en caso lo desee, hacer uso de su defensa material.

No se puede subordinar la finalidad de una medida de coerción provisional a la voluntad de un investigado, pues, si ello fuese así, estoy seguro que jamás se podría llevar a cabo una audiencia de prisión preventiva con éxito, perdiéndose legitimidad en el propio Estado, a quien le corresponde perseguir sobre todo aquellos delitos graves.

Para equilibrarse la posición de la fiscalía –que en muchos casos tiene varias semanas para preparar su pedido- frente a la defensa, se deben dar mayores facilidades a los defensores para que puedan contradecir el pedido presentado (así por ejemplo se podría ampliar el plazo para el estudio del pedido, trasladar el pedido por medios electrónicos (usb, mails, entre otros).

4. PARTE RESOLUTIVA

La Sentencia de Casación N° 01-2007 declaró fundado el recurso de casación que presentó la fiscalía “(...) **por inobservancia de norma procesal –artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Nuevo Código Procesal Penal-(...)**” y dispuso la nulidad del auto de vista así como insubsistente el auto de primera instancia y se ordenó que se lleve a cabo una nueva audiencia de prisión preventiva.

5. CONCLUSIONES

La Casación 001-2007/ Huaura, permitió dar inicio al desarrollo jurisprudencial del CPP y se vio en la necesidad de desarrollar un tema, de manera excepcional¹⁶, como lo es el de la Prisión Preventiva¹⁷, para con ello evitar decisiones contradictorias y no acordes con la

16 En atención a lo dispuesto por el artículo 427.4° del CPP, que indica: “(...) **4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.(...)**”.

17 Porque de manera ordinaria las decisiones sobre las medidas de coerción procesal personal, de manera directa no están recogidas en el artículo 427° del CPP que señala: **Artículo 427 Procedencia.- 1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores. 2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones: a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena**

norma procesal.

Ello fue necesario y ha permitido solucionar los problemas que se presentaron en su momento, los cuales no se han vuelto a repetir, debido a la claridad y precisión en la argumentación presentada en dicha sentencia.

Así ha quedado claro que el pedido y otorgamiento de la prisión preventiva no está subordinado a la existencia previa de diligencias preliminares que permitan un pedido y otorgamiento de detención preliminar, como tampoco se exige la presencia del imputado, pero sí se debe notificar válidamente a su defensor para que ejercite su defensa técnica.

6. REFLEXIONES FINALES

El Recurso de Casación es uno de vital importancia en el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina nacional de un país, por lo que se hace necesario que no existan Sentencias de Casación contradictorias.

En el Perú, se debe velar porque no se mantengan Sentencias de Casación que colisionen entre sí, porque de subsistir ello, en vez de desarrollar la doctrina jurisprudencial se ocasionaría lo contrario¹⁸.

Recordemos que la casación no es un simple recurso, es más que ello, fija los destinos de una nación, porque ellas permitirán la integridad, claridad y previsibilidad de las decisiones futuras que guíen a la jurisprudencia nacional.

privativa de libertad mayor a seis años. c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación. 3. Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.(..)"

18 A la fecha en el Perú existen tres Salas Supremas, una permanente y dos transitorias.

02

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 05-2007
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de octubre de dos mil siete .-

VISTOS; en audiencia pública; el **recurso de casación** por inobservancia de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales interpuesto por el encausado JHONNY JAVIER GIRALDO ROMERO contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de mayo de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y seis, del cuaderno de debate, del treinta y uno de enero de dos mil siete, lo condenó como autor de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio calificado y contra la libertad sexual - violación sexual de menor en agravio de Kenye Brhayan Castro Palma y de M.C.G.R. respectivamente, a quince años de pena privativa de libertad, y fijó en veinte mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario de lo causa en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Giraldo Romero fue inculcado formalmente mediante auto apertorio de instrucción de fojas ciento veintisiete, del dieciséis de diciembre de dos mil tres, a mérito de la denuncia formalizada del señor Fiscal Provincial de Huaura de fojas ciento veintitrés. Se le atribuyó la comisión del delito de violación sexual en agravio de la menor M.C.G.R. y de homicidio en agravio del menor Kenye Brhayan Castro Palma.

Los hechos objeto de imputación ocurrieron el seis de mayo de dos mil tres, en el domicilio de doña Daría Palma Rosales –madre del menor fallecido-, ubicado en la localidad de Barranca, en circunstancias en que el imputado Giraldo Romero ingresó al mencionado predio con la anuencia de la menor M.C.G.R., de quince años de edad, a fin de ver televisión; sin embargo, de improviso se acercó a la cama donde se encontraba la citada agraviada y, pese a su oposición y gritos, le hizo sufrir el acto sexual; que como el menor Castro Palma, sobrino de aquélla y de seis años de edad, observó lo ocurrido, trató de defender a su tía y anunció

que contaría a su madre lo sucedido, cuando intentó salir del domicilio fue detenido por el imputado, quien violentamente lo arrojó contra la cama y le apretó el cuello con las manos hasta matarlo, no obstante la actitud de la menor M.C.G.R. procuró evitar la agresión, luego de lo cual se dio a la fuga.

SEGUNDO: El proceso se inició con arreglo al estatuto procesal anterior. Sin embargo, la Sala Penal Superior por imperio del originario artículo dieciocho, apartado tres, del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y ocho, remitió lo actuado al Juzgado Penal Colegiado –véase auto de fojas novecientos cuarenta, del treinta y uno de julio de dos mil seis-. Este Juzgado por auto de fojas diecisiete del cuaderno de debate, del veintidós de Diciembre del dos mil seis, adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y dictó el auto de enjuiciamiento correspondiente.

TERCERO: Capturado el imputado y realizado el juicio oral, el segundo Juzgado Penal Colegiado de Huaura condenó al imputado como autor de los delitos de homicidio calificado y violación sexual a quince años de pena privativa de libertad, así como fijó por concepto de reparación civil la suma de veinte mil nuevos soles a favor de los herederos legales del menor Kenye Brhayan Castro Palma y dos mil nuevos soles a favor de la menor agraviada M.C.G.R.

Contra el fallo condenatorio tanto el encausado Jhonny Javier Giraldo Romero como el padre de la agraviada M.C.G.R. interpusieron recurso de apelación. Los recursos fueron concedidos por autos de fojas ciento cuarenta y cinco, del nueve de marzo de dos mil siete, y de fojas ciento diecisiete, del nueve de marzo de dos mil siete, respectivamente.

II. Del Trámite recursal en segunda instancia.

CUARTO: El Superior Tribunal, en primer lugar, por resolución de fojas cuarenta y uno, del veintitrés de abril de dos mil siete, declaró inadmisibles los recursos de apelación del recurrente Germán Guerrero Caushi, padre de la menor agraviada M.C.G.R., por no haberse constituido en actor civil; y, por auto de fojas cincuenta y tres, del siete de mayo de dos mil siete, citó para la audiencia de apelación no sin antes rechazar de plano los medios de prueba ofrecidos por el primero de los nombrados.

La audiencia se realizó, conforme al acta de fojas setenta y siete, del veintiuno de mayo de dos mil siete, con la intervención del Fiscal Superior, del abogado defensor del imputado recurrente, del abogado de la agraviada y con la presencia del encausado Jhonny Javier Giraldo Romero.

QUINTO: La sentencia de vista recurrida en casación de fojas ochenta y tres, del treinta y uno de mayo de dos mil siete, confirmó en todos sus extremos la sentencia de primera instancia. Ratificó, en consecuencia, la pena de quince años de privación de libertad y el monto de reparación civil ascendente a veinte mil nuevos soles, objeto del recurso, con lo demás que contiene.

III. Del Trámite del recurso de casación del imputado.

SEXTO: El imputado Giraldo Romero interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ochenta y seis. Introdujo tres motivos de casación: inobservancia de garantías constitucionales, inobservancia de normas procesales y defecto de logicidad. Concedido el recurso por auto de fojas noventa y tres, del trece de junio de dos mil siete, se elevó los actuados a este Supremo Tribunal con fecha diecinueve de junio de dos mil siete.

SÉPTIMO: Cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas diecinueve del cuaderno de casación, del uno de agosto de dos mil siete, sólo admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de la garantía constitucional de motivación, así como declaró inadmisibles el citado recurso por los motivos de inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y de aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, de inobservancia de normas legales de carácter procesal, y de manifiesta ilogicidad de la motivación.

OCTAVO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada día y hora para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del Señor Fiscal Supremo Adjunto y de la defensa del imputado y de la agraviada, el estado de lo causa es la de expedir sentencia.

NOVENO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día dieciséis de octubre próximo a horas nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas diecinueve, del cuaderno de casación, del uno de agosto de dos mil siete, el motivo de casación admitido es el de inobservancia de la garantía constitucional de motivación. Sobre el particular, el imputado alega en su recurso formalizado de fojas ochenta y seis, al amparo del inciso cinco

del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución y con cita de la sentencia número mil doscientos noventa y uno – dos mil dos - AA/TC, del seis de diciembre de dos mil uno, que la sentencia de vista presenta una motivación insuficiente.

Al respecto, anota que la sentencia precisó que en la causa hay una inexistente investigación y actividad probatoria, que ha de observarse en cuanto sean aplicables las normas del juicio de primera instancia, que la decisión debe circunscribirse única y exclusivamente a los límites de la pretensión impugnatoria tanto en la declaración de hechos como en la aplicación del derecho, y que en segunda instancia no se verificó mayor actividad probatoria promovida o propuesta por la defensa.

Alega que no se dio una respuesta razonada, motivada (sic) y congruente a su pretensión impugnatoria, no se expresó el proceso mental que llevó al Tribunal a la confirmación de la condena, no se puso de manifiesto las razones de la decisión jurisdiccional.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que la defensa del imputado incidió, esencialmente, en que no existe prueba suficiente que dé mérito a la condena. Incluso acota que la versión de la menor agraviada es inverosímil, pues se ha desdicho en varias oportunidades, incluso en el proceso tutelar.

B. Que la menor agraviada declaró en el juicio de primera instancia. Allí indicó detallada y pormenorizadamente la forma, modo y circunstancias como se perpetró el delito en su agravo. También declaró otro testigo de cargo. Ambas pruebas personales, por no haberse actuado en sede de apelación, no es posible otorgarle un contenido distinto -sólo puede valorarse independientemente la prueba instrumental, pericial, preconstituida y anticipada-. Además, en segunda instancia no se verificó mayor actividad probatoria a instancia de la defensa.

TERCERO: El encausado Giraldo Romero en su recurso de apelación, al impugnar la sentencia de primera instancia, protestó inocencia; y, en puridad, alegó error en la apreciación de la prueba, pues no participó en la muerte del agraviado Castro Palma y en la violación de la menor M.C.G.R. -insiste en la uniformidad de su negativa-. Añadió que la agraviada en sede tutelar reconoció una muerte accidental a su cargo, pero luego brindó cuatro versiones contradictorias, y ha sido sancionada por el Juzgado Civil de Barranca. En tal virtud, existe duda razonable pues primero se autoinculpó, luego sindicó a la esposa del padre de la víctima, posteriormente lo incriminó y, finalmente, sindicó a su madre Isabel Felicitas Romero de Giraldo como la persona que le instigó para que se autoinculpe. Igualmente, cuestiona la declaración de culpabilidad por el delito de violación porque la sola imputación de la agraviada es insuficiente y no se actuaron pruebas cruciales al efecto. Finalmente, acota que

el testigo Lorenzo Eduardo Esquivel Ángeles declaró que tenía conocimiento de los delitos porque los vecinos y amigos le comentaron, y que no es cierto que él fue la persona que ingresó al domicilio de la agraviada.

CUARTO: El Juzgado Penal Colegiado señaló las razones por las que rechazó la prueba de descargo y dio mérito probatorio concluyente a la declaración en el juicio de la menor agraviada y del testigo Esquivel Ángeles, que vio cuando el día y hora de los hechos el agraviado ingresó a la casa de la víctima. El fundamento duodécimo de la sentencia apelada es amplio al respecto –véase fojas ciento uno a ciento cuatro.–

La sentencia de vista, ante los motivos de la apelación puntualizados en el fundamento jurídico anterior, se ha limitado a sostener que la declaración plenaria de la menor agraviada ha sido detallada y pormenorizada, así como que existe la declaración de otro testigo. La razón de esa argumentación estriba en que se trata de pruebas personales actuadas en el plenario de primera instancia, por lo que se encontraría impedido de otorgarle diferente valor probatorio, tanto más si en segunda instancia no se actuó prueba alguna ofrecido por la defensa del impugnante.

QUINTO: Es evidente que el imputado no sustentó su pretensión absolutoria en prueba distinta de la actuada en el plenario de primera instancia. Por ello no ofreció prueba en sede de apelación, pese a que podía hacerlo conforme a lo dispuesto por el artículo cuatrocientos veintidós del nuevo Código Procesal Penal. Resaltó en su recurso la insuficiencia de la evidencia de cargo, a cuyo efecto afirmó la postura no uniforme de la principal testigo de cargo, la falsedad de la declaración del testigo Esquivel Ángeles, el defecto de la prueba pericial de reconocimiento médico legal y la ausencia de pruebas periciales esenciales.

Es de recibo, igualmente, reconocer que el Superior Tribunal, ante los términos de la impugnación, debía responder a esos motivos impugnatorios. El problema, entonces, es establecer si lo expuesto por éste en la sentencia de vista –véase último párrafo del fundamento jurídico anterior– cumple con la garantía de motivación constitucionalmente exigible.

SEXTO: La garantía procesal específica de motivación, como es doctrina jurisprudencial de esta Suprema Sala, integra a su vez la garantía procesal genérica de tutela jurisdiccional. Toda decisión jurisdiccional, de primera y de segunda instancia, debe ser fundada en derecho y congruente, es decir –en lo que interesa al presente recurso–, ha de estar motivada mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y que permita entender el porqué de lo resuelto –basta con que se exprese o explique las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión, sin entrar a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte–. Se trata de una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico

-ello será posible en tanto el órgano jurisdiccional explique las razones de su decisión, lo que a su vez permite controlar si la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad-.

La sentencia de fondo que resuelva las pretensiones debe estar jurídicamente fundada. Esta exigencia, como ha quedado expuesto, es aplicable tanto a la sentencia de primera instancia como a la de segunda instancia. Este deber incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena y reparación civil finalmente impuestas. Los órganos jurisdiccionales deben hacer explícitos los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable.

Es claro, por lo demás, sostener que la sentencia de segunda instancia no vulneraría la garantía de motivación -en concreto, de motivación suficiente-, cuando utiliza la técnica denominada del **“fallo por remisión”**, es decir, cuando el Tribunal Superior se remite a la sentencia de primera instancia, siempre y cuando ésta resuelva con rigor y motivadamente la cuestión planteada. En todo caso, los motivos del recurso deben haber sido respondidos cabalmente y de los argumentos del fallo de vista puede inferirse válidamente que se pronunció acerca de las alegaciones del recurrente.

SÉPTIMO: Es exacto que con arreglo a los principios de intermediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos -las denominadas “zonas opacas”-, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la intermediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados.

Empero, existen “zonas abiertas”, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inmovible, pues: **a)** puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto -el testigo no dice lo que lo menciona el fallo-; **b)** puede ser oscuro,

impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, **c)** ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (ver: GIMENO SENDRA. VICENTE: **Derecho Procesal Penal**, Editorial Colex, Madrid, dos mil cuatro, páginas doscientos setenta y cinco / doscientos setenta y seis).

OCTAVO: En el presente caso el Tribunal de Apelación ha entendido que la apreciación del Tribunal de Primera Instancia, en orden a la valoración de la prueba personal, no puede ser revisada, es inmodificable, tanto más si no se actuó prueba en segunda instancia. Sin embargo, no apreció, pese a que integraba el motivo de la impugnación, el otro ámbito de fiscalización de la prueba personal: la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo, en suma [desde luego, es del caso puntualizar que el hecho de que una testigo en el curso del proceso haya expuesto varias versiones en modo alguno inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones, siempre que explicita los motivos por los que asume una de ellas]; si el relato incriminador era atendible en función a las reglas de la experiencia; si éste era suficiente, a partir del conjunto de la prueba apreciada por A Quo; si el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia era en sí mismo sólido y completo.

Por otro lado, en el presente caso no es aceptable la técnica de la remisión, pues existe un cuestionamiento a la completitud de la prueba -tanto testifical como pericial-, y una invocación a la necesidad de apreciar el conjunto de declaraciones de la agraviada y a lo que del testigo de cargo anotó el recurrente, datos o precisiones no consolidados en la sentencia de primera instancia.

En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centrados en un error en la apreciación de la prueba de cargo. Vulneró, en consecuencia, la garantía de motivación, en concreto el principio de razón suficiente. No justificó la razón de la pretensión impugnativa del imputado Giraldo Romero.

Sobre esa base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres inciso uno del nuevo Código Procesal Penal-.

NOVENO: Finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, habiéndose acogido el recurso de casación es del caso exonerar al imputado, conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. Al no mediar oposición formal del actor civil no cabe que responda por ellas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de motivación -artículo cuatrocientos veintinueve, inciso uno del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por el acusado Jhonny Javier Giraldo Romero contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de mayo de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ochenta y seis, del cuaderno de debate, del treinta y uno de enero de dos mil siete, lo condenó como autor de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud - homicidio calificado y contra la libertad sexual - violación sexual de menor en agravio de Kenye Brhayan Castro Palma y de M.C.G.R., respectivamente, a quince años de pena privativa de libertad, y fijó en veinte mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. En consecuencia: **NULA** la citada sentencia de vista de fojas ochenta y tres, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de mayo de dos mil siete. Sin costas.

II. ORDENARON que la Sala Penal de Huaura, integrada por otro colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación en las mismas condiciones que la anterior; y, cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una nueva sentencia.

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

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

SS.

SALAS GAMBOA

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

URBINA GANVINI

**LA COMPLETITUD DE LA PRUEBA
CASACIÓN N° 05-2007-HUaura**

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: JUAN CARLOS CHECKLEY SORIA

SUMILLA:

El cuestionamiento a la completitud de la prueba (tanto testifical como pericial) y necesidad de apreciar el conjunto de declaraciones no consolidadas constituye error en la apreciación de la prueba que vulnera la garantía de motivación en relación al principio de razón suficiente.

1. INTRODUCCIÓN

Señala Asencio Mellado¹ que el proceso penal moderno responde o debe responder, en el marco de constituirse en “un instrumento, un método dirigido al descubrimiento de los actos delictivos y de sus autores para, en su caso, actuar el ius puniendi, cuya titularidad, cualquiera que sea la consideración que se tenga del delito, siempre corresponde al Estado” y de esta forma, comporte dos cualidades “aparentemente incompatibles: por un lado, se constituye desde su comienzo en una sanción para aquéllos que quedan sujetos a él, en tanto y al margen de la afectación pública que supone en la fama de los imputados, contiene medidas limitativas de derechos fundamentales que, siempre, cualquiera que sea su intensidad, se adoptan de modo instrumental frente a sujetos, aún no declarados culpables” y agrega que por otro lado es una “garantía del acierto en la decisión estatal, en la sentencia, presupuesto ineludible para la determinación de la verdad que se declare respecto de los hechos que forman su objeto”.

En ese sentido esa garantía se manifiesta, señala el autor citado y parafraseándolo en diversos aspectos del proceso penal: a) único medio para descubrir la verdad, respetando los principios del debido proceso, que en lo sustancial responda a las exigencias que caracterizan a un método sustancialmente contradictorio; b) a la vez que es limitador de derechos, constituye garantía de su respeto por el Estado, pues contiene reglas precisas y concretas que lo informan y limitan la restricción de derechos, y fuera de él nunca se respetarían, funcionando como un mecanismo de autocontrol de Estado; y c) es una garantía del propio Estado de derecho, de su dignidad y adaptación a fines democráticos. Concluye que su finalidad principal “como método epistemológico es, evidentemente, el descubrimiento y posterior declaración de la

1 ASENCIO MELLADO, José María. “El proceso penal con todas las garantías”. Revista Ius et Veritas. N° 33. 2006. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 235-247.

verdad de los hechos para, en su caso, imponer al culpable las sanciones que correspondan y dar la correspondiente satisfacción material a los perjudicados.

Pero esa declaración de la verdad no es a cualquier costo ni valida cualquier tipo de actuación, tiene límites, y dos de ellos, en mi opinión se desprenden de la Casación materia de este artículo, que además derivan de nuestro texto Constitucional: exigencia de una actividad probatoria y motivación de la decisión judicial.

2. ANTECEDENTES

HECHOS

La Fiscalía Provincial de Huaura señaló (conforme al Código de Procedimientos Penales) a Giraldo Romero que el seis de mayo del dos mil tres, en el domicilio de la señora Palma Rosales, madre del menor fallecido, ubicado en la localidad de Barranca, ingresó a dicho domicilio con la anuencia de la menor de iniciales M.C.G.R. (15 años) para ver televisión; de improviso se acercó a la cama donde se encontraba la menor y pese a su oposición y gritos, la ultrajó sexualmente; como el menor Kenye Brhayan Castro Palma (6 años) observó lo ocurrido, trató de defender a la menor, que era su tía, y refirió que contaría a su madre lo que vio, cuando intentó salir del domicilio, fue detenido por Giraldo Romero, quien lo arrojó contra la cama, y le apretó el cuello con las manos hasta matarlo, dándose a la fuga.

Por ello fue acusado, luego que se adecuará el proceso al nuevo Código Procesal Penal, por los delitos de Violación Sexual en agravio de la menor M.C.G.R. y homicidio calificado en agravio del menor Castro Palma.

ITINERARIO DEL PROCESO

Realizado el Juicio Oral, conforme a las reglas del Código Procesal Penal, el Juzgado Penal Colegiado de Huaura, luego que fuera capturado Giraldo Romero, lo condenó como autor por los delitos ya citados imponiéndole quince años de pena privativa de la libertad y una reparación civil de veinte mil nuevos soles a favor de los herederos del menor así como dos mil nuevos soles a favor de la menor agraviada.

Esta sentencia fue apelada tanto por Giraldo Romero que fue admitida, como por el padre de la menor agraviada, que fue declarada inadmisibile por no estar constituido como actor civil.

Realizada la audiencia de apelación, se expidió sentencia de vista el treinta y uno de mayo del dos mil siete, la misma que confirmó en todos sus extremos la sentencia del Juzgado Colegiado.

El sentenciado interpone recurso de Casación argumentando tres motivos: inobservancia de garantías constitucionales, inobservancia de normas procesales y defecto de logicidad. Se concedió dicho recurso el trece de junio del dos mil siete, y se remitió a la Corte Suprema el diecinueve de junio del mismo año.

El uno de agosto del dos mil siete se expide, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, el Auto de Calificación del Recurso de Casación, el mismo que declaró bien concedido por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, prevista por el artículo cuatrocientos veintinueve apartado uno del Código Procesal Penal, e inadmisibile por las causales de inobservancia de la garantía constitucional del debido proceso y de aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, de inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad y de manifiesta ilogicidad de la motivación

El once de octubre del dos mil siete se expide la Sentencia de Casación N° 05-2007 Huaura, declarando fundado el recurso de casación por inobservancia de la garantía constitucional de motivación –artículo cuatrocientos veintinueve inciso uno del Código Procesal Penal- y en consecuencia determina la nulidad de la sentencia de vista, ordenando que la Sala Penal de Huaura con otro colegiado dicte nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación en las mismas condiciones que la anterior.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE GIRALDO ROMERO

En su recurso de apelación sostuvo que:

- Era inocente.
- Existe error en la apreciación de la prueba, ya que la agraviada en sede tutelar reconoció una muerte accidental a su cargo, dando luego cuatro versiones contradictorias, y fue sancionada por el Juzgado Civil.
- Existe duda razonable, ya que primero se auto inculpó, luego sindicó a la esposa del padre del menor fallecido, posteriormente lo incriminó y finalmente sindicó a su madre Romero de Giraldo como quien le instigó para que se auto inculpe.
- La declaración de culpabilidad por el delito de Violación Sexual fue con la sola imputación de la agraviada, lo que es insuficiente y no se actuaron pruebas cruciales al efecto.
- El testigo Esquivel Ángeles declaró que tenía conocimiento de los delitos porque los vecinos y amigos le comentaron, y que no es cierto que fuera él quien ingresó a la domicilio de la agraviada.

ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE VISTA

La sentencia de la Sala de Apelaciones estableció que:

- La Defensa incidió, en lo esencial, en inexistencia de prueba suficiente para condenar, acotando que la versión de la menor era inverosímil, desdiciéndose en varias oportunidades, incluso en el proceso tutelar.
- La menor agraviada declaró en el juicio oral, detallada y pormenorizadamente la forma, modo y circunstancias como se perpetró el delito. Declaró otro testigo de cargo, y a ambas pruebas personales, por no haberse actuado en apelación, no es posible otórgarles contenido distinto, no verificándose en la audiencia de apelación mayor actividad probatoria a instancia de la defensa.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El sentenciado Giraldo Romero alegó que:

- La sentencia de la Sala de Apelaciones presenta motivación insuficiente. No se dio una respuesta razonada, motivada y congruente a su pretensión impugnatoria, no se expresó el proceso mental que llevó al Tribunal a la confirmación de la condena, no se puso de manifiesto las razones de la decisión jurisdiccional.
- Hay una inexistente investigación y actividad probatoria, debe observarse, en cuanto sean aplicables, las reglas del juicio de primera instancia, que la decisión debe circunscribirse a los límites de la pretensión impugnatoria tanto en la declaración de hechos como en la aplicación del derecho, y que no se verificó mayor actividad probatoria promovida o propuesta por la Defensa.

ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

La Sala Penal Permanente señala que:

- La garantía procesal específica de motivación integra a su vez la garantía procesal genérica de tutela jurisdiccional. Toda decisión jurisdiccional debe ser fundada en derecho y congruente. El razonamiento jurídico debe expresarse de modo claro y permitir entender el porqué de lo decidido, bastando con que se exprese o explique las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión, sin entrar a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte.
- Se trata de una garantía esencial de los ciudadanos ya que por ella se puede comprobar que la decisión dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico, porque quien tomó la decisión explica las razones de la misma, lo cual permite controlar si la actividad judicial está dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad.

- El deber de motivación incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena y la reparación civil impuestas. Los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados deben ser explícitos, a fin acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia e igualmente ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable.
- La técnica denominada fallo por remisión, esto es, que el Tribunal Superior se remita a la sentencia de primera instancia no vulneraría la garantía de motivación -motivación suficiente- siempre y cuando ésta resuelva con rigor y motivadamente la cuestión planteada.
- Con arreglo a los principios de inmediación y oralidad, que priman en materia de actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, es exacto que el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión y valoración que en su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Se reduce pues el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina.
- Existen las denominadas “zonas opacas” que son los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación que no son susceptibles de supervisión y control en apelación y no pueden ser variados (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisión en su discurso, etc.).
- Existen “zonas abiertas” accesibles al control, pues se trata de aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.
- El relato fáctico que se asume en Primera Instancia como hecho probado no siempre es inmovible, ya que: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que menciona el fallo-; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia (citando a Gimeno Sendra, Vicente en Derecho Procesal Penal. Editorial Colex, Madrid, 2004, pp. 275-276).
- En cuanto al caso en concreto señala que la Sala de Apelaciones, con el argumento que la valoración de la prueba personal no puede ser revisada, más aún si no se actuó prueba en segunda instancia, no tuvo en cuenta a que integraba el motivo de la impugnación el otro ámbito de fiscalización de la prueba personal: la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo, precisando que si un testigo en el curso del proceso expone varias versiones, ello en modo alguno inhabilita

al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones pero debe explicar los motivos por los que asume una de ellas.

- En concreto lo que debe el tribunal apreciar es: si el relato incriminador era atendible en función a las reglas de la experiencia; si éste era suficiente a partir del conjunto de la prueba apreciada en primera instancia; si el razonamiento de primera instancia era en sí mismo sólido y completo.
- Asume que en el presente caso no era aceptable la técnica de la remisión pues existía un cuestionamiento a la completitud de la prueba -tanto testifical como pericial- y una invocación a la necesidad de apreciar el conjunto de declaraciones de la agraviada y del testigo de cargo, datos o precisiones no consolidados en la sentencia de primera instancia.
- La sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centrados en un error en la apreciación de la prueba de cargo.
- Se vulneró la garantía de motivación, en concreto el principio de razón suficiente, pues no se justificó la razón de la pretensión impugnativa del recurrente Giraldo Romero.

3. COMENTARIOS

Esta Casación se vincula con otras expedidas posteriormente como la Casación N° 3-2007 Huaura de siete de noviembre del dos mil siete y la N° 385-2013 San Martín del cinco de mayo del dos mil quince, en la que se estableció como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos contenidos del 5.10 al 5.17 considerandos de la misma, relacionados con motivación de la sentencia en materia probatoria.

Señala Asencio Mellado² “que un proceso penal que quiera adecuarse y ser coherente con una Constitución democrática, sólo y exclusivamente puede ser un proceso acusatorio, entendiendo por tal no solo su aspecto formal referido al desdoblamiento de funciones estatales, sino todas las garantías contenidas hoy en los textos internacionales que declaran y prestan protección a los derechos humanos. Acusatorio es, pues, equivalente a debido proceso o proceso con todas las garantías, siendo este un derecho fundamental de perfiles ciertamente amplios, pero que puede ser individualizado perfectamente para diferenciarlo de otros derechos, más concretos y regulados de manera particular”.

El Código Procesal Penal peruano expedido por Decreto Legislativo 957, como lo señala su Exposición de Motivos³ tanto en su estructura como en las instituciones allí contenidas se

2 ASENCIO MELLADO, José María. Ob. Cit. , p. 236

3 CODIGO PROCESAL PENAL. Exposición de Motivos. Texto no publicado en el Diario Oficial “El peruano”, enviado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, mediante correo electrónico. Publicado en la página web: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2004/Julio/29/EXP-DL957.pdf>.

edifican sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. Destaca como una nota trascendental la implantación de la oralidad en la medida que permite que los juicios se realicen con intermediación y publicidad, permitiendo de esa forma un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre. El Juzgamiento es la etapa estelar del proceso y se caracteriza por desarrollarse bajo los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción en la actuación probatoria.

El Código Procesal Penal en el artículo 155° establece que la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código. Visto así, dentro de los sistemas probatorios que se reconoce, cada cual operativo en su tiempo y de acuerdo al modelo de persecución penal y de política criminal que propiciaba el Estado, puede ser de prueba legal o tasada, íntima convicción o de libre valoración o sana crítica. En nuestro modelo procesal se adopta el de libre valoración, que importaría como límite constitucional estar necesaria y suficientemente motivado.

A su vez, el Tribunal Constitucional peruano, en diversas sentencias, esboza el contenido esencial del derecho fundamental a la prueba. Señala⁴ que es un derecho complejo cuyo contenido está determinado por el “derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. **La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado**” (el resaltado es nuestro).

Añade el Tribunal, y a lo que nos importa en este artículo, que la “la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: **(1) Veracidad objetiva**, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, **prima facie**, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir

4 EXP. N.° 1014-2007-PHC/TC. LIMA. LUIS FEDERICO SALAS GUEVARA SCHULTZ.

razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; **(2) Constitucionalidad de la actividad probatoria**, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; **(3) Utilidad de la prueba**, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; **(4) Pertinencia de la prueba**, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada”.

Y precisamente, de lo que trata la Casación es que la sentencia de vista no estuvo motivada y fue cuestionada en cuanto a la completitud de la prueba (tanto testifical como pericial) y necesidad de apreciar el conjunto de declaraciones no consolidadas, lo que, en opinión del Supremo Tribunal constituye error en la apreciación de la prueba que vulnera la garantía de motivación en relación al principio de razón suficiente.

¿Qué significa el principio de razón suficiente? Este principio es uno de los que se conoce como principios supremos de la lógica, que como disciplina formal tiene como tarea construir lenguajes formales que contengan claridad, precisión y univocidad⁵. Planteado por el filósofo alemán Wilhelm Leibniz este principio nos dice que “todo objeto debe tener una razón suficiente que lo explique” y lo que es, es por alguna razón “nada existe sin una causa o razón determinante”. ¿Cómo opera este principio de lógica en la valoración de la prueba y en consecuencia en la motivación de una decisión judicial?, cuando afirmamos algo como cierto (crea convicción en el Juez para decidir por una u otra alternativa) porque conoce los fundamentos o razones por las que debe ser verdadera. En otras palabras: razones que justifican y explican por qué decidió de tal modo y no de otro.

El Código Procesal Penal establece como regla en la sentencia de segunda instancia, a tenor del artículo 425° numeral 2) que ésta sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada, no pudiendo otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. La Casación ratifica esta regla, ello no impide

5 DI CASTRO STRINGHER, Elisabetta (coordinadora). “Conocimientos fundamentales de filosofía”. Vol. I, Tema I: La lógica y sus principios supremos.
En: <http://www.conocimientosfundamentales.unam.mx/uol1/filosofia/m01/t01/01t01.html>

el control de la valoración de la prueba (sea de cargo o de descargo), y para ello recurre a las definiciones de “zonas opacas” y “zonas abiertas”. Son las segundas, que tratan de aspectos vinculados a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción del juzgador de primera instancia, y que si pueden ser controlados por la reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Así, la valoración de la prueba como actividad judicial, más aún en vía de apelación debe ser revisada contextualmente.

La libertad del juez en la selección y valoración de la prueba no puede ni debe ser arbitraria, pues debe dar razones que justifiquen porqué unas pruebas fueron estimadas y otras no. No hacerlo viola el principio de razón suficiente.

Viale⁶ señala que “para decidir en forma justificada –si está o no probada una determinada proposición sobre los hechos de un caso-, es necesario, en un sistema de libre valoración probatoria, contar con un estándar. Ello, a fin de evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerar aquella probada”. La Corte Suprema de Justicia con esta Casación, que hoy es doctrina jurisprudencial, construyó un estándar, tanto para evaluar la prueba personal en segunda instancia como para llenar de contenido el principio de razón suficiente en materia de motivación.

4. CONCLUSIONES

- 1) El modelo de libre valoración de la prueba significa que el juzgador de cualquier instancia está obligado a expresar de modo lógico la correlación de sus argumentos, de acuerdo a los principios de la lógica, entre ellos, el de razón suficiente.
- 2) La respuesta del juzgador debe ser clara, expresa, completa, legítima y lógica. Los argumentos que expone deben orientarse a dar solución al problema planteado.
- 3) La decisión judicial es una operación intelectual, que debe estar reflejada y sostenida por argumentos o razones que la justifiquen no sólo racionalmente sino que los interesados puedan entenderla y asumirla en todo su contexto, lo que no necesariamente significa que estén o no de acuerdo.
- 4) La Corte Suprema de Justicia fijó como regla, en vía de apelación, que es posible controlar la prueba pericial que, por el principio de inmediación no puede ser controlada en cuanto a las denominadas “zonas opacas” o datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc.),

6 VIALE DE GIL, Paula. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal, p. 131. En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/4/la-prueba-es-suficiente-cuando-es-suficiente.pdf>

pero si lo puede ser respecto de las llamadas “zonas abiertas” o aspectos referidos a la estructura racional del propio contenido de la prueba ajeno a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, esto es: a) aquello que puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

03

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 09-2007
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciocho de febrero de dos mil ocho .-

VISTOS: en audiencia pública; el **recurso de casación** por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal interpuesto por la agraviada de iniciales K.N.A.R contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absolvió a Carlos Alfredo Ochoa Rojas y no Ramírez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en su agravio; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Róger Herminio Salas Gamboa.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia.

PRIMERO: Que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas fue inculpado formalmente mediante auto apertorio de instrucción de fojas cuarenta y seis, del quince de marzo de dos mil seis, a mérito de la denuncia formalizada del señor Fiscal Provincial Penal de Huaral de fojas cuarenta y tres. Se le atribuyó la comisión del delito de violación sexual en agravio de la menor K.N.A.R. y de violación sexual en grado de tentativa en agravio de la menor A.S.R.R. Los hechos objeto de imputación ocurrieron el veintisiete de febrero de dos mil seis en el domicilio de doña Mary Mercedes Naruarte viuda de Ramírez -suegra del acusado-, ubicado en la calle derecha número quinientos cuarenta, interior nueve en la localidad de Huaral, en circunstancias que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas tras aprovechar la confianza que le tenían ingresó a la vivienda con la llave que momentos antes le proporcionó Cecilia Payco Facundo, pero dejó la puerta de la calle semiabierta lo que facilitó el ingreso de un sujeto no identificado con el rostro semicubierto por un trapo verde quien portaba un cuchillo, el mismo que obligó al imputado Carlos Alfredo Ochoa Rojas a tirarse al piso, a la vez que se dirigió contra la mencionada Mary Mercedes Naruarte viuda de Ramírez y Cecilia Payco Facundo a quiénes bajo amenaza las condujo al segundo piso donde se encontraba

su sobrina por línea materna de iniciales K.N.A.R. de diecisiete años de edad, para luego de encerrarlas en el baño, el encausado Ochoa Rojas -que tenía el rostro cubierto- habría conducido a la menor K.N.A.R. a una habitación en el tercer piso; momentos en que la menor A.S.R.R. y su hermana Katherin Nataly Ramos Ramírez tocaron la puerta de la casa, para después ser jaladas hacia el interior de la vivienda por el citado imputado, quien procedió a introducir a la segunda en el baño donde se encontraban Mary Naruarte y Cecilia Payco, llevándose consigo a la menor de iniciales A.S.R.R. a otra habitación en el tercer piso, seguidamente abusó sexualmente de su sobrina K.N.A.R., y pretendió hacer lo mismo con su otra sobrina de iniciales A.S.R.R. a quien previamente le ató las manos y tapó su cabeza con una sábana, si no le decía donde se encontraba el dinero que supuestamente había recibido Mary Mercedes Naruarte viuda de Ramírez.

SEGUNDO: Que el proceso se inició con arreglo al estatuto procesal anterior. Sin embargo, el Segundo Juzgado Penal Transitorio de Huaral por auto de fojas doscientos veintiuno adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y remitió los autos a la Fiscalía Provincial, que vencido el plazo de investigación, conforme es de verse a fojas doscientos veintidós, el Fiscal Provincial de Huaral formuló acusación -véase fojas uno del cuaderno de etapa intermedia-.

TERCERO: Que, presente el imputado -a quien se le otorgó libertad por exceso de detención- y realizado el juicio oral, el Segundo juzgado Penal Colegiado de Huaura, mediante sentencia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debates, del dieciséis de mayo de dos mil siete -cuaderno de debate- absolvió al imputado de los ilícitos contra la libertad -violación sexual, en agravio de la menor K.N.A.R. y en grado de tentativa en agravio de A.S.R.R., sosteniendo que los delitos estaban acreditados pero no la responsabilidad del imputado, archivando provisionalmente los actuados.

Tanto la Actora Civil y el Fiscal Provincial y la Actora Civil interpusieron recurso de apelación -formalizado a fojas doscientos treinta y siete y doscientos cuarenta y dos, respectivamente-. Los recursos fueron concedidos por autos de fojas doscientos cuarenta y cuatro, de veintidós de mayo de dos mil siete.

II. Del Trámite recursal en segunda instancia.

Ofrecimiento de pruebas de la parte civil

CUARTO: Que en segunda instancia la Actora Civil ofreció entre otros la declaración de la menor K.N.A.R. -conforme a los escritos de fojas cuarenta y siete y sesenta del cuaderno de apelación-, y expresó que en primera instancia ofreció y se admitió dicha prueba, sin embargo, la citada menor estuvo imposibilitada de concurrir por presentar un cuadro depresivo, hecho que según refiere no se dejó constancia en el acta; que la incomparecencia no fue un acto voluntario

ni imputable a ella, por lo que la Sala en atención al principio de inmediación debe tener acceso directo a la información que la agraviada proporcionará respecto al reconocimiento de su agresor.

Del rechazo de la prueba de la actora civil y citación a juicio oral

QUINTO: Que mediante resolución de fojas sesenta y uno, del veinte de junio de dos mil siete la Sala desestimó dicho medio de prueba, por las siguientes consideraciones:

a) Que en el juicio oral de primera instancia la declaración de la agraviada K.N.A.R. fue oralizada por su inasistencia, debido a que, según el escrito que presentó, se encontraba con un grave cuadro depresivo y crisis de migraña, el mismo que no justificó, pues debió presentar el certificado médico u otro documento que lo acredite.

b) Que no es posible admitir dicho medio de prueba por no encontrarse en ninguno de los presupuestos del artículo trescientos cuarenta y dos, numeral dos, apartado a) del Nuevo Código Procesal Penal.

c) Que si el juez de juzgamiento de primera instancia no pudo valorar la prueba personal por no haberse ofrecido para su actuación por las partes procesales, o por prescindir o desistirse tácita o expresamente de las mismas, entonces no se puede pretender que en el juicio oral de segunda instancia se actúe dicha prueba, proceder así, significaría recortar el derecho de defensa del imputado quien ya no podría recurrir a otra instancia para actuar la prueba personal.

d) Citó a juicio oral para el día diecisiete de julio de dos mil siete.

SEXTO: Que la audiencia se realizó, conforme a las actas de fojas sesenta y siete y setenta, del diecisiete y treinta y uno de julio de dos mil siete, respectivamente, con intervención, en la primera sesión, del Fiscal Superior, del imputado y su abogada defensora, y del abogado de la actora civil, y en la segunda sesión sólo con la presencia del Fiscal Superior y abogada del imputado.

Sentencia de vista

SÉPTIMO: Que la sentencia de vista impugnada en casación, de fojas setenta y uno, del treinta y uno de julio de dos mil siete precisa lo siguiente:

A. Que en el juicio de apelación de hecho, no se actuó medio probatorio, debido a que el órgano persecutor del delito no ofreció ninguno, y el actor civil, si bien ofreció algunos testimonios, sin embargo lo realizó de modo deficiente.

B. Que, si las partes no ofrecieron medio probatorio o lo hicieron deficientemente, ese hecho es de su exclusiva responsabilidad, pues no se puede pretender la condena de una persona sin que exista actividad probatoria idónea producida en presencia de los Jueces, del acusado, de las partes procesales y el público en general, que permita enervar la presunción de inocencia.

C. Que el artículo cuatrocientos veinticinco, segundo párrafo, del Código Procesal Penal establece que *“la Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia”*. Que en cumplimiento de la citada norma la prueba personal actuada en el juicio oral de primera instancia mantiene el valor probatorio que los Jueces le otorgaron y que sirvió para absolver al acusado, al no existir ninguna prueba que haya sido actuada en segunda instancia para cuestionar el valor probatorio de la prueba personal actuada y producida ante los Jueces de Primera Instancia.

III. Del trámite del recurso de casación de la actora civil

OCTAVO: Que la Actora Civil K.N.A.R interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ochenta y cuatro. Que el motivo casacional comprendió “la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal como la grave afectación al principio de inmediación y la igualdad entre las partes”. Concedido el recurso por auto de fojas ochenta y ocho, del veinte de agosto de dos mil siete, se elevó los actuados a este Supremo Tribunal con fecha veintisiete de agosto de dos mil siete.

NOVENO: Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas trece del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, invocando la voluntad impugnativa admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal.

DÉCIMO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada día y hora para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del Señor Fiscal Supremo Adjunto y de la defensa del imputado y de la agraviada, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública se realizó en la fecha a las ocho y treinta horas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ámbito de la casación

PRIMERO: Que conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas trece, del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, el motivo de casación admitido es el de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso (por infracción del principio de inmediación) y defensa procesal (por vulneración del derecho a la prueba pertinente).

Sobre el particular la actora civil K.N.A.R. en su recurso formalizado de fojas ochenta y cuatro alegó que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración, pese a que su testimonio fue ofrecido como prueba, con infracción del **artículo cuatrocientos veintidós apartado cinco del nuevo Código Procesal Penal**, que la valoración probatoria no comprendió la actuación de una prueba pertinente y, por ende, tampoco examinó una prueba personal con arreglo a los principios de inmediación y contradicción.

Solicita que el efecto casatorio se extienda a la sentencia de primera instancia -del diecisiete de mayo de dos mil siete-, porque sin aplicarse lo dispuesto en el artículo ciento setenta y uno apartados dos, tres y cinco del Nuevo Código Procesal Penal soslayó la prueba que ofreció para su declaración en juicio.

SEGUNDO: Que el tema específico está centrado en establecer si existió o no vulneración del derecho a la prueba pertinente y con ello afectación del principio de inmediación.

En primer lugar debemos conceptuar las garantías específicas afectadas.

Derecho a la prueba pertinente

Que el derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa. No se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que **a)** la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, **b)** sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y **c)** que la prueba sea relevante.

Principio de Inmediación

Que el nuevo Código Procesal Penal, establece que el juicio es la etapa principal del proceso, rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, **inmediación** y la contradicción en la actuación probatoria. La inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser contraexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí, que debe protegerse la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba.

TERCERO: Que en el caso concreto, el ofrecimiento de la declaración de la menor K.N.A.R. -en segunda instancia- está regulado por el artículo cuatrocientos veintidós apartado c) del Nuevo Código Procesal Penal, ofrecida en tiempo oportuno, con el objeto de que bajo las exigencias de inmediación y contradicción la agraviada K.N.A.R. sea examinada por los jueces a cargo del control y revisión de la sentencia apelada, declaración relevante -por razón del delito- y necesaria para los fines del esclarecimiento de la imputación formulada; situación que no es atentatoria contra el derecho de defensa del imputado, por tener expedito el derecho del contrainterrogatorio. Que al desestimarse la declaración de la agraviada K.N.A.R., no se tuvo en cuenta que la actora civil en sus alegatos preliminares, conforme al acta del juicio oral de primera instancia de fojas doscientos ocho, informó que el motivo de la inasistencia de la víctima se produjo por su estado de salud mental, aludiendo el informe psicológico número sesenta-DPS-HNCH-cero siete ofrecido y admitido como prueba que señalaba que la agraviada presentaba “Depresión mayor con ideación suicida actual...”, y el Colegiado de primera instancia no adoptó ninguna medida para asegurar su concurrencia a juicio conforme lo dispone el artículo ciento sesenta y cuatro del nuevo Código Procesal Penal, tampoco consideró su testimonio como uno especial, conforme al artículo ciento setenta y uno, a pesar de la justificación de inconcurrencia.

CUARTO: Que el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada K.N.A.R., vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada -y que sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices o detalles importantes-, por tanto, la oralización o lectura de la declaración de la agraviada K.N.A.R. no ofrecía garantías mínimas de calidad que sirvan para sostener un juicio de racionalidad, y es que sólo el tribunal que

ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla y determinar la fiabilidad y verosimilitud de su testimonio.

Ahora bien, el imputado no podría ser afectado en su derecho de defensa, puesto que luego del examen de la agraviada K.N.A.R., tenía el derecho del contraexamen o contrainterrogatorio, incluso de un careo, asegurada de este modo la igualdad de actuación entre las partes.

QUINTO: Que en tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia vulneró la garantía constitucional del debido proceso al afectar el principio de inmediación y la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a la prueba pertinente.

Sobre esa base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres incisos uno y dos del nuevo Código Procesal Penal-.

SEXTO: Que, finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, habiéndose acogido el recurso de casación es del caso exonerar a la actora civil, conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. Al no mediar oposición formal del imputado no cabe que responda por ellas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO en parte** el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso: afectación del principio de inmediación y defensa procesal: derecho a la prueba, artículo ciento treinta y nueve apartado tres y catorce de la Constitución, interpuesto por la actora civil K.N.A.R. contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absuelve a Carlos Alfredo Ochoa Rojas, de la acusación fiscal formulada por delito de violación sexual en su agravio. En consecuencia: **NULA** la citada sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación del treinta y uno de julio de dos mil siete, y **NULA** la resolución de fojas sesenta y uno del cuaderno de apelación, del veinte de junio de dos mil siete, sin costas.

II. Declararon **INFUNDADO** en cuanto se solicita que la vulneración de las garantías constitucionales se extienda a la sentencia de primera sentencia.

III. ORDENARON que la Sala Penal de Huaura, integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación y cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una nueva sentencia.

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

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

SS.

SALAS GAMBOA

PONCE DE MIER

URBINA GANVINI

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATHEUS

NUEVA PRUEBA Y DERECHO A LA CONTRADICCIÓN CASACIÓN N° 09-2007-HUaura

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: WILLIAM QUIROZ SALAZAR

1. SUMILLA:

Esta casación trata el tema de la prueba, la nueva prueba en el proceso de apelación de sentencia y su derecho a la contradicción durante el examen directo y contra examen.

2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

La prueba no es legal, es meta jurídica, desborda al ordenamiento adjetivo penal, el juez de conocimiento debe dominar otras disciplinas auxiliares a la ciencia penal para lograr un análisis certero de las conclusiones del caso penal. El CPP 2004 prescribe principios, reglas de procedimiento y de juicio oral pero no la prueba judicial. La prueba se produce y adquiere en el juicio oral. La prueba se diferencia de los actos de investigación no solo por su naturaleza sino por la etapa en que se produce u obtiene; la prueba se abduce durante el juzgamiento con la incorporación de las afirmaciones probatorias¹ que las partes introducen durante el debate contradictorio ante el juez de conocimiento; mientras que los actos de conocimiento de investigación son aquellas buscadas, obtenidas, recolectadas en la etapa de investigación o diligencias preliminares con o sin² presencia del fiscal.

La defensa procesal tiene su origen en el art. 8 numeral 2 letra e) de la Convención Americana de los Derechos Humanos que prescribe la irrenunciable defensa letrada. La CIDH, en el caso Vélez Loo vs. Panamá, ha interpretado que la adopción de las medidas adecuadas para cautelar el derecho eficaz a la defensa son en dos vertientes, a saber: **i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.** El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.³ En el caso que dio motivo a la Casación N° 9-2007

1 Estas se producen en el debate contradictorio y es a partir de ellas que el juez adquiere la prueba.

2 Es posible obtenerlas en la situación de flagrancia por la policía.

3 Vid. Caso Vélez Loo vs. Panamá, párr. 194.

Huaura se trató de prácticas imputables al tribunal de segunda instancia que infraccionaron las garantías mínimas para un justiciable. A ninguna de las partes procesales se le debe infraccionar la garantía a la defensa procesal para ello existe la garantía de la contradicción.

Fue fundamental precisar en esta Casación que sin intermediación la producción de la prueba se afecta las garantías mínimas del justiciable porque la escritura no permite conocer la prueba. La intermediación⁴ no sólo eleva el umbral mínimo de garantías sino garantiza que el juez de conocimiento observe directamente todos los detalles y precisiones que la prueba personal, documental, técnica o material vislumbre ante sus ojos en la plenaria durante la actuación probatoria. Es por esta razón que todos los sujetos procesales intervinientes en el juzgamiento deben ser diligentes en el planeamiento, la postulación y el ejercicio pleno de la contradicción. Deben despojarse definitivamente de la vieja práctica que prefieren utilizar la oralización de piezas procesales antes que la actuación de la prueba personal. La intermediación del juez de conocimiento aspira que la contradicción sea plena y no a medias porque desea adquirir la mayor cantidad de elementos o afirmaciones probatorias sobre el hecho punible.

La Casación invoco erróneamente el art. 174 del CPP 2004 en el tercer fundamento de derecho; al respecto, consideramos que **no era atinente** la referencia a la citada norma porque la agraviada no tenía la condición de perito. Pero si se pretendió afirmar que el juez realice los apremios de ley no había necesidad que la víctima sea conducida en forma compulsiva al juzgamiento de primera instancia dado el cuadro de salud mental que presentaba la menor.

Pero si fue correcta, la posición que si un testigo especial está delicado de salud debe recepcionarse su declaración en el lugar que se encuentre en observancia del art. 171 numeral 2, lo que fue una llamada de atención y de futura reflexión para jueces y fiscales; los primeros deben conducir el juzgamiento en estricta observancia de las reglas de procedimiento y también para los fiscales quienes deben observarlas desde el inicio de la investigación preparatoria.

4 La intermediación está vinculada intrínsecamente porque conforme el derecho a la prueba. En el Perú la sentencia Casatoria N° 05-2007-Huaura y que es enfatizada también por la sentencia del Tribunal Constitucional N° 02201-2012-PA/TC en su fundamento 5to. del caso Francisco Virgilio Castañeda Aguilar y otra, señala que *“en la actuación y valoración probatoria el principio de intermediación presenta doble dimensiones: una personal y otra estructural. La primera, que se refiere a los datos relacionados con la percepción sensorial del Juez: lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de las manifestaciones, precisiones en el discurso, etc., no es susceptible de supervisión y control en apelación, es decir no puede ser variada. La segunda, cuyos datos se refieren a la estructura racional del contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador, si puede ser fiscalizada y variadas. En este contexto el relato fáctico que el Juez asume como hecho probado no siempre es inmutable, pues a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia...”*

El fiscal de investigación preparatoria no le asignó a la víctima la condición de testigo especial pese a conocer con anticipación el informe psicológico que describía su salud mental; en la supuesta hipótesis que desconocía el estado depresivo de la víctima, también podía utilizar el art. 242.1.e)⁵ del CPP 2004 para requerir su declaración testimonial a través de la prueba anticipada e incluso, podía aplicarse complementariamente las reglas de la audiencia especial de testigos previstas en el art. 381 del CPP 2004. El valor de la prueba anticipada es el de una prueba plena al ser una prueba testimonial anticipada⁶; si el fiscal de investigación preparatoria hubiera procedido de la manera expuesta no habría sobre exposición a los intereses de la víctima. Estimamos que el fiscal no diseñó apropiadamente su estrategia probatoria. La prueba anticipada se erige, pues, como aquella cuya práctica tiene lugar antes de la celebración del juicio oral y, de cumplir todas las garantías exigidas, tiende a prevenir el riesgo de la posible pérdida del medio probatorio o la dificultad de su posterior realización en el momento procesal oportuno.⁷

5 CPP art. 241.1.d) Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del Capítulo I: Violación de la libertad personal, y en los comprendidos en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual, Capítulo X: Proxenetismo y Capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al Título IV: Delitos contra la libertad, del Código Penal. Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público. **Las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas a fin de evitar la revictimización de los agraviados.**

6 Es un medio de prueba personal que debe cumplir todos los parámetros y exigencias formales para ser calificada como prueba anticipada⁶ en cuyo procedimiento se debe observar las reglas del examen y contra examen previstas en el art. 170 y 378 del CPP 2004. La urgencia es una variable constatable por el juez de investigación preparatoria, de ser verificada, amparara el requerimiento fiscal y podría excepcionalmente acelerarse los términos para asegurar la práctica de la prueba, incluso, sabiamente la norma adjetiva penal ha previsto que en caso exista peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del Fiscal, decidirá su realización de inmediato (art. 242), sin traslado del requerimiento fiscal, ordenando judicialmente se actúe la prueba anticipada designando defensor público del Ministerio de Justicia para que cautele los derechos y garantías del imputado a la contradicción pero en este último supuesto debe estar suficientemente acreditado (debe ser notorio, evidente, no debe ser una presunción, debe ser irrefutable) que resulta imposible comunicar (p.ej. se encuentra de viaje, se ha comunicado telefónicamente, tiene descanso médico que justifica su incapacidad para concurrir, etc.) su actuación probatoria al defensor del imputado. De darse la imposibilidad de citar al defensor de confianza del imputado estimamos que obligatoria y complementariamente se debe grabar por audio y video toda la actuación de la prueba anticipada a fin de preservar los derechos del justiciable, la misma que a su culminación será entregada al imputado para que ejerza sus derechos y otra copia de la evidencia electrónica se anexe al cuaderno de prueba anticipada; rechazamos cualquier pretexto o argucia o alegación para no entregárselo al ciudadano, sería desconocer su garantía a la contradicción. Debe quedar claro que por ningún motivo se dejará de notificar la resolución que admite y ordena la actuación judicial de la prueba anticipada en su término ordinario o por urgencia, lo cual recortaría su derecho a impugnarla (art. 246). Durante la actuación de la prueba anticipada el testimonio se debe respetar absolutamente a lo que persiguen los principios de la inmediación, contradicción y oralidad, dado que en la recepción del testimonio se respetará las reglas procesales del art. 375 y el IX del título preliminar del CPP 2004. Los otros medios de prueba personal y documental que prescribe el art. 242 del CPP 2004 también pueden ser objeto de prueba anticipada pero deberán cumplir previamente las exigencias de su respectiva regla procesal.

7 Ortells Ramos, M.... **El nuevo procedimiento penal**, p.185.

Estamos totalmente de acuerdo con la Casación que el colegiado de primera instancia no efectuó un apropiado control judicial de la prueba durante el juzgamiento en razón que el art. 381 del CPP 2004 le permitía realizar la audiencia especial para testigos; razones suficientes existían.

Se advierte que en el caso penal contra Carlos Alfredo Ochoa Rojas, el defensor de la víctima efectuó la propuesta probatoria más conveniente y adecuada a la teoría del caso de la menor agraviada en observancia del art. 422 del CPP 2004 al tratarse de una sentencia absolutoria⁸; sin embargo, el actuar y control judicial del tribunal fue incorrecto al infraccionar el derecho-garantía a la prueba.

El Principio de contradicción de la prueba implica que debe garantizarse a cada una de las partes la razonable oportunidad de conocer, discutir y oponerse a la prueba ofrecida por su contraria, de fiscalizar su producción, de solicitar su caducidad o acusar su negligencia, incluyendo lógicamente el derecho a proponer y producir contraprueba. Es decir para que una prueba sea válida se requiere que haya sido producida con audiencia o intervención de la parte contraria, de modo que haya tenido la posibilidad de controlarla y ofrecer su consecuente descargo. Es una manifestación del debido proceso, **que no se agota en la pura bilateralidad entre pretensiones y defensas, sino que se extiende naturalmente a la prueba.** Así como no se concibe un proceso sin debate **tampoco puede admitirse que una parte produzca una prueba sin el riguroso contralor del adversario.**⁹

Por otra parte, compartimos el fundamento cuarto de la Casación que no estuvo de acuerdo con la absolución del imputado pues el tribunal de segunda instancia fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contra examinada -y que sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices o detalles importantes-. En esa línea de razonamiento es de recordarse que el testimonio no solamente debe provenir de un buen testigo, a veces seleccionado cuando se quiere acreditar determinado tema probatorio como el de la **prueba de reputación personal** (bien sea de mala o buena reputación) o para una línea de interrogatorio relacionado al objeto de prueba. Contra el testigo no debe existir ninguna amenaza que le afecte la confianza de su relato o se aprecie como débil no fiable, siempre el testimonio debe ser exacto, preciso que genere confianza en el receptor de la información; de la desconfianza, inexactitud y debilidad pueda aprovechar el adversario con el objeto de impugnar su credibilidad en el contra examen. Además, calificamos

8 El CPP 2004 prescribe también en el art. 422. 3 que cuando se trate de sentencias absolutorias, se puede cuestionar el juicio de hecho

9 Vid. Midón, Marcelo Sebastián. **Artículo sobre Los Principios del Derecho Probatorio en el libro Principios Procesales, director Jorge Peyrano.** Tomo II editado por editores Rubingal – Culzoni, primera edición, año 2011, Santa Fe Buenos Aires, p. 635.

como buen testimonio si lo proferido oralmente es abundante en detalles sobre los temas probatorios o líneas de interrogación que sea examinado por el interrogador; también si lo testimoniado es el fiel recuerdo de lo percibido directamente en el lugar de los hechos o en la escena del crimen o el día del suceso criminal; así mismo que los detalles de sus respuestas no tengan inconsistencias, incoherencias internas con sus declaraciones previas o falta de correspondencia con lo que realmente sucedió en el hecho criminal o tenga contradicción con los otros testimonios de los testigos que estuvieron con él en la misma posición o ubicación perceptiva que merezca ser nombrado como testigo directo o presencial del evento delictivo.

Un buen testimonio debe generar confianza en quien lo tenga que valorar y enjuiciar su nivel de credibilidad, quien tendrá en cuenta la exactitud del testimonio, el que debe corresponder a la realidad de los hechos. Contreras Rojas sostiene¹⁰ que la relación entre la confianza y exactitud puede graficarse de la siguiente manera: ***cada vez que observamos a otra persona llevando a cabo el relato de unos hechos tendemos a evaluar la certeza de los que cuenta a través de la confianza que ella exhibe al narrar la historia. Mientras más segura y confianza se ve a la persona, más nos inclinamos a estimar que su relato se ajusta a la realidad de lo que ha acontecido.***

La Sala de apelaciones si admitía la declaración de la víctima ¿cuál iba a ser su deber debido a la sentencia absolutoria? Por intermediación pudo conocer perfectamente la aptitud probatoria del testimonio para ser prueba fiable: Para que el juez declare judicialmente que no solo existe confianza y exactitud del testimonio brindada por el testigo, sino que además tiene aptitud probatoria para ser prueba fiable, es necesario evaluar los siguientes indicadores que permitan medir objetivamente la veracidad de las afirmaciones aportadas. Serán fiables los testimonios si tienen correspondencia con lo que realmente percibió sus sentidos en la realidad de los hechos y no son producto de la imaginación, ficción, interpretación personal, fantasía, sospecha, etc.

Compartimos los criterios de veracidad¹¹ que deben ser utilizados para darle el calificativo judicial de fiable, creíble y verosímil, los que son: **a) Características generales:** Si vinculan al testimonio completo y analizan la declaración como un todo. Son necesarios para apoyar la credibilidad de la declaración. 1.- Estructura lógica. Las declaraciones deben tener consistencia lógica y/o homogeneidad contextual (coherencia contextual), careciendo de contradicciones internas. La estructura lógica estará presente si la declaración es coherente y sus diferentes partes encajan entre ellas, sin inconsistencias ni discrepancias. 2.- Elaboración no estructurada. Se propone que en caso de relatos libres, los testimonios inventados normalmente se presentan de manera continua, estructurada y cronológica, con claros

10 Contreras Rojas, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio*, p. 189.

11 Óp. Cit. Contreras Rojas, Cristian, p. 258/260.

intentos del testigo por demostrar las conexiones causales, lo que deja la sensación de un relato aprendido o incluido. Por el contrario una declaración desorganizada o falta de solidez, siempre que las inconsistencias; carecen de veracidad suficiente de detalles. El número de detalles iría en relación directa con la credibilidad, lo que se expresa cuando se entregan bastantes pormenores de la locación, personas, objeto y acciones involucradas en los hechos. **b) Contenidos específicos:** Su constelación se considera una señal de veracidad de la declaración: 4.- Engranaje o encaje contextual. Descripción que anclan el suceso en el tiempo y espacio. Sin embargo, este criterio no se puede exigir en todos los relatos, especialmente en episodios cortos. 5.- Descripción de interacciones. En todos los sucesos se produce una relación entre los participantes, formada por las acciones de unos y las reacciones de los otros. 6.- Reproducción de conversaciones. No basta con una relación contenido del diálogo, sino que además debe indicarse la forma, palabras y emotividad con que fueron expresadas. Debe ser virtualmente una réplica de las declaraciones de al menos una persona. 7.- Complicaciones inesperadas. Referencia a dificultades imprevistas que se producen durante el desarrollo de los eventos, las que pueden interrumpir o alterar. **c) Peculiaridad del contenido:** Se trata de elementos que aumentan la calidad del contenido de la declaración. 8) Detalles inusuales. 9) Detalles superfluos. 10) Incomprensión de detalles, relatados con precisión. 11) Asociaciones externas relacionadas. 12) Relatos del estado mental del agresor. 13) Alusiones al estado mental del agresor. **d) Contenidos relacionados con motivación:** 14) Autocorrecciones espontáneas. 15) Reconocimiento de falta de memoria. 16) Levantar dudas sobre el propio testimonio. 17) Auto desaprobación. 18) Perdón del acusado. 19) Detalles características del delito.

Entonces, si seguimos los criterios expuestos es mucho más fácil y racional el juicio de credibilidad sobre el testimonio de la víctima o de otros testigos en la fase de valoración judicial de la prueba, ayudará a conocer la verdad material de los hechos que es lo que al final interesó y primaba en la Casación. Seguimos a Nieuwa Fenoll e Igartua Salaverría que la valoración de la prueba para los diferentes medios de prueba **dependa, en la medida de lo posible, de criterios objetivos y explicables, y no de intuiciones generales cubiertas detrás del tantas veces incoherente telón de la intermediación.**¹² Rechazamos aquellos juicios valorativos que se escuden en el criterio de conciencia, estos deben ser siempre producto del análisis probatorio basado en criterios objetivos, constatables que guarden correspondencia con los hechos y las pruebas contrastadas del respectivo caso penal. Al respecto, Nieuwa Fenoll¹³ escribe **“En realidad, esa pura intuición es víctima de todo tipo de emociones, inclinaciones, gustos, preferencias y hasta aficiones, elementos que no siempre resultan confesables y que, de hecho, acostumbra a no confesarse, porque lo cierto es que no deberían formar parte de la valoración probatoria”**. Nunca debe estar rodeado de subjetivismo, presunciones

12 Nieuwa Fenoll, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, p. 209.

13 *Ibidem*, p. 209.

o sospechas, menos partir de erradas interpretaciones **de los hechos, de la ley penal y calificación jurídica del tipo penal** porque le hace perder la perspectiva dogmática, la premisa fáctica y el enfoque probatorio al juez. Por el contrario, como sostiene Nieva Fenoll la valoración probatoria es objetivable. Por su parte, Xavier Abel Lluch sostiene¹⁴ que dada la progresiva implantación del modelo oral del proceso y la concepción racional de la prueba, ambas declaraciones -de las partes y de los testigos- deberían someterse a las siguientes pautas: a) procedimentales: de interrogatorio y contra interrogatorio libre, con preguntas observando los requisitos de **pertinencia** -relativas a los hechos controvertidos-, de **claridad** -comprensibles por quienes deben responderlas- y de **precisión** -atinentes al objeto de la controversia-, y obviando la exigencia del sentido afirmativo de la pregunta que únicamente reduce el espectro de la respuesta; b) de eficacia probatoria libre y motivada, sometiendo tanto las declaraciones de las partes cuando de los testigos a las reglas de la sana crítica, con la única excepción en que una de las partes reconozca un hecho que le perjudique y tal declaración no venga contradicha por otros medios de prueba, en cuyo caso se le podría otorgar el carácter de prueba plena, sobre la máxima que nadie declara mendazmente contra sí (contra se pronunciatio) y c) de seguridad jurídica, sometiendo la declaración de los testigos a criterios auxiliares de valoración, legalmente establecidos, como la “razón de ciencia”, “las circunstancias concurrentes en los testigos” y “la tacha y su resultado”.

Estamos totalmente de acuerdo, cuando la Casación afirmó que el imputado no podría ser afectado en su derecho de defensa, puesto que luego del examen de la agraviada, tenía el derecho del contra examen o contrainterrogatorio, incluso de un careo, asegurando de este modo la igualdad de actuación entre las partes. Es que nuestro CPP 2004 en su art. 378 regla el examen directo y el contra examen para los testigos y peritos; los temas o puntos probatorios los define el sujeto procesal que tiene interés en el medio de prueba y es quien inicia el interrogatorio. Tratándose de menores de 16 años y dada su condición de ser testigo frágil, el interrogatorio lo conduce el juez y es a través de él que se formula las preguntas y repreguntas, pero si se da la oportunidad que los operadores en la actuación probatoria están elaborando adecuadamente las preguntas, las pueden realizar ellos en forma directa; ante cualquier eventualidad que ponga en peligro o riesgo del menor de edad dada la fragilidad o se le esté revictimizando el juez que dirige el debate retomará el interrogatorio.

Es más, en caso el testigo señale no recuerdo, es posible utilizar las técnicas de refrescamiento de memoria en declaraciones previas, para lo cual primero se sienta base probatoria, luego, el testigo lee en silencio la parte específica del documento, al concluir, progresivamente, se le va interrogando si en el documento leído señala tal situación o tema probatorio y así sucesivamente, hasta lograr concluir las líneas de interrogatorio.

14 Ibídem, p. 104.

También el art. 378.6 permite utilizar las técnicas de la confrontación CACA que significa confirmar, acreditar, confrontar y acabar respecto a las declaraciones previas¹⁵ que existan en el expediente judicial que se utiliza en el juicio oral. Sucede es que casi siempre en la práctica procesal los litigantes, fiscales y jueces preguntan al testigo **¿Señor explique por qué anteriormente en su declaración ante la policía dijo que el vehículo de placa FG-1595 era color azul y hoy en el juicio oral hace unos instantes le expresó al fiscal que el mismo vehículo fue color plomo?** Debo recordarles en primer lugar que el testigo nunca explica, siendo así, este tipo de pregunta es objetable por el adversario porque el testigo siempre declarará lo que ha percibido, escuchado, ha oído, etc. Las preguntas que piden explicación son argumentativas, las que son objetables. En cada uno de estos espacios interrogativos se van elaborando preguntas que cumplen determinado fin.

Respecto a la prueba y su contradicción, al iniciarse el juzgamiento las partes efectuaran afirmaciones que rodean todo el debate contradictorio, las que deben ser aportadas obligatoriamente a fin de lograr demostrarlas. Entonces si el proceso penal es un método de comprobación en el cual el juez determina los hechos probados; la consecuencia natural es que el juez dirija los actos de probanza a fin de establecer cuál de las afirmaciones sobre el hecho expuestas por las partes procesales son verdaderas o falsas. Siendo así, el fin de la prueba en el proceso penal acusatorio garantista será en concreto verificar y comprobar si las afirmaciones iniciales y aportes probatorios durante la práctica de la prueba tienen correspondencia con la realidad de los hechos. Es decir si son verdaderos o falsos. Si el juez tiene que tener la certeza que las afirmaciones a las cuales califica como verdaderos serán inmutables porque los va dar por probados.

La prueba constituye la actividad procesal encargada de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos, y supone a su vez un imperativo del propio interés del litigante quien, a su vez, corre el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva.¹⁶

El fin de la prueba judicial es producir la convicción o certeza en el juez, cuestión que debemos relacionar mucho más con lo que hasta ahora hemos dicho, para lo cual recordamos que:

15 Se entienden conceptualmente no sólo las que se han prestado como testimonios entre la policía o el fiscal, sino cualquier otra manifestación expresiva del declarante contenida en cualquier clase de soporte que sea factible de ser interpretado mediante lectura, escucha, o audiovisión; por lo tanto, quedan comprendidas, por ejemplo, las cartas, misivas, documentos cualquiera, videograbaciones, en suma cualquier manifestación de su intelecto expresado voluntaria y conscientemente que haya quedado registrado de cualquier forma (Jauchen, Eduardo. *Estrategias de Litigación Penal Oral*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe-Argentina, 2014, p. 29-430).

16 Kielmanovich, Jorge. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios. Rubinzal – Culzoni Editores. Junio 2004, Santa Fe Argentina, p. 98.

a) La verificación es la finalidad de las pruebas relativas a los juicios que emanan de las ciencias fácticas, dentro de las cuales se encuentran las historias, siendo el derecho parte de las mismas. b) Se trata de la verificación de la veracidad y no de la verdad. c) Recae sobre juicios de hechos científicos e históricos, que han demandado una precia labor de averiguamiento y de conocimiento, tanto sensible como intelectual. d) Y esa labor se cumple a través de la generación de la certeza, del convencimiento en el funcionario judicial. La cual es un valor que acompaña al valor supremo de la justicia. Así, pues, la prueba judicial comprende los conceptos de verificación, veracidad, juicio, certeza y está comprometida con la realización de la justicia.¹⁷

Para la apelación de sentencias en segunda instancia se debe cumplir rigurosamente el art. 422 en armonía con el art. 373, p.ej. Los que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; pero el hecho que se cambie de defensor o fiscal no convalida la hipótesis inconsistente que no la conocía. Además los que fueron indebidamente declarados inadmisibles, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva y se realice una especial argumentación, es decir, totalmente diferente a la que se expuso en el anterior control de admisibilidad de los medios de prueba; de la misma manera, se deben admitir los que no fueron practicados por causas no imputables al sujeto procesal. En el caso examinado en la Casación se inobservó esta regla procesal, al tribunal de segunda instancia no le intereso que se cuestionaba el juicio de hecho y de derecho de una sentencia absolutoria. Es por estas razones que la declaratoria de fundada la Casación es incuestionable, declaró nula la sentencia y el auto que declaró inadmisibles la nueva prueba propuesta por la defensa de la víctima. También, se le garantiza el derecho a la contradicción al imputado en otro juicio oral a través de un nuevo tribunal, de la misma manera se da tutela a la víctima respecto a la admisibilidad de su declaración testimonial al ser testigo especial, ordena el desarrollo de una nueva audiencia en donde se observe las garantías del debido proceso; la que fue con reenvío.

17 Óp. Cit. Cuello Iriarte, Gustavo. *Derecho probatorio y pruebas penales*, p. 385.

04

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 02-2008
LA LIBERTAD

AUTO DE CASACIÓN

Lima, tres de junio de dos mil ocho .-

AUTOS y VISTOS; interuiniendo como ponente el señor Zecenarro Mateus; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso y el principio de legalidad interpuesto por el señor Fiscal Superior de Apelaciones de La Libertad, contra el auto de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, que revocando el auto apelado de fojas ocho, del siete de noviembre de dos mil siete; declaró fundado el control de plazo y ordenó la conclusión de la Investigación Preparatoria; y dispuso que los autos se devuelvan al Juez de Investigación Preparatoria a fin que continúe con el plazo de ley; en el proceso seguido contra Joe Luis Montero Saldaña y otro, por el delito de hurto agravado, en agravio de Segundo Ernesto Guarniz Supo; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, esta Sala Suprema, mediante Ejecutoria de fecha quince de febrero de dos mil ocho, declaró Bien Concedido el recurso de casación en virtud de lo establecido por el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; disponiendo que la causa permanezca a disposición de las partes por el plazo de ley, a cuyo vencimiento se fije fecha para la audiencia correspondiente.

SEGUNDO: Que, previamente conviene precisar el itinerario o secuencia procesal que se observa en el presente caso: **a)** conforme se aprecia de folios uno, el señor Abogado defensor del inculpado Joe Luis Montero Saldaña, en virtud del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y tres del Código Procesal Penal, solicitó al Juggado que se dé por concluída la investigación preparatoria, al considerar que ha excedido en el límite que permite la citada norma y se programe audiencia de control de plazos; **b)** la audiencia indicada se realizó con la concurrencia de la Fiscal Provincial y del Abogado defensor; que escuchada la exposición respectiva el Juez mediante resolución de fojas ocho, del siete de noviembre de dos mil siete, declaró infundada dicha solicitud; **c)** el Abogado defensor interpuso recurso de apelación, conforme aparece de fojas diez; **d)** la audiencia de apelación de auto que declara infundada

la solicitud de control de plazos, se efectuó con la asistencia del Fiscal Superior y del Abogado defensor; la Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, revocó el apelado y declaró fundado el control de plazo, ordenó la conclusión de la investigación preparatoria y dispuso devolver el incidente al Juez Penal de Investigación Preparatoria para que continúe con el plazo de ley.

TERCERO: Que, contra la aludida resolución, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación al considerar que, aún no se cumplió con el plazo de Investigación Preparatoria, por cuanto, desde la fecha de notificación de la disposición de formalización y continuación de la investigación al Juez de Investigación Preparatoria, conforme establece el inciso segundo del artículo ciento cuarenta y tres del Código Procesal Penal, esto es el dieciocho de septiembre de dos mil siete, a la fecha de la solicitud de control de plazo que se concretó el treinta de octubre de dos mil siete, sólo han transcurrido cuarenta y tres días.

CUARTO: Que, de otro lado, la Sala Penal de Apelaciones, fundó su resolución sosteniendo que en el nuevo Código Procesal Penal existe sólo una fase de investigación, que es la Investigación Preparatoria, a cargo del Ministerio Público, conforme se establece en el inciso segundo del artículo trescientos treinta y siete del acotado, en el que se señala, que las diligencias preliminares practicadas durante la investigación preliminar forman parte de la Investigación Preparatoria, por existir “unidad de prueba, unidad de investigación y unidad de investigador”.

QUINTO: Que, en el caso de autos, se declaró bien concedido el recurso de casación de conformidad con lo establecido en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código Procesal, al determinar que excepcionalmente se puede declarar la procedencia del recurso de casación fuera de las resoluciones enumeradas en los incisos señalados del citado artículo, ello cuando discrecionalmente se considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, en este caso, respecto del control de plazo de la Investigación Preparatoria.

SEXTO: Que, el tema fundamental del caso planteado, es el plazo. Al respecto, en doctrina se hacen alusión a tres clases de plazos: a) el plazo legal (establecido por la ley); b) el plazo convencional (establecido por mutuo acuerdo de las partes); c) el plazo judicial (señalado por el Juez en uso de sus facultades discrecionales). De otro lado, en rigor técnico, conforme se destaca en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, Tomo VI, página doscientos setenta y uno, la doctrina y la legislación, se sirven como sinónimos, soslayando sutilezas técnicas, de los vocablos plazo y término; sin embargo, discrepan en esencia, por cuanto el plazo es comprensivo de todo lapso para actuar, en tanto que término integra tan solo su vencimiento o final; en ese contexto, en el presente caso, se trata

de analizar el plazo de carácter legal, vale decir, el que es señalado por la ley durante el desenvolvimiento del proceso; dentro del marco de referencia del sistema de orientación acusatorio adversarial que regula el Código Procesal Penal, en aplicación gradual en el Perú.

SÉTIMO: Que, en ese sentido, es preciso señalar lo siguiente: **a)** que el inciso segundo del artículo trescientos treinta y siete del Código Procesal Penal, establece que las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria, y ésta a su vez tiene un plazo de ciento veinte días naturales, prorrogables por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales, conforme a lo estatuido por el inciso uno del numeral trescientos cuarenta y dos del mismo cuerpo de leyes, ello debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto por el inciso segundo del numeral trescientos treinta y cuatro, que prescribe, que el plazo de las diligencias preliminares, es de veinte días y que no obstante ello, el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; **b)** en ese orden de ideas, la etapa de la Investigación Preparatoria, presenta a su vez dos sub etapas: la primera correspondiente a las diligencias preliminares y la segunda que corresponde a la investigación preparatoria propiamente dicha. En ese contexto, la fase de diligencias preliminares tiene un plazo distinto, el mismo que está sujeto a control conforme dispone el inciso segundo del numeral ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal; control que tiene fundamental importancia para una tramitación adecuada y eficiente del proceso.

OCTAVO: Que, el artículo trescientos treinta y seis del aludido Código, en la parte final del inciso uno, regula la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria, la que deberá comunicarse al Juez de la Investigación Preparatoria a tenor de lo dispuesto en el inciso tres del mismo numeral, en concordancia con el artículo tres del Código Procesal Penal; interpretándose de todo ello que, el plazo establecido en el numeral trescientos cuarenta y dos, debe computarse a partir de su comunicación en virtud a lo establecido en el inciso dos del artículo ciento cuarenta y tres; señalándose, además, a partir de una interpretación sistemática, que, esa es la razón por la cual en cada una de esas fases, diligencias preliminares e Investigación Preparatoria, el Código Procesal Penal prevé la posibilidad de que los justiciables y fundamentalmente el imputado puedan promover mecanismos de control del plazo de investigación, que se regulan de manera diferenciada tanto para la fase de las diligencias preliminares como para la investigación preparatoria propiamente dicha, conforme se desprende de los artículos trescientos treinta y cuatro inciso segundo y trescientos cuarenta y tres inciso segundo del referido texto normativo.

NOVENO: Que, la formalización de la investigación preparatoria tiene como una de sus finalidades trascendentes la legitimación de los sujetos procesales, de manera que es recién a partir de dicho acto procesal que los mismos pueden constituirse y ser reconocidos como

tales en el proceso para el efectivo ejercicio de sus pretensiones, debiendo tenerse en cuenta, además, que según dispone el artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal, la investigación preparatoria tiene como finalidad reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo.

DÉCIMO: Que, en el caso específico, de los argumentos del recurso de apelación de fojas diez, interpuesto por el Abogado defensor del inculpado, se advierte que el Fiscal Provincial formalizó la investigación preparatoria con fecha once de septiembre de dos mil siete; en consecuencia, computando hasta la fecha de presentación de solicitud de control de plazo de fojas uno, esto es, el treinta de octubre de dos mil siete, aún no había transcurrido el plazo establecido en el artículo trescientos cuarenta y dos.

DÉCIMO PRIMERO: Que concluyendo, los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación; son diferentes y no se hallan comprendidos en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al Fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso; que por lo demás, deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares no podría, en la hipótesis más extrema, ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon: **FUNDADO** en parte el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Superior

del Distrito Judicial de La Libertad, contra el auto de fojas veintiuno, del veintiuno de noviembre de dos mil siete, que revoca el auto apelado del siete de noviembre de dos mil siete, y reformándolo: declara **Fundado** el control de plazo y ordena que se devuelvan los autos al Juez Penal de la Investigación preparatoria para que continúe con el plazo de ley; en consecuencia: **ESTABLECIERON:** de conformidad con lo previsto en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación son diferentes y no se hallan comprendidos, en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha; conforme a los argumentos que se señalan en la parte considerativa de la presente resolución.

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

III. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

SS.

SIVINA HURTADO

PONCE DE MIER

URBINA GANVINI

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATEUS

EXÉGESIS DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES CASACIÓN N° 02-2008-LA LIBERTAD

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ¹

SUMILLA:

El desarrollo jurisprudencial ha redefinido la finalidad de las diligencias preliminares, dejando de ser actos urgentes e inaplazables, actualmente se conciben a éstas como una etapa procesal más de investigación en el proceso.

1. INTRODUCCIÓN

La implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal (en adelante CPP) (Decreto Legislativo N° 957) en los distritos judiciales del Perú ha conducido a una heterogeneidad de interpretaciones de la propia norma.

Puede afirmarse que su aplicación gradual de la ley procesal ha posibilitado un saludable debate de ideas de buenas prácticas de los sujetos que participan en la composición del conflicto intersubjetivo en la justicia penal.

Así, se ha llegado a identificar que los operadores de las Cortes Superiores de Justicia ubicadas en el norte del país adoptaban una práctica más acorde a los principios de la oralidad, en un trabajo menos burocrático y sin caer en las anquilosadas formas heredadas del vetusto Código de Procedimientos Penales (en adelante C. de P.P.). En el sur, en cambio, la aplicación de las normas del nuevo Código se ha ido “endureciendo” con la finalidad de guardar las solemnidades de los actos procesales so fundamento de no generar indefensión a los imputados o desprotección a las víctimas.

En cualquiera de las dos corrientes –norte o sur²–, se obtienen diversos criterios de interpretación de la misma norma que, según los intereses de los distintos intervinientes en

1 Fiscal Provincial Titular Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima

2 *“La implementación gradual y cronológica del NCPP por distritos judiciales ha ocasionado que se adopten diferentes modelos. Así, por ejemplo, el Distrito Judicial de La Libertad se caracteriza por su mayor oralidad, en tanto que el de Arequipa es calificado por algunos como un modelo garantista acorde con el deber constitucional de motivación escrita, tendencias a la que en mayor o menor grado se vienen sumando otras Cortes Superiores”.* RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia Consuelo. “La Oralidad en las Resoluciones Judiciales”. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 13, Lima: Gaceta, Lima, 2010, p. 26.

el proceso penal (jueces, fiscales y abogados), pueden calificarse como aspectos favorables o no a la reforma procesal.

Pues, este Código es un instrumento incompleto que posibilita crear espacios de interpretación para la creatividad de los operadores de justicia al buscar soluciones a sus causas; sin embargo, se ha caído en un incontrolable albedrío de posturas interpretativas producto de la variada formación ideológica de los operadores (ej.: jueces garantistas vs. jueces activistas), con el perjuicio consiguiente de no ponerse de acuerdo ni en temas nimios.

Pero con el crecer de las causas, éstas han llegado por impugnaciones a la capital de la República y, con ello la Corte Suprema de Justicia ha advertido la necesidad de uniformizar la aplicación del CPP. Consecuentemente, se están estableciendo criterios de interpretación de las figuras procesales en sendas Casaciones vinculantes, o vía doctrina legal en Acuerdos Plenarios. La Corte Suprema busca ordenar las prácticas de los operadores del sistema de justicia penal; en palabras de Roxin: **“el aseguramiento de la unidad del Derecho”**³.

Por ello, no es baladí afirmar que con la aplicación del CPP en todo el territorio de la República, ya sea por delitos de corrupción de funcionarios en el año 2011⁴ o por casos de criminalidad organizada en el año 2014⁵, los usuarios del servicio de administración de justicia son testigos de la vorágine de los jueces de la Suprema de sentar criterios vinculantes de aplicación del CPP a partir de cualquier caso, sin que se tome en cuenta que el uso del recurso de casación por su propia naturaleza debería ser de uso limitado.

Valga la ocasión, entonces, para analizar en papel una de las primeras decisiones de la Suprema que uniformizaron las diferentes interpretaciones que se tenían de las diligencias preliminares y, que llevó a que el 03 de junio de 2008 la Sala Penal Permanente dictara el auto de la Casación N° 02-2008-La Libertad.

2. EL MOTIVO CASACIONAL

La Casación N° 02-2008-La Libertad consideró admisible el recurso casacional interpuesto

3 ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Civitas, 2006, p. 468.

4 Desde el 15 de enero de 2011 los delitos tipificados en los artículos 382 al 401 del CP, son conocidos al amparo de las normas del CPP. Por disposición de la Ley 29574, modificada por la Ley 29648, el legislativo dispuso su aplicación inmediata para esa pluralidad de delitos para el distrito judicial de Lima, para los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Sur y Callao, el 01 de abril de 2011, y en los demás distritos judiciales en los que el CPP aún no ha entrado en vigencia integralmente, el 01 de junio de 2011.

5 El artículo 4 de la Ley 30077 (en vigencia desde el 01 de julio de 2014) señala que para la investigación, juggingamiento y sanción de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, que comentan los delitos señalados en el artículo 3 de la misma Ley, rigen las normas y disposición del CPP.

por el Fiscal Superior de La Libertad contra el auto que declaraba fundado el control de plazo y ordenaba la conclusión de la Investigación Preparatoria, para desarrollar doctrina jurisprudencial respecto al control de plazo de la Investigación Preparatoria.

El fundamento empleado por la Sala Penal de Apelaciones de la Libertad se centraba en que existe una sola fase de investigación, que es la Investigación Preparatoria, a cargo del Ministerio Público, conforme al artículo 337.2 del CPP, en el que se señala, que las diligencias preliminares practicas durante la investigación preliminar forman parte de la Investigación Preparatoria.

Por el contrario, la Casación N° 02-2008-La Libertad, al revocar la decisión de la Sala, consideró que si bien la fase de las diligencias preliminares formaban parte de la Investigación Preparatoria ésta tenían su propia finalidad (artículo 330.2 CPP) y plazo diferenciado, y se sujetaba a un mecanismo de control distinto (artículo 334.2 del CPP); por tanto el plazo transcurrido de las diligencias preliminares no podía considerarse para el cómputo del plazo de la Investigación Preparatoria.

Atendiendo ello, el tema materia de análisis serán las diligencias preliminares, pero no solo atendiendo a la Casación en comento, sino a los otros antecedentes relevantes sobre esta materia: Casaciones N° 318-2011-Lima del 22 de noviembre de 2012 y N° 144-2012-Áncash del 11 de junio de 2013.

3. LA FINALIDAD DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

Las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente. Al respecto, Vásquez señala: ***“Estos actos urgentes igualmente tiene un destino, que es el de determinar si los hechos materia del futuro proceso penal se dieron en la realidad y no son una invención fabulesca del denunciante; además, una vez comprobados (o por lo menos habiéndose logrado conseguir indicios razonables de su realización), deberá determinar si estos hechos denunciados constituyen delito”⁶.***

Esos actos urgentes o inaplazables se pueden ejemplificar en los siguientes supuestos: a) Las

6 VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. “Las diligencias preliminares en el nuevo Código Procesal Penal y su duración. Análisis de la Casación No.02-2008-La Libertad”. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 40, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 276

extracciones de sangre para examen toxicológico de nivel de alcohol; y b) Las pruebas de campo de descarte y orientación de droga.

Los dosajes étlicos como las pruebas de campo para droga son, no cabe duda, actos urgentes e inaplazables destinados a determinar la delictuosidad de las conductas de **conducir en estado de ebriedad y traficar drogas ilícitas**:

- a) La Policía retiene a “X” que conducía un vehículo motorizado con evidentes signos de ebriedad y lo conduce al centro de control sanitario para la prueba de intoxicación en sangre que muestra la presencia de alcohol en la sangre.
- b) La Policía registra el equipaje de “Y” y encuentra que transportaba una sustancia pardusca con olor característico a PBC, y al aplicar el reactivo de tiocianato de cobalto muestra la presencia de alcaloide de cocaína.

En ambos casos, los actos de investigación son consecuencia de la comisión de una intervención en flagrancia delictiva, por lo tanto estas iniciales diligencias si pueden actuarse de manera urgente y sin mayor aplazamiento. La pregunta que se formula a partir de este razonamiento es: ¿estos actos urgentes e inaplazables satisfacen los requisitos para formalizar la investigación en Preparatoria? La respuesta es sí. Porque son suficientes para determinar su delictuosidad y la individualización del imputado para los fines del artículo 336.1 del CPP.

La redacción original del artículo 334.2 del CPP establecía que el plazo para realizar las diligencias preliminares era de 20 días, salvo que se produjera la detención de una persona o, dependiendo las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación el fiscal podía fijar un plazo distinto. Pues se entendía, en los primeros años de la reforma procesal, que los actos iniciales de la investigación solo estaban destinados a asegurar los elementos que comprobaran el delito, el descubrimiento del autor del crimen y otras circunstancias que ayudasen inmediatamente al fiscal a promover una investigación judicializada (formalizada) en un plazo no muy extenso. En palabras de Zelada: **“(...) al concluir la misma estará convencido si está o no ante un hecho que sea presumiblemente delictivo, debiendo tener en cuenta que esta averiguación previa, de ningún modo puede aspirar a realizar todos los actos de investigación que acrediten la responsabilidad del investigado, esto es coyuntural y dependiendo a cada caso, si se dan de manera colateral bien, pero si no es así, debe respetar el objeto de estas diligencias, y realizar solo las urgentes e inaplazables, ello en estricta observancia del derecho a un plazo razonable (...)”**.

7 ZELADA FLORES, René S. “La Etapa de Investigación Preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal”. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 31. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 298

Así, en el 2007 se justificaba la decisión de la Sala Penal de Apelaciones de la Libertad de considerar que las actuaciones iniciales del fiscal formaban parte de un “solo” plazo de investigación y, por tal, de cumplir con las exigencias del artículo 336.1 del CPP aquél debía formalizar sus diligencias preliminares en Investigación Preparatoria sin mayor dilación de tiempo. En los ejemplos planteados, ¿cuántos días le demandaría al fiscal investigar preliminarmente esas conductas de **conducir en estado de ebriedad** o **traficar drogas ilícitas**?

El respaldo de esas posiciones se encontraba en el derecho comparado. Precisamente, en esos primeros años de reforma, los operadores recurrían bastante a la literatura jurídica de los modelos colombiano o chileno.

Fierro-Méndez, respecto al proceso penal acusatorio colombiano señalaba: **“El sistema procesal penal colombiano tiene unas características que le son propias y que a su vez, de una parte, le individualizan de otras formas procesales, y, de la otra, permiten no solo establecer una secuencia y método de trabajo, sino poner en salvaguarda garantías fundamentales como por ejemplo el debido proceso y el derecho a la defensa. En su estructura se distinguen dos segmentos principales cuales son: etapa pre-procesal o de investigación y la fase procesal o del juicio (...). La investigación comprende varias razones a saber: la investigación para descubrir la existencia de posibles conductas punibles, y la investigación tendientes a satisfacer el escrito de formulación de imputación o de acusación, según sea el caso. En la primera dirección puede hablarse o decirse que lo que existe es una búsqueda de información preliminar, en la segunda de investigación, de búsqueda a partir de una teoría o hipótesis debidamente formulada”⁸.**

Por su parte el sistema chileno, citando a Horvitz & López, se hablaba de una Investigación Preparatoria que se inicia cuando un hecho reviste caracteres de delito, en la que el ministerio público o la policía atribuyen a una persona responsabilidad de un hecho punible. Su función principal es la recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de la acusación en contra de una determinada persona por un delito determinado. Esta etapa carece, salvo excepciones muy estrictas, de todo valor probatorio y las actuaciones de investigación son controladas por un órgano jurisdiccional, el juez de garantía⁹.

Como se aprecia de ambos modelos, el sistema peruano recoge la denominación de la Investigación Preparatoria del modelo chileno y su estructura de dos etapas de investigación

8 FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *Manual de Derecho Procesal Penal – Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. Tomo I, Bogotá: Leyer, pp. 183-184.

9 HORVITZ LENNÓN, María Inés & LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 443-444.

como el modelo colombiano. Pero, la compleja criminalidad que soporta el país y la precariedad con la que las instituciones han afrontado la reforma procesal penal (en especial, la fiscalía), obligó a la Corte Suprema Justicia a establecer posturas interpretativas acordes a la realidad nacional.

4. EL ESPÍRITU DE LA CASACIÓN N° 02-2008-LA LIBERTAD

La creciente complejidad de los casos que se venían conociendo en Huaura y La Libertad al año 2007, exigían de parte del fiscal estrategias de investigación diferenciadas a las empleadas para los delitos de insignificancia o bagatela (ej. conducción en estado de ebriedad), o para los procesos que se originaban de la detención flagrante de su autor (ej. tráfico de drogas).

El delito mencionado en la Casación N° 02-2008 La Libertad es hurto agravado el cual no se encontraba en los supuestos mencionados en el párrafo precedente. En dicho proceso se advierte que el fiscal había consumido en sus diligencias preliminares 77 días del plazo y en la Investigación Preparatoria 43, lo que ha criterio de la Sala Penal de La Libertad implicaba los 120 días del plazo máximo para una Investigación Preparatoria (342.1 del CPP), por lo que ordenaba se concluyera ésta etapa última.

Las discrepancias en la interpretación de, si el plazo de las diligencias preliminares se sumaba o no al plazo de la Investigación Preparatoria, motivó que la Suprema definiera como doctrina jurisprudencial que esos plazos no se suman. Con esta decisión, no solamente se reconoció una posición garantista, pues se definió que el plazo de las diligencias preliminares no podía ser mayor al plazo máximo de la Investigación Preparatoria, sino también lograba establecer pautas para una mejor eficacia de persecución del delito, pues se instauró la fase de las diligencias preliminares como una etapa procesal más.

No es de recibo afirmar que la Casación precitada busca lograr un aseguramiento en la eficaz investigación del delito, diferenciando fines y plazos en la (sub) etapa de las diligencias preliminares muy aparte de la etapa de la Investigación Preparatoria. En otras palabras, ha desvinculado una fase o etapa de investigación de otra, distinguiendo en aquello en que el legislador no diferenció en el artículo 337.2: ***“Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria”***.

Los plenos regionales de jueces asintieron rápidamente esa decisión, como el ocurrido el 14 de julio de 2008 en la Corte de La Libertad, a pesar que en ésta se originó el problema debatido en casación:

***“Juggados Penales de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de La Libertad
Acuerdo Plenario N° 02-2008***

Acuerdo: Los plazos de las diligencias preliminares y de la investigación preparatoria son diferentes. El plazo de las diligencias preliminares se computará desde la recepción de la noticia criminal por el Fiscal, siempre que el imputado se encuentre individualizado. El plazo de la investigación preparatoria se computará desde la comunicación de la disposición fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, tomándose como criterio el plazo máximo legal de 24 horas para la notificación de las disposiciones¹⁰.

A su vez, la doctrina nacional se decantó por la posición de denominar “sub etapa” a las diligencias preliminares, como Neyra en el año 2010 cuando señala: ***“Las diligencias preliminares constituyen la primera sub-etapa, pre-jurisdiccional del proceso, en la cual el Fiscal está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga la ley procesal, de seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal y para ello dispone de una investigación preliminar encaminada a reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos individualizar al autor y reunir la prueba mínima¹¹”***.

La propia jurisprudencia también empezó a hacer referencia a la “sub etapa” de las diligencias preliminares, como en el Recurso de Apelación N° 04-2015 “3”, de fecha 29 de setiembre de 2015, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, que señala:

***“Décimo segundo. Que debido a que el Fiscal Supremo en lo Penal apelante, como el propio Juez Supremo de Investigación Preparatoria y el abogado defensor de los investigados han sido incisivos en sustentar sus pronunciamientos, en la necesidad que la diligencia cuestionada se realice y en otro caso, que la misma se declare improcedente, es indispensable hacer mención de la naturaleza y fines de la denominada diligencias preliminares, sub-etapa de la Investigación Preparatoria en la cual se encuentra la presente investigación.
(...)***

Décimo tercero. Que, de la lectura sistémica de los artículos trescientos veintinueve al trescientos treinta y tres del Código Procesal Penal, se tiene que las diligencias preliminares son aquellas actuaciones iniciales de investigación con finalidades específicas y que conforme con el artículo IV del Título Preliminar del acotado Código, no tendrán carácter jurisdiccional, sino de indagación y propiamente de averiguación realizadas por el Fiscal, dentro del marco del desempeño de la función persecutora que le asigna la Constitución Política del Estado, concordante con el Código Procesal Penal, que en su artículo trescientos

10 TABOADA PILCO, Giampol. *Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Reforma, 2010, p. 279.

11 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manuel del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: Idemsa, 2010, pp. 287-288.

veintinueve, dispone que el Fiscal tiene el deber de iniciar los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito.

Las diligencias preliminares que realiza el Fiscal, con apoyo o no de la Policía, determinarían si procede emitir una decisión de fondo, que importe el sometimiento de una persona a una investigación formal de carácter penal o en su defecto, el archivamiento definitivo.

En este enfoque, de acuerdo al Código Procesal Penal, solo aquellas diligencias que están encaminadas a determinar la existencia o delictuosidad de los hechos objeto de denuncia; la individualización de las personas involucradas en su comisión; así como el aseguramiento de los elementos materiales de la comisión del hecho denunciado como delictivo, serían propias de esta primera sub-etapa, calificada de diligencias preliminares, esto de conformidad a los alcances del inciso dos, del artículo trescientos treinta del acotado Código; tanto más, si tendrán que ser justamente aquellas diligencias que urgen realizarse por necesarias, pues permitirían cumplir las finalidades ya referidas y, por ende, no pueden dejarse para otro momento procesal”.

5. LAS PRÁCTICAS A PARTIR DE LA CASACIÓN N° 02-2008 - LA LIBERTAD

Distinguir una sub etapa en la etapa de Investigación, autorizó a algunos tratadistas a considerar a las diligencias preliminares independientes a su principal. Así, Alarcón considera que se ha independizado a la fase de las diligencias preliminares: *“Ese plazo distinto que se reconoce a ambas fases de la investigación preparatoria, la Casación lo reconoció para afirmar la independencia de plazos entre ambas; y justamente, desde esa misma independencia, se puede apreciar con mayor argumento la diferencia de cómputos de plazos entre esas fases, (...)*¹²”

Mendoza, al tratar el tema de la imputación necesaria, considera a las diligencias preliminares igualmente como una etapa: *“La imputación concreta configura el proceso, pero a su vez tiene funciones específicas en cada una de las etapas del proceso que orientan la actividad de los sujetos procesales; es el punto de referencia necesario que define y delimita el objeto de cada una de las etapas - Diligencias Preliminares, Investigación Preparatoria, Etapa Intermedia y Juzgamiento”*¹³.

12 ALARCÓN SOLÍS, Francisco. “Replantando un criterio establecido: ¿El plazo de las diligencias preliminares se computa como días hábiles o naturales?”. En *Actualidad Penal N° 3*. Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 100.

13 MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *La Necesidad de una Imputación concreta en la Construcción de un Proceso Penal Cognitivo*. Lima: Ediciones Jurídicas San Bernardo, 2012, p. 107.

En igual criterio, la Sala Penal de Apelaciones Especializada en Delitos de Cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Lima, en la Resolución N° 04 del 01 de julio de 2011 del Expediente Judicial 00027-20112-1826-JR-PE-02, al resolver sobre el plazo en que se deben realizar las diligencias preliminares, señala que: ***“la fase de “actos urgentes o inaplazables” del artículo 330.2 del CPP no debe ser entendida en su sentido temporal, sino debe ser interpretada en forma sistemática y teleológica con el contenido del inciso 1 del citado numeral donde se prescribe que el fiscal realizará diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria, y esto sólo ocurrirá según el artículo 336.1 del CPP, cuando de la investigación preliminar aparezcan indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no haya prescrito, que se haya individualizado al imputado y que, si fuere el caso, se hayan satisfecho los requisitos de procedibilidad. Si estos elementos no se configuran luego de realizar los actos de investigación preliminar no habrá forma de formalizar la continuación de la investigación preparatoria concluyéndose con el archivo. En consecuencia aquellos actos urgentes o inaplazables pueden tomar su tiempo realizarlos, mucho más si en la investigación se encuentra comprendido una pluralidad de personas”.***

De este modo, aquellas actuaciones “urgentes e inaplazables” dejaron de ser tales, pues en los casos en que lo que no se evidenciaba insignificancia (delitos de bagatela) ni flagrancia delictiva, el fiscal empezó a emplear más allá del plazo necesario para determinar la delictuosidad del hecho y la individualización del autor del crimen. Por citar, las denuncias de corrupción de funcionarios, en las que la noticia criminal llega con escritos del Procurador Público como resultado de los informes de Contraloría (artículo 201-A del CPP).

En el ejemplo, el fiscal anticorrupción cuenta con la individualización de los autores y partícipes del hecho y la identificación de los elementos de convicción que sustentan el tema fáctico de cada uno de los elementos que componen el delito, por lo que debería -en la mayoría de casos- formalizar la Investigación Preparatoria con el simple mérito de la denuncia y los recaudos antes mencionados, pues estos Informes de Contraloría son pericias institucionales extraprocesales que se presumen veraces en sus conclusiones o, en buena cuenta, con indicios reveladores de la existencia del delito y los demás requisitos que exige el artículo 336.1.

No es un secreto que en las diligencias preliminares el fiscal despliega toda su estrategia de investigación para contar con mayores oportunidades para recabar los elementos de convicción que le permitan ingresar a una etapa de Investigación Preparatoria, donde afinará con mayor calma el concierto de pruebas obtenidas para presentarlas en una acusación -en la mayoría de casos-. Por ello, siguiendo el ejemplo citado, a pesar de contar con el Informe de Contraloría para formalizar la investigación, el fiscal dispone iniciar diligencias

preliminares, para recabar mayor documentación a la anexada al Informe citado, recibir los descargos de los involucrados o efectuar alguna pericia dependiendo del tipo penal investigado; estos actos urgentes e inaplazables obuiamente se desnaturalizaron en un plazo de meses de investigación preliminar. Al respecto, Rivera señala: ***“(...) vemos que existen actos de investigación a nivel de las diligencias preliminares que no necesariamente cumplen con los objetivos que los actos urgentes o inaplazables están llamados a determinar, pero que, sin embargo, se hace necesario practicarlos en dicha sub etapa de la investigación preparatoria”***¹⁴.

Un alcance de la extensión del plazo de las diligencias preliminares en corrupción de funcionarios, es el que trae a colación Vega a propósito de la Casación N° 309-2015-Lima (caso Gregorio Santos Guerrero): ***“(...) un hecho particular que marcó el rumbo del presente proceso: el plazo con el que contaba el Ministerio Público para su investigación: en primer término habría que señalar que las actuaciones preliminares de investigación comenzaron, vía Disposición Fiscal N° 1, el 27 de septiembre del 2012, por término de 120 días; ampliándose dicho plazo hasta en tres oportunidades: vía Disposición N° 11 (que declara compleja la investigación, ampliando las actuaciones por 120 días), del 07 de enero del 2013; la disposición N° 23 del 10 de mayo del 2013 (que nuevamente amplía 120 días); y la disposición N° 25, del 23 de septiembre del 2013 (que una vez más agregó 120 días), lo cual hace un total de 480 días de diligencias preliminares”***¹⁵.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo señala como excesivo el plazo promedio de las diligencias preliminares en las fiscalías especializadas anticorrupción: ***“En este escenario confuso los fiscales realizaban sus investigaciones. Es probable que la falta de uniformidad de criterios en este periodo haya generado laxitud al momento de interpretar los plazos máximos con los que se contaba para realizar las investigaciones por peculado y colusión. A esta idea abonan las manifestaciones de fiscales recogidas en la investigación respecto a la extensión de los plazos (“muy cortos”) –de hecho no por nada se ha verificado en la muestra que los fiscales tardan en promedio en archivar denuncias 58 días para rechazos liminares y 275 días para rechazos no liminares, es decir, fuera de todos los plazos interpretables–, y la heterogeneidad respecto del tiempo que los fiscales se toman para realizar las diligencias preliminares”***¹⁶.

14 RIVERA NAVARRO, Néstor Raúl. “Las Diligencias Preliminares en el Código Procesal Penal: a propósito de los delitos cometidos por funcionarios públicos”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 24, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 258.

15 VEGA LLAPAPASCA, Rafael. “El plazo de la investigación preparatoria y su prórroga”. En *Actualidad Penal N° 24*. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 81.

16 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe Defensorial N° 168: El Archivo Fiscal de Denuncias por Peculado y Colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Ayacucho y Junín*. Lima, 2014, p. 304.

Ante esa disyuntiva de no encajar la finalidad de las diligencias preliminares (artículo 330.2 del CPP) para los casos complejos, como los de corrupción, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema consideró en la Casación N° 318-2011-Lima del 22 de noviembre de 2011, en su fundamento 2.8., destacar los tres fines de las diligencias preliminares: i) Realizar actos urgentes sólo para determinar si los hechos denunciados son reales y si además configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguibles; ii) asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; e iii) individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado si es posible.¹⁷ En consecuencia, señalaba en su fundamento 2.9., que cualquier otro tipo de diligencia que tuviera una finalidad distinta a las antes mencionadas constituiría fuera de los parámetros de las diligencias preliminares, pues de ser así, se estaría llevando diligencias propias de una Investigación Preparatoria.

La Suprema advierte en esa Casación del 2011 que las actuaciones de investigación que se estaban llevando en las diligencias preliminares no eran parte de esa etapa. En palabras de Mendoza: ***“Una práctica -contra legem- de la fiscalía ha desnaturalizado esta finalidad; pues, no obstante existir una imputación concreta se dispone, por regla general, Diligencias Preliminares. Se ha pervertido su objeto y finalidad; su recurrencia acarrea consecuencias negativas, enerva el contradictorio con sensible afectación del derecho de defensa, y degenera en dilación”***¹⁸.

6. LA DESNATURALIZACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

Contrariamente a la defensa de la ratio de las diligencias preliminares, la Corte Suprema estableció en el 2013 como doctrina jurisprudencial que el plazo máximo de las diligencias preliminares para los casos o procesos que cumplieran las condiciones del artículo 342.3 del CPP no debía de sobrepasar los ocho meses. En la Casación N° 144-2012-Áncash del 11 de julio del año en mención, en efecto, se establece un plazo mayor para las investigaciones complejas lo que, sin lugar a dudas, desnaturaliza la finalidad inmediata de las diligencias preliminares; pues el fiscal puede realizar los actos que considere pertinentes a su hipótesis en un mayor plazo, justificándose en el artículo 342.3. y aduciendo que los elementos que acrediten los delitos investigados y a sus autores y partícipes son de difícil obtención.

17 En el fundamento 4) de la Casación N° 14-2010-La Libertad también se establece como criterio jurisprudencial: ***“Las diligencias preliminares son importantes en tanto aseguran el cuerpo del delito, esto es los elementos de prueba que por su naturaleza y características son considerados actos urgentes e irreproducibles, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba pre constituida que entrará al proceso para ser valorada por el tribunal”***.

18 MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. cit., p. 108.

Esa Casación ha sido punto de críticas, en razón que se considera que el plazo debe ser fijado por el fiscal de acuerdo a las circunstancias fácticas-procesales de cada caso en concreto¹⁹.

En palabras de Sánchez: ***“Hace seis años nuestra Corte Suprema tuvo el mismo problema, y siendo coherente, no fijó un plazo máximo de las diligencias preliminares. Hoy sí lo ha hecho, motivando la remisión de la primera casación, en forma congruente. Esperemos que en futuros recursos nuestro Supremo Tribunal justifique el porqué de su decisión”***²⁰.

La problemática se evidencia más con la creación de las fiscalías contra el crimen organizado (en sus distintas especialidades), como consecuencia de la dación de la Ley 30077 - Ley contra el Crimen Organizado, puesto que el plazo de las diligencias “urgentes o inaplazables” se amplía a 60 días o a uno mayor dependiendo la complejidad y circunstancia del hecho investigado. Así, por ejemplo, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional considera que sus investigaciones son “hiper complejas”, como consta en la Resolución N° 03 del 14 de agosto de 2015, recaída en el Expediente Judicial 91-2014-57: ***“5.8. Respecto al primer presupuesto, en esta audiencia se ha demostrado que existe dificultad de la investigación por el número de procesados y por las diligencias que se han dispuesto y que no se han materializado, pues no olvidemos que se trata de una investigación que ha sido calificada”***²¹ como de Hiper Compleja (...).

En suma, el desarrollo jurisprudencial analizado ha llegado a alterar la esencia misma de las diligencias preliminares. De ser actos urgentes e inaplazables, éstas se han convertido en una etapa procesal autónoma, como una especie de investigación preliminar o pre jurisdiccional a la usanza del C. de P.P; consiguientemente, a nivel de la práctica fiscal se han habilitado actuaciones previas, anteriores a las mismas diligencias preliminares, para recabar actuaciones indiscutiblemente urgentes e inmediatas para calificar la denuncia y determinar si se inicia la investigación preliminar o se archiva el caso. Por citar, la Disposición REA N° 52-2013-4°FSPDCF/MP-FN del 03 de febrero de 2014, en el Caso 506015503-2013-478-0, por la que la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, señala: ***“6.4.- Siendo ello así, carece de fundamento la alegación esbozada (...) en el sentido de aseverar que el Fiscal Provincial Coordinador haya dictado disposiciones fiscales previas a la disposición fiscal recurrida, pues de autos no se aprecia disposición alguna con el cual se pretenda en estricto realizar actos de investigación, pues ésta última, se entiende, son actos realizados solamente durante la etapa de investigación –ya sea***

19 CALLE LAUREANO, José Martín. “El plazo de diligencias preliminares en casos complejos: una historia jurisprudencial de contradicciones”. En *Actualidad Penal N° 2*. Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 291.

20 SÁNCHEZ PONCE, Lyceth Luisa Flor. “La Casación N° 144-2012-Áncash: ¿existe un plazo jurisprudencial?”. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 33.

21 debe decir: ha sido calificada

preliminar o formalizada- y que tienen además una eficacia limitada a las finalidades de dicha fase, por lo que evidentemente tal solicitud de copias certificadas relacionadas con el caso para fines de calificación de denuncia no constituyen en sí actos de investigación (...)”.

7. CONCLUSIÓN:

La jurisprudencia ha redefinido la finalidad de las diligencias preliminares, dejando de ser actos urgentes e inaplazables, y, actualmente se conciben a éstas como una etapa procesal más de investigación en el proceso.

05

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 14-2010
LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de julio de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el encausado Fortunato Wilmer Sánchez Paredes por inobservancia de preceptos constitucionales y de normas procesales ordinarias contra el auto superior de fojas ciento siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, que revocando el auto de fojas veintidós, del seis de enero de dos mil diez declaró improcedente su solicitud de tutela de derechos por vulneración de la garantía de defensa procesal.

Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en Primera Instancia.

PRIMERO: El imputado Fortunato Wilmer Sánchez Paredes fue procesado penalmente, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal, por lo que el Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas ciento treinta y dos formuló acusación por el delito de Defraudación Tributaria - ocultamiento parcial de rentas.

SEGUNDO: El Juzgado de Investigación Preparatoria declaró fundada la solicitud de tutela de derechos a favor del imputado Sánchez Paredes, en consecuencia nula la disposición de formalización de la investigación preparatoria, se retrotraiga el proceso hasta la investigación preliminar y exhorta para que se cumpla el procedimiento establecido en el artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal.

Contra dicha resolución el señor Fiscal Provincial y la Parte Civil interpusieron recurso de apelación por escritos de fojas veinticuatro y treinta y seis respectivamente. Este recurso fue concedido por auto de fojas cuarenta y tres, del doce de enero de dos mil diez.

II. Del trámite recursal en Segunda Instancia.

TERCERO: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, realizó la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas ciento siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, donde se cumplió con emitir y leer el auto de apelación.

CUARTO: La resolución de apelación recurrida en casación revocó la resolución de primera instancia que declaró fundada la solicitud de tutela de derechos a favor del imputado Sánchez Paredes, y reformándola declaró improcedente dicha solicitud, remitiendo lo actuado al juzgado de origen para los fines pertinentes.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Sánchez Paredes.

QUINTO: Leída la resolución de la Sala Penal de Apelaciones, el imputado Sánchez Paredes formalizó el recurso de casación mediante escrito de fojas ciento diez. Introdujo cinco motivos de casación: **a)** inobservancia de la garantía de defensa procesal en las diligencias preliminares [casación constitucional: artículo ciento treinta y nueve apartado cuatro de la Constitución, en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal]; **b)** inobservancia del debido proceso, específicamente, del plazo razonable [casación constitucional: artículo ciento treinta y nueve apartado tres de la Constitución, en concordancia con el artículo I apartado uno IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal]; **c)** Inobservancia del artículo trescientos treinta del nuevo Código Procesal Penal en su relación con el artículo trescientos treinta y seis del nuevo Código Procesal Penal [casación procesal]; **d)** inobservancia del artículo setenta y uno apartado cuatro, del nuevo Código Procesal Penal [casación procesal]; y **e)** inobservancia del artículo trescientos treinta y seis apartado uno del nuevo Código Procesal Penal [casación procesal].

Concedido el recurso por auto de fojas ciento setenta y tres, del treinta de junio de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas cuarenta y siete, del cuaderno de casación, del trece de septiembre de dos mil diez, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por los siguientes motivos: **i)** los alcances de la diligencias preliminares [artículo trescientos treinta, apartado uno y dos del nuevo Código Procesal Penal]; **ii)** la correcta definición del alcance y ámbito de la acción de tutela ordinaria [artículo setenta y uno, apartado cuatro del nuevo Código Procesal Penal]; y **iii)** observancia o no de las garantías de defensa procesal y el plazo razonable.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado Sánchez Paredes, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el cinco de julio, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por el Secretario de la Sala el día veinte de julio de dos mil once a horas ocho horas con cuarenta y cinco minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y siete, del cuaderno de casación, del trece de septiembre de dos mil diez, los motivos del recurso de casación son establecer: **i)** los alcances de la diligencias preliminares [artículo trescientos treinta, apartado uno y dos del nuevo Código Procesal Penal]; **ii)** la correcta definición del alcance y ámbito de la acción de tutela ordinaria [artículo setenta y uno, apartado cuatro del nuevo Código Procesal Penal]; y **iii)** observancia o no de las garantías de defensa procesal y el plazo razonable.

SEGUNDO: El recurrente alega que el Fiscal Provincial al recibir la denuncia de parte -formulada por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria [en adelante SUNAT]- dispuso la realización de diligencias preliminares porque el “informe sobre indicios de defraudación tributaria” presentado en la denuncia del órgano tributario no era suficiente para formar causa probable, por lo que ordenó se realice una pericia contable oficial, cuyos resultados coincidían con el informe aparejado en la denuncia de SUNAT, ante lo cual el encausado Sánchez Paredes presentó observaciones al documento oficial y a la vez presentó una pericia de parte refutando las dos primeras, motivo por el cual solicitó que se proceda conforme al artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal, situación que no se llevó a cabo y por el contrario el Fiscal Provincial emitió la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, contraviniendo el artículo sesenta y cinco apartado cuatro de la citada norma procesal.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: El auto superior impugnado en casación precisa lo siguiente:

A. El nuevo Código Procesal Penal establece un proceso único que está formado por tres etapas: la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el Juggamiento. El primero de ellos se encuentra comprendido por dos sub fases: las investigaciones preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha.

B. Las diligencias de la investigación preliminar se encuentran a cargo del representante del Ministerio Público, que es el titular del ejercicio de la acción penal y decide la estrategia de investigación adecuada, programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios para la eficacia de la misma. En la investigación del delito deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes de la comisión, conforme lo establecen los artículos sesenta y sesenta y cinco del nuevo Código Procesal Penal.

C. El señor Fiscal Provincial ha considerado necesario que el Informe Pericial de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y la Pericia Oficial son suficientes para la finalidad que perseguía en la investigación preliminar, por lo que no corresponde al Órgano Jurisdiccional cuestionar dicha decisión, debido a que en el nuevo Código Procesal Penal no existe el Juez Inquisitivo -véase artículo trescientos treinta y siete de la norma procesal penal-, sino él actúa sólo con la finalidad de tutelar derechos que se hubieran vulnerado durante la citada investigación -véase artículo setenta y uno del código Adjetivo-.

D. El plazo de la investigación preliminar ha sobrepasado en exceso si se tiene en cuenta que se inició el veinticuatro de junio de dos mil nueve y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria fue el uno de diciembre de dos mil nueve, esto es, después de más de cinco meses. Además el hecho de no haberse observado las reglas establecidas en el artículo ciento ochenta del nuevo Código Procesal Penal -de no haberse trasladado las observaciones efectuadas a la pericia oficial- no significa que ya no se puedan llevar a cabo, si tenemos en cuenta que el proceso penal recién comienza y fácilmente las partes procesales podrían presentar los medios probatorios que consideren pertinentes en la investigación preparatoria o el juggamiento.

E. En tal sentido no se ha vulnerado ningún derecho fundamental o procesal del imputado Sánchez Paredes.

Los enunciados antes enumerados constituyeron los fundamentos de la decisión adoptada, que constituyen la base de los motivos de casación constitucional.

III. Sobre los alcances de las diligencias preliminares [artículo trescientos treinta, apartado uno y dos del nuevo Código Procesal Penal] y la observancia o no de las garantías de defensa procesal y el plazo razonable.

CUARTO: Las diligencias preliminares es una fase pre-jurisdiccional, porque se encuentra en el contexto que el Fiscal ya conoció la noticia criminal, pero aún no ha resuelto formalizar la investigación y dar inicio a la investigación preparatoria; en ella se busca verificar si el conocimiento que se tiene de la sospecha de un delito -sea de oficio o por la parte denunciante- tiene un contenido de verosimilitud y ver si existen elementos probatorios suficientes para continuar con la persecución de delitos y sus autores, se funda en la necesidad de determinar los presupuestos formales para iniciar válidamente la investigación judicial y por ende el proceso penal; que, además, la investigación preliminar que realiza el fiscal en su despacho o la policía bajo su supervisión, la realiza con el fin de establecer: i) si el hecho denunciado es delito, ii) si se ha individualizado a su presunto autor, y iii) si la acción penal no ha prescrito. Si no existe alguno de esos requisitos el fiscal debe archivar provisionalmente o definitivamente los actuados. Las diligencias preliminares son importantes en tanto aseguran el cuerpo del delito, esto es, los elementos de prueba que por su naturaleza y característica son considerados actos urgentes e irreproducibles, de ahí que estas diligencias se constituyan luego en prueba preconstituida que entrará al proceso para ser valorada por el Tribunal.

El plazo de la investigación preliminar es de veinte días, pero el Fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación, conforme lo preceptúa el artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos del nuevo Código Procesal Penal.

QUINTO: En el presente caso, el Fiscal mediante la Disposición número uno, de fojas setenta y uno, del cuadernillo de casación, del veinticuatro de junio de dos mil nueve dispuso aperturar investigación preliminar por el plazo de sesenta días con la finalidad que se realicen varias diligencias -entre ellas la pericia contable correspondiente-, posteriormente mediante disposición de fojas setenta y ocho, del veinticinco de septiembre de dos mil nueve se dispuso ampliar dicho plazo por treinta días; después el dieciséis de noviembre de dos mil nueve, luego que se emitiera el Informe Contable, se puso a disposición de los sujetos procesales por el término de cinco días.

SEXTO: Ante ello el abogado del imputado Sánchez Paredes presentó observaciones al mencionado Informe Contable el veinticinco de noviembre de dos mil nueve -en base al artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal-, además que presentó una pericia de parte que contradecía al informe oficial, petición que no fue llevada a cabo por el representante del Ministerio Público, porque el uno de diciembre de dos mil nueve emitió la disposición de

Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria conforme se verifica a fojas ochenta y dos.

SÉPTIMO: Se debe tener en cuenta que en la investigación preliminar se dieron plazos no previstos en la norma procesal y en la jurisprudencia -en la investigación preliminar se estableció sesenta días [pese a que el inciso dos del artículo trescientos treinta y cuatro del Código Procesal Penal sólo fija veinte días], luego dicho plazo se amplió por treinta días más-, pero dicha situación no fue cuestionada por ninguna de las partes intervinientes en la citada investigación policial por lo que a estas alturas del proceso no resulta operante considerar una eventual nulidad por este motivo, más aún si a tenor del inciso dos del artículo ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal ***“los plazos que sólo tienen como fin regular la actividad de Jueces y Fiscales serán observados rigurosamente. Su inobservancia sólo acarrea responsabilidad disciplinaria”***.

En tal sentido cuando el imputado Sánchez Paredes realiza las observaciones al informe pericial oficial -el veinticinco de noviembre de dos mil nueve- y solicita se proceda conforme al artículo ciento ochenta del nuevo Código Procesal Penal, los plazos procesales ya habían terminado en exceso -luego de la ampliación respectiva el plazo se cumplió el veinticinco de octubre de dos mil nueve-, por lo que el Fiscal -luego que reuniera los elementos indiciarios o elementos reveladores de la comisión del delito y la participación de Sánchez Paredes- dispuso formalizar la investigación preparatoria, que no significa la determinación de la comisión del delito y/o la responsabilidad penal del imputado, sino sólo la existencia de indicios o sospecha de tales eventos, porque tal situación se determinará luego del desarrollo de la etapa de juzgamiento.

En el presente caso no se advierten alguna vulneración constitucional o legal alguna en la resolución de la Sala Penal de Apelaciones, por lo que el motivo invocado por el recurrente no puede prosperar.

IV. La correcta definición del alcance y ámbito de la acción de tutela ordinaria [artículo setenta y uno, apartado cuatro del nuevo Código Procesal Penal].

OCTAVO: El nuevo Código Procesal Penal a diferencia del Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, tiene una regulación garantista que busca proteger los derechos de los intervinientes en el proceso penal, pues a partir de lo reconocido como derechos fundamentales se puede implementar una serie de derechos y garantías a través del proceso penal. Por ello en el marco de la actuación del imputado este ha sido investido de las garantías suficientes en un sistema acusatorio. De ahí que el imputado puede hacer valer sus derechos por sí mismo o a través de un abogado desde el inicio de las primeras diligencias preliminares, en razón de ello se ha previsto una serie de derechos que se deben

poner en conocimiento de manera inmediata y comprensible al imputado por parte de los Jueces, Fiscales y Policía Nacional.

El fundamento para otorgarle derechos al imputado es la dignidad de la persona humana, principio constitucionalmente reconocido del que se derivan todos los demás derechos, entre ellos, el de presunción de inocencia previsto y reconocido en el apartado dos del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal ***“Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada”***. Lo regulado en esta norma procesal está en concordancia con la Constitución cuando afirma que son principios de la función jurisdiccional el acceso al Órgano Jurisdiccional a través de la tutela jurisdiccional y el debido proceso -véase apartado tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución-.

Además el nuevo Código Procesal Penal establece en beneficio del imputado la audiencia de tutela de derechos, en ese sentido, cuando se considere que de las diligencias preliminares o que en la investigación preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones (relativas a sus derechos), o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la investigación preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que corresponda según lo establece el apartado cuatro del artículo setenta y uno del Código adjetivo, esta solicitud la resolverá este mismo Juez previa audiencia, en la cual el Abogado defensor expondrá los argumentos por los cuales cree que su patrocinado ha sido afectado en sus derechos, le seguirá en turno el Fiscal con sus alegaciones de descargo y el Juez resolverá al final.

NOVENO: Esta facultad que le otorga la norma procesal al imputado puede hacerse valer siempre y cuando se vulnere alguna garantía constitucional, sustantiva o procesal, caso contrario no procede la acción de tutela de derechos.

En el presente caso, conforme a los fundamentos jurídicos precedentes se ha determinado que el representante del Ministerio Público durante la investigación preliminar no ha vulnerado la norma procesal penal -específicamente el artículo ciento ochenta del Código Procesal Penal-, debido a que los plazos ya se habían vencido, por lo que no cabía correr traslado de las observaciones realizadas a la pericia oficial, tanto más, si en dicha fase sólo se recaban indicios reveladores de la comisión del delito y algún cuestionamiento al mencionado informe pericial lo puede efectuar en la investigación preparatoria o incluso en el juzgamiento.

DÉCIMO: Si bien en la audiencia de fecha veinte de enero de dos mil diez, cuya acta corre a fojas sesenta y seis, luego de escuchar a las partes procesales, el Colegiado dispuso dar por cerrado el debate y suspendió la audiencia para el día veintisiete de enero de dos mil diez a fin de expedir la resolución que corresponda, esto es, después de siete días, situación que contraíene el apartado cuatro del artículo setenta y uno del nuevo Código Procesal Penal -que establece que la solicitud del imputado se resolverá inmediatamente a la realización de la audiencia-, sin embargo, dicha inobservancia no puede ser causal de nulidad de los actos procesales subsiguientes, pues esta contingencia en el contexto del proceso no está revestida de una especial relevancia como sustentar tal consecuencia, sobre todo si como se tiene dicho en lo actuado no aparecen indicadores que evidencien la vulneración de derechos fundamentales, aparte que la situación suscitada resulta convalidable en armonía con el inciso uno punto c) del artículo ciento cincuenta y dos del acotado Código Procesal.

UNDÉCIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del medio impugnatorio. El presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, *a contrario sensu*, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de preceptos constitucionales y de normas procesales ordinarias contra el auto superior de fojas ciento siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, que revocando el auto de fojas veintidós, del seis de enero de dos mil diez declaró improcedente su solicitud de tutela de derechos por vulneración de la garantía de defensa procesal; en el proceso penal seguido contra Fortunato Wilmer Sánchez Paredes por delito de Defraudación Tributaria en agravio del Estado - SUNAT.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado Fortunato Wilmer Sánchez Paredes; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

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

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

TUTELA DE DERECHOS Y DERECHO A LA PRUEBA DEL SOSPECHOSO CASACIÓN N° 14-2010-LA LIBERTAD

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA¹

SUMILLA:

Casación N° 14-2010 La Libertad del 5 de julio del 2011

“El representante del Ministerio Público durante la investigación preliminar no ha vulnerado (...) el artículo 180 del Código Procesal Penal, debido a que los plazos ya habían vencido, por lo que no cabía correr traslado de las observaciones realizadas a la pericia oficial, tanto más, si en dicha fase sólo se recaban indicios reveladores de la comisión del delito y algún cuestionamiento al mencionado informe policial lo puede efectuar en la investigación preparatoria e incluso en el juzgamiento”.

1. ANÁLISIS Y COMENTARIO DE LA CASACIÓN

1.1. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

Fortunato Wilmer Sánchez Paredes interpuso una Tutela de Derechos con la finalidad de que se declare la nulidad de la disposición de formalización de investigación preparatoria, y el proceso regrese a la etapa de investigación preliminar. En dicho proceso se realizó primero un informe sobre indicios de defraudación tributaria, y luego, una pericia contable oficial que ratificó los resultados hallados en el informe de la SUNAT.

Ante esta situación, Fortunato Wilmer Sánchez Paredes en ejercicio de su derecho de defensa, en el curso de la investigación preliminar, presentó una pericia de parte respecto del informe y pericia oficial desfavorables; por lo que solicitó la aplicación del artículo 180 del C.P.P., esto es que el peritaje de parte se ponga en conocimiento del perito oficial, para que en el término de cinco días se pronuncie sobre su mérito.

No obstante su pedido, el Ministerio Público no cumplió con el trámite previsto en el artículo 180 del C.P.P., y por el contrario, emitió la disposición de formalización de investigación preparatoria en su contra por el delito de Defraudación Tributaria en agravio del Estado-SUNAT.

1 Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa

1.2. ITINERARIO PROCESAL Y SECUENCIA ARGUMENTATIVA

La Tutela de Derechos planteada por Fortunato Wilmer Sánchez Paredes en un principio fue declarada Fundada, pero la Sala Penal de Apelaciones revocó la decisión de primera instancia y declaró Improcedente el pedido del demandante.

Los argumentos contenidos en el auto de los jueces superiores son los siguientes:

- Las diligencias de investigación preliminar se encuentran a cargo del representante del Ministerio Público, quien en su calidad de titular de la acción penal decide la estrategia de la investigación;
- El Ministerio Público ha considerado suficientes el informe sobre indicios y la pericia contable oficial para concluir las diligencias preliminares y formalizar la investigación preparatoria, por lo que no corresponde al juez cuestionar las decisiones fiscales, en atención a que en el nuevo modelo procesal ya no existe un juez inquisitivo, y el juez únicamente puede intervenir ante la vulneración de derechos fundamentales en la investigación;
- El plazo de la investigación preliminar sobrepasó en exceso, y la ausencia de traslado de las observaciones efectuadas a la pericia oficial, no significaba que no se lograra completar el trámite del artículo 180 del C.P.P. durante el curso de la recién instaurada investigación preparatoria.

A nivel de la Corte Suprema de la República este proceso derivó en la Casación N° 14-2010 La Libertad del 5 de julio del 2011, donde se declaró Infundado el Recurso de Casación de Fortunato Wilmer Sánchez Paredes, y por ende se ratificó la Improcedencia de la Tutela de Derechos declarada por la Sala Penal de Apelaciones. El razonamiento de la Casación N° 14-2010 La Libertad puede ser sintetizado a través de los siguientes argumentos:

- En la investigación preliminar se busca verificar si la sospecha de un delito tiene un contenido de verosimilitud, entendido como suficientes elementos de convicción para continuar con la persecución de los delitos y sus autores;
- Al momento en que el investigado o sospechoso efectuó las observaciones al informe pericial contable ya los plazos procesales de la investigación preliminar habían vencido con exceso;

- En las diligencias preliminares sólo se recaban indicios reveladores de la comisión del delito y el cuestionamiento al informe pericial oficial puede llevarse a cabo tranquilamente en la investigación preparatoria;

1.3. LA TUTELA DE DERECHOS Y LOS REQUERIMIENTOS ILEGALES

Desde el punto de vista procesal la Tutela de Derechos, según el artículo 71 del C.P.P., es un mecanismo procesal que tiene como finalidad cautelar los derechos del sospechoso o imputado frente a las medidas limitativas indebidas o requerimientos ilegales. Su ejercicio está vigente desde el inicio de las diligencias preliminares hasta la culminación de la investigación preparatoria.

La Tutela de Derechos tiene las características siguientes:

- a) Residual**, por cuanto únicamente se puede interponer respecto de los requerimientos ilegales que atentan contra los derechos fundamentales enumerados en el artículo 71.2 incisos a) a f) del C.P.P., y residualmente cuando no exista una vía procesal para la reclamación del derecho afectado.
- b) Autónoma**, pues su trámite es independiente en cuaderno aparte y no suspende, ni interrumpe el desarrollo de la investigación preparatoria.
- c) Inmediata**, ya que se resuelve de manera automática de plano o en audiencia especial a la brevedad;
- d) Preclusoria**, porque únicamente se puede entablar durante la vigencia de la investigación preparatoria incluyendo las diligencias preliminares;
- e) Reparadora**, en vista de que tiene como objetivo controlar judicialmente la actuación fiscal, para reparar el daño generado;
- f) Igualadora**, puesto que tiende a equiparar al imputado en el curso de la investigación preparatoria en cautela del derecho a la igualdad de armas, y con el objeto de equilibrar al sospecho o imputado con el Ministerio Público, que está a cargo del monopolio de las investigaciones².

2 COAGUILA VALDIVIA, Jaime. *Los Derechos del Imputado y la Tutela de Derechos en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, IDEMSA, 2013, Segunda Edición, pp. 42-46.

De lo anterior cabe resaltar dos puntos importantes para el análisis de la Casación N° 14-2010 La Libertad, en primer lugar la posibilidad de que la Tutela de Derechos pueda ser formulada no sólo por el imputado en la investigación preparatoria, sino incluso por el investigado, sospechoso o no imputado durante el transcurso de la investigación preliminar; ya que en dicho período es también probable que se vulneren sus derechos fundamentales por parte de requerimientos ilegales del Ministerio Público.

En segundo lugar merece recalcar la característica de residual de la Tutela de Derechos, que la hace viable ante cualquier clase de requerimiento ilegal, medida limitativa indebida o incumplimiento de disposiciones, que atente contra el contenido esencial de los derechos fundamentales del sospechoso, y siempre y cuando, no exista otra vía procesal definida para salvaguardarlos.

1.4. EL DERECHO A PROBAR DEL SOSPECHOSO

El Tribunal Constitucional Peruano en el **Fundamento Jurídico 1 y 15 Expediente N° 6712-2005-HC/TC LIMA** del 17 de octubre del 2015 definió al derecho a probar como uno de los componentes del derecho a la tutela procesal efectiva, y que por su naturaleza compleja se encuentra compuesto por:

“El derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia”.

En este contexto, el **derecho a probar** comprende el derecho a **ofrecer** medios de prueba, a que estos sean **admitidos** siempre y cuando cumplan con los requisitos legales, el derecho a su **actuación** en el proceso y a su **valoración** racional por parte de los jueces.

En el caso materia de análisis existen dos asuntos que merecen dilucidarse previamente para comprender los verdaderos alcances de la Tutela de Derechos planteada, por una parte la posibilidad de que el sospechoso o no imputado presente medios de prueba en la fase de diligencias preliminares; y de otro lado, si a dicho ofrecimiento le corresponde el trámite previsto en el artículo 180 del C.P.P.

En relación a la titularidad del derecho fundamental a probar en su vertiente del derecho al ofrecimiento de pruebas por parte del sospechoso o investigado, debe anotarse que no es factible limitar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva sólo para el imputado, sino que

dicha protección irradia sus efectos para todas las personas naturales por su condición de tales a lo largo del proceso en su etapa preliminar o preparatoria.

Así el sospechoso goza igualmente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y en consecuencia, del derecho a probar en el sentido de que puede ofrecer medios de prueba en las diligencias preliminares a efecto de que se admitan, se actúen y sean valorados en la disposición que dé por concluidas dichas diligencias para rechazar o formalizar la investigación preparatoria.

Sobre este tema en la práctica fiscal se advierte que el sospechoso o investigado se encuentra en una incómoda situación durante las diligencias preliminares, por cuanto en algunos supuestos se permite su participación irrestricta presentando documentación u ofreciendo prueba pericial o testimonial; en tanto en otros casos se restringe la actuación de los mismos medios de prueba por no tener la condición de imputado en esta etapa.

La imposibilidad de ofrecer prueba también tiene especial incidencia en el ejercicio del reexamen de medio de prueba a nivel judicial, que pueden ejercer las partes al amparo del artículo 337.5 del C.P.P., lo que restringiría al máximo las oportunidades del sospechoso para ofrecer y actuar prueba. Es claro que, precisamente en atención a la especial vulnerabilidad de los investigados en la etapa de diligencias preliminares dirigida por el Ministerio Público, lo más razonable resulta optimizar sus derechos para evitar el ejercicio arbitrario de las atribuciones conferidas al ente persecutor del delito.

En cuanto a la aplicación del artículo 180 del C.P.P sobre el procedimiento de la absolución de las observaciones por los peritos oficiales, en principio es evidente que si el sospechoso tiene derecho a ofrecer pruebas, entonces también se le confiere el derecho a la admisión de dichos medios de prueba, sobretodo en el caso de pericias de parte, que por su naturaleza merecen ser conocidas por los peritos oficiales, para que emitan pronunciamiento sobre el particular. No obstante aquí entra en juego el Principio de Preclusión Procesal, que limita la actuación de pruebas en base al estadio procesal en el que se encuentre el proceso.

En el caso concreto existe un consenso, tanto en la sentencia de segunda instancia como el razonamiento explicitado por la Corte Suprema de la República, al coincidir en que al momento de la presentación de la pericia de parte por el investigado, ya se encontraba agotado en demasía el plazo de las diligencias preliminares; por lo que no era posible llevar a cabo el trámite del artículo 180 del C.P.P. ante la eventual vulneración del plazo razonable.

Pero adicionalmente, existe una razón más poderosa para validar el pronunciamiento de la Casación N° 14-2010 La Libertad, como es el hecho de que durante las diligencias preliminares

el Ministerio Público se encuentra totalmente a cargo de su conducción, de tal forma que el Juez de Investigación Preparatoria no tiene ningún conocimiento de sus disposiciones ni actuaciones fiscales, a excepción de que se formule alguna clase de requerimiento ilegal que justifique su intervención.

La dirección del Ministerio Público, como lo ha advertido la citada Casación, tiene el propósito de recabar indicios reveladores del delito para superar el estándar suficiente para llevar a cabo una investigación preparatoria con la plena identificación de los hechos atribuidos, el autor y los elementos de convicción susceptibles de ser actuados. No se exige que a nivel preliminar se agoten todas las diligencias de las partes, ni se absuelvan todas las incertidumbres, si más bien dichas actuaciones pueden llevarse a cabo con mayor garantía en una investigación formal bajo la cautela del juez de investigación preparatoria.

En esta dimensión no se advierte agravio al sospechoso, al instante de concluir las diligencias preliminares y formalizar investigación preparatoria, sin realizar el procedimiento del artículo 180 del C.P.P.; porque la pericia de parte puede muy bien examinarse con mayor detalle luego de la formalización fiscal y con los traslados respectivos para la absolución de observaciones, sin que ello implique vulneración al derecho a probar u ofrecer medios de prueba.

Así la decisión de desestimar la Tutela de Derechos no afecta el contenido esencial del derecho constitucional a la prueba, en atención a que no se ha privado al sospechoso de ofrecer la prueba, ni tampoco de admitirla, actuarla o valorarla en su oportuno momento, resultando la aplicación del Principio de Preclusión Procesal una actuación que no afecta el contenido esencial del derecho fundamental de la parte investigada.

1.5. EL JUEZ CONSTITUCIONAL DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Si bien es cierto la nomenclatura del Código Procesal Penal ha puesto énfasis en la participación del Juez de Investigación Preparatoria para controlar las investigaciones formalizadas; sin embargo nada obsta para que este tipo de juez de garantía intervenga igualmente en el período de la investigación preliminar bajo los parámetros esbozados en el artículo 71.2 del C.P.P., con la atingencia de que su actuación concurre cuando los derechos del sospechoso no son respetados, o es objeto de medidas limitativas indebidas o requerimientos ilegales.

Quizás en este tema la Casación N° 14-2010 La Libertad invoque innecesariamente la contraposición entre el juez instructor del modelo inquisitorial y juez de investigación preparatoria del modelo acusatorio, ya que la salvaguarda de los derechos fundamentales

Le correspondía a ambos jueces, con la diferencia de que en el nuevo modelo procesal existen instituciones específicas como la Tutela de Derechos, para lograr una eficaz y abreviada solución a esta clase de problemas. La raigambre inquisitorial del proceso no determina la vulneración automática del derecho a probar, puesto que la oportunidad del ofrecimiento y actuación de pruebas estuvo siempre limitada por el Principio de Preclusión Procesal, como ocurría en las investigaciones a nivel fiscal antes de la expedición del auto de apertura de instrucción por el juez instructor en el Código de Procedimientos Penales.

En puridad, el tema se reduce a que la parte investigada no puede condicionar al Ministerio Público a quebrantar los plazos procesales, ni obligarlo a que no formalice investigación probatoria cuando se supere el estándar suficiente para instaurar investigación preparatoria; admitir lo contrario sería conferir al investigado o sospechoso el poder de disponer a su antojo de las investigaciones sin tomar en cuenta que la Fiscalía es la encargada de su dirección real y estratégica. Todo ello sin perjuicio de recurrir al juez de investigación preparatoria de turno para garantizar sus derechos y evitar arbitrariedades.

2. CONCLUSIONES

La decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 14-2010 La Libertad del 5 de julio del 2011 cumple con analizar el derecho a probar en su vertiente del derecho a ofrecer y actuar pruebas en la investigación preliminar por parte del investigado o sospechoso, en armonía con el Principio de Preclusión Procesal que estipula la vigencia de plazos para el agotamiento de cada etapa del proceso penal.

Así queda confirmado que la Tutela de Derechos sólo procede de manera residual cuando se vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales ante el incumplimiento de disposiciones, la vulneración o existencia de medidas limitativas de derechos o requerimientos ilegales, y en tanto no exista otra vía idónea para tramitar el reclamo planteado.

En el caso analizado, el incumplimiento del trámite del artículo 180 del C.P.P. para las observaciones de una pericia oficial en una investigación preliminar, no trae consigo necesariamente la transgresión del derecho a probar en su vertiente del derecho a ofrecer y actuar pruebas, si luego de formalizada la investigación preparatoria aún se puede cumplir con responder a las observaciones planteadas bajo la vigilancia del juez de garantía.

La parte resolutive de la Casación N° 14-2010 La Libertad del 5 de julio del 2011 que sintetiza el pronunciamiento final, ratificando la Improcedencia de la Tutela de Derechos, en su parte pertinente reza como sigue:

*“Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de preceptos constitucionales y de normas procesales ordinarias contra el auto superior (...) del veintisiete de enero del dos mil diez, que revocando el auto (...) del seis de enero del dos mil diez, declaró improcedente su solicitud de tutela de derechos por vulneración de la garantía de defensa procesal; en el proceso penal seguido contra Fortunato Wilmer Sánchez Paredes por delito de Defraudación Tributaria en agravio del Estado - SUNAT”*

06

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 73-2010
MOQUEGUA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de abril de dos mil once .-

VISTOS; en audiencia privada; el **recurso de casación** por inobservancia de la garantía constitucional de presunción de inocencia, interpuesto por el encausado RICHARD JOHEL MAMANI GALLEGOS contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cinco, del cuatro de junio de dos mil diez, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos nueve, del veinticuatro de marzo de dos mil diez, lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V. a siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la agraviada.

Interviene como ponente el señor Calderón Castillo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: EL encausado Richard Johel Mamani Gallegos fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Así consta de la disposición de fojas cuatro, del dieciséis de marzo de dos mil nueve, que formalizó la investigación preparatoria en su contra por delito contra la Libertad Sexual - actos contra el pudor de menor previsto en el artículo ciento setenta y seis - A, inciso uno del Código Penal en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V..

Seguida la causa conforme a su naturaleza sumaria, el señor Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas cincuenta y cuatro, del veintinueve de septiembre de dos mil nueve, -del cuaderno de debate-, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

El Juez de la Investigación Preparatoria dictó el auto de enjuiciamiento de fojas ciento cuatro, del cinco de enero de dos mil diez. El auto de citación a juicio de fojas ciento diecinueve, del veinticinco de enero de dos mil diez, fue emitido por el Juggado Penal Colegiado.

SEGUNDO: Seguido el juicio de primera instancia -véase acta de fojas ciento treinta y cuatro, ciento cincuenta y cinco y ciento setenta y siete-, el Juggado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas doscientos nueve, del veinticuatro de marzo de dos mil diez, que condenó a Richard Johel Mamani Gallegos como autor del delito contra la libertad sexual – actos contra el pudor de menor de edad en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V. a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta y fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de la agraviada; además de haber dispuesto el tratamiento terapéutico a favor del condenado.

Contra la referida sentencia, el representante del Ministerio Público, el actor civil y el imputado interpusieron recursos de apelación por escritos de fojas doscientos treinta y cinco, doscientos cuarenta y dos y doscientos cuarenta y nueve, respectivamente. Estos recursos fueron concedidos por autos de fojas doscientos treinta y nueve, doscientos cuarenta y seis y doscientos cincuenta y cinco.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Tribunal Superior, culminada la fase de traslado de la impugnación y ofrecida prueba documental por el recurrente, la declaró improcedente. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas doscientos sesenta y siete, del uno de junio de dos mil diez, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas doscientos setenta y cinco, del cuatro de junio de dos mil diez.

CUARTO: La sentencia de vista recurrida en casación, por unanimidad, confirmó en parte la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a Richard Johel Mamani Gallegos como autor del delito contra la libertad sexual - actos contra el pudor de menor de edad en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V., así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de la agraviada. Por otro lado, revocó el fallo de instancia y en su reemplazo sancionó al condenado a siete años de pena privativa de libertad.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Mamani Gallegos.

QUINTO: Leída la sentencia de vista, el acusado Mamani Gallegos interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos noventa y uno. Introdujo dos motivos de casación: **a)** inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia; **b)** inobservancia de las normas legales de carácter procesal.

Concedido el recurso por auto de fojas doscientos noventa y siete, del veintidós de junio de dos mil diez, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha doce de julio de dos mil diez.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas treinta, del cuaderno de casación, del veintidós de noviembre de dos mil diez, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado defensor del acusado Mamani Gallegos, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el catorce de abril, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asistan- se realizará por la Secretaria de la Sala el día veintiocho de abril a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas treinta, del cuaderno de casación, del veintidós de noviembre de dos mil diez, el motivo del recurso de casación se centra en la vulneración del precepto constitucional de presunción de inocencia -artículo dos, apartado veinticuatro, parágrafo e) de la Constitución-.

SEGUNDO: El agravio: vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, consiste en que -según el recurrente-.

(i) Se le condenó en base a una evidente insuficiencia probatoria.

(ii) Una de las pruebas en las que el *Ad quem* basó su juicio de condena fue la declaración referencial de la menor agraviada, sin embargo, dicha prueba había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia.

(iii) Que por tanto, no existía prueba suficiente para que sea condenado.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que la versión de la menor ha sido corroborada por el testigo Luis Eduardo Romero Salas en la Audiencia de Juggamiento, oportunidad en la que mencionó que una niña -la agraviada- salió de una casa llorando y gritando, y al preguntarle por lo ocurrido la niña se le acercó y le dijo que un hombre que está trabajando en su casa le había tocado sus partes y besado en la boca, procediendo luego a tomar de la mano al deponente para llevarlo a su casa, en donde subieron al segundo piso en busca de la persona que le había efectuado los tocamientos ya mencionados. Según este testigo la niña luego de observar a todos los trabajadores manifestó que no estaba entre los presentes, subiendo luego al tercer piso y hacia el fondo en donde estaba una persona que regaba con una manguera y como a dos metros y medio de distancia, señaló de frente al encausado Mamani Gallegos, como el responsable.

B. Que, el dictamen pericial psicológico de fecha veintiuno de febrero de dos mil nueve, realizado a la menor agraviada por la Psicóloga Ana María Mamani Chahuayo del Instituto de Medicina Legal del Perú, expresamente refiere: *“según criterio profesional en base a aplicación de Testimonio de Credibilidad se aprecia consistencia lógica y homogeneidad a la narración libre y preguntas concretas, gran número de detalles y sucesos con base temporal y espacial, descripción de interacciones entre la menor examinada y supuesto agresor, reproduce conversaciones con claridad y precisión, existencia de descripción de sentimientos “tenía mucho miedo y pensé en llamar a alguien que me ayude”, se evidencia coherencia en lo verbalizado (...)”*.

C. El sentenciado en la audiencia de apelación, si bien niega los cargos, reconoce que bajó al primer piso para abrir la llave del agua y también admite que cuando se encontraba en el techo del segundo piso mojando ladrillos para techar, subió la menor con el testigo Romero Salas, y entre los varios trabajadores, se acercó, lo identificó y lo señaló con el dedo de su mano, en presencia de dicho testigo. Ha referido también que ese día acababa de conocer a la niña y a sus padres, con los cuales no tiene enemistad ni problemas, por lo que se desvirtúa una posible sindicación falsa por enemistad, odios o rencillas.

D. Que, el **Aquo** en la sentencia recurrida también ha valorado testimoniales recibidas en el Juicio Oral de Prudencia Baca Ramírez, Justo Isidoro Mamani Ayna y Julio Agustín Mamani Cosi -padre del imputado-, quienes, entre otros participaron como trabajadores en el referido techamiento, de lo que se tiene en lo medular y uniforme de estos, que el imputado bajó a abrir el caño de agua del primer piso, que al rato la menor en compañía de Romero Salas, subió al segundo piso y entre los trabajadores existentes, identificó y señaló al imputado.

E. Que el **Aquo** en la sentencia recurrida también ha valorado testimoniales recibidas en el Juicio Oral de los padres de la menor agraviada, Luis Alberto Apaza Apaza y Yully Melua Velásquez Juárez, así como de los policías intervinientes en el día de los hechos Miguel Albino Quispe Carpio y Wilver Rosendo Mamani Cuayla, siendo de resaltar que la menor a éstos, indistintamente, les refirió de los actos contra el pudor en su agravio y también en presencia de los citados sindicó e identificó al imputado.

F. Que, por consiguiente, del análisis individual de la prueba mencionada y compulsada en su conjunto, teniendo en cuenta que todas ellas convergen a acreditar con suficiencia la imputación firme, constante y uniforme de la menor agraviada, llevando a certeza respecto a la comisión de los hechos incriminados.

Por lo que el **Aquo** ha realizado una debida valoración y compulsación de la prueba actuada.

Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base del motivo de casación constitucional.

III. Del motivo casacional. Presunción de Inocencia.

CUARTO: El recurrente denuncia que la sentencia de vista lo condenó en base a una evidente insuficiencia probatoria; que una de las pruebas en las que el **Ad quem** basó su juicio de condena fue la declaración referencial de la menor agraviada, sin embargo, dicha prueba había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia; que, por tanto, no existía prueba suficiente para que sea condenado.

QUINTO: Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación.

SEXTO: De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las declaraciones testimoniales de Luis Eduardo Romero Salas -persona que auxilió a la menor agraviada instantes después de haber sido víctima de tocamientos indebidos y que en la audiencia de juzgamiento reconoció físicamente al encausado Mamani Gallegos-, de los trabajadores que participaron en el techamiento de la casa en el que se produjo el hecho juzgado: Prudencio Baca Ramírez, Justo Isidoro Mamani Ayna y Julio Agustín Mamani Cosi -padre del imputado-; así como de Luis Alberto Apaza Apaza y Yully Melva Velásquez Juárez, progenitores de la víctima y de los policías intervinientes en el día de los hechos Miguel Albino Quispe Carpio y Wilver Rosendo Mamani Cuayla -quienes coinciden en señalar que el día de los hechos la menor, indistintamente, les refirió que momentos previos había sido víctima de tocamientos indebidos y que en ese mismo acto sindicó e identificó como el autor de tal hecho al imputado-, el dictamen pericial psicológico de fecha veintiuno de febrero de dos mil nueve, realizado a la niña por la Psicóloga Ana María Mamani Chahuayo del Instituto de Medicina Legal del Perú y la propia declaración del encausado.

Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan **cumplen el requisito de suficiencia probatoria.**

Que, no obstante, se aprecia que al emitirse la sentencia de apelación, el Tribunal Superior obvió considerar que la declaración referencial de la menor agraviada -de fojas veintiuno- había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia -por haber sido obtenida sin las garantías y formalidades establecidas por la ley procesal-; sin embargo, dicha circunstancia no ocasiona vicio en la sentencia de vista, pues a la luz de lo actuado, tanto en primera como en segunda instancia, no era esencial ni decisiva para resolver el caso judicial a su favor y enervar las demás pruebas de cargo e indicios que se verificaron en su contra.

Para apreciar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética: la prueba será decisiva y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando, su supresión o reposición mental, genera conclusiones necesariamente distintas.

En el presente caso, aún suprimiendo hipotéticamente la declaración referencial de la menor agraviada prestada ante el representante del Ministerio Público a fojas veintiuno, no variaría el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena -se mantendría incólume- pues existen otros elementos de convicción e indicios que fueron utilizados, tanto por los

Juzgadores de primera instancia como por el Tribunal de apelación, de acuerdo a la sana crítica racional –tiene suficiente cimentación legal–.

Por tanto, el motivo no puede prosperar.

SÉTIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. El recurrente no sólo ha sido declarado culpable sino que el presente recurso de casación ha sido desestimado [artículos quinientos apartado uno y quinientos cuatro apartado dos del nuevo Código Procesal Penal]. No han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, por lo que no cabe eximirlo del pago de las costas [artículo cuatrocientos noventa y siete apartado tres, a *contrario sensu*, del nuevo Código Procesal Penal].

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por el motivo de inobservancia de la garantía constitucional de presunción de inocencia, interpuesto por el encausado RICHARD JOHEL MAMANI GALLEGOS contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y cinco, del cuatro de junio de dos mil diez, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas doscientos nueve, del veinticuatro de marzo de dos mil diez, lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual – actos contra el pudor de menor en agravio de la menor de iniciales B.B.A.V. a siete años de pena privativa de libertad y tratamiento terapéutico, así como fijó en seis mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor de la agraviada.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso al acusado RICHARD JOHEL MAMANI GALLEGOS; **ORDENARON** que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

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

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.- Interviene el señor Santa María Morillo por licencia del señor Rodríguez Tineo.-

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

SUFICIENCIA PROBATORIA PARA ENERVAR EL PRINCIPIO DE INOCENCIA CASACIÓN N° 73-2010-MOQUEGUA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: JORGE ROSAS YATACO¹

1. SUMILLA:

El tema de la prueba es importante para determinar la culpabilidad o inocencia de una persona acusada. De este modo para sustentar una condena al acusado, la prueba a ser valorada debe ser lo suficiente para poder enervar el principio de inocencia y superar el estándar de más allá de toda duda razonable.

Frente a una imputación de hecho de la comisión de un delito a una persona, debe de investigarse, bien para reafirmar lo dicho o bien para descartar dicha afirmación. Y para concluir en cualquiera de estas aseveraciones, debemos fundar nuestra decisión en el material probatorio que hayamos recopilado. Entonces, es necesario haber indagado e incorporado los medios de prueba para demostrar la inocencia o la culpabilidad del denunciado.

Esta dimensión de “necesidad de la prueba” requiere una regulación específica tratándose del proceso penal. Esta especificidad del régimen de la prueba penal obedece a la vigencia de una serie de principios, relacionados con el carácter personalista del sistema penal en un Estado de derecho constitucional; los principios de la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, la prohibición de tortura como medio de obtención de la prueba, el derecho de no declarar en contra de uno mismo, la inviolabilidad del domicilio y la prohibición de registros privados. Estos principios funcionan como criterios de legitimidad de la construcción de la verdad en el proceso penal².

El que se haya excluido la declaración de la víctima -con lo cual no ha sido actuada y por ende valorada- del caudal probatorio, no implica necesariamente que haya insuficiencia probatoria, cuando existen otros medios con suficiente eficacia probatoria.

2. INTRODUCCIÓN

La Casación en comentario fue recurrida por el condenado por delito contra la libertad

1 Profesor en la Universidad Mayor de San Marcos, en la Universidad San Martín de Porres y en la Academia de la Magistratura.

2 URIBE ÁLVAREZ, Roberth, Elementos para una Teoría de los principios del Derecho Procesal Penal de un Estado constitucional, en *Reflexiones sobre el sistema acusatorio*, Librería Jurídica Sánchez, Colombia 2008, pág. 84.

sexual, alegando que se le condenó en base a una evidente insuficiencia probatoria, ya que una de las pruebas en las que se basó el **Ad quem** fue la declaración referencial de la menor agraviada cuando dicha prueba había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia y que, por tanto, no existía prueba suficiente para que sea condenado.

Los hechos, en concreto, se circunscriben en que la menor estando ese día en el primer piso de un inmueble, donde fue agredida sexualmente al habersele tocado sus partes y recibir un beso por parte del imputado, aprovechándose éste que se encontraba solo con la menor. Sucedido el hecho la niña acude inmediatamente a un vecino donde le cuenta lo ocurrido y éste la acompaña reconociendo al autor.

3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE CASACIÓN

3.1. Argumentos de la defensa

La defensa argumenta lo siguiente:

El agravio: vulneración de la garantía constitucional de **presunción de inocencia**, consiste en que -según el recurrente-:

- (i) Se le condenó en base a una evidente insuficiencia probatoria.
- (ii) Una de las pruebas en las que el **Ad quem** basó su juicio de condena fue la declaración referencial de la menor agraviada, sin embargo, dicha prueba había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia.
- (iii) Que por tanto, no existía prueba suficiente para que sea condenado.

3.2. Fundamentos de la Sala Penal

La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

A. Que la versión de la menor ha sido corroborada por el testigo Luis Eduardo Romero Salas en la Audiencia de Juzgamiento, oportunidad en la que mencionó que una niña -la agraviada- salió de una casa llorando y gritando, y al preguntarle por lo ocurrido la niña se le acercó y le dijo que un hombre que está trabajando en su casa le había tocado sus partes y besado en la boca, procediendo luego a tomar de la mano al deponente para llevarlo a su casa, en donde subieron al segundo piso en busca de la persona que le había efectuado los tocamientos ya mencionados. Según este testigo la niña luego de observar a todos los trabajadores manifestó que no estaba entre los presentes, subiendo luego al tercer piso y hacia el fondo en donde estaba una persona que regaba con una manguera y como a dos metros y medio de distancia, señaló de frente al encausado Mamani Gallegos, como el responsable.

B. Que, el dictamen pericial psicológico de fecha veintiuno de febrero de dos mil nueve, realizado a la menor agraviada por la Psicólogo Ana María Mamani Chahuayo del Instituto de Medicina Legal del Perú, expresamente refiere: “según criterio profesional en base a aplicación de Testimonio de Credibilidad se aprecia consistencia lógica y homogeneidad a la narración libre y preguntas concretas, gran número de detalles y sucesos con base temporal y espacial, descripción de interacciones entre la menor examinada y supuesto agresor, reproduce conversaciones con claridad y precisión, existencia de descripción de sentimientos “tenía mucho miedo y pensé en llamar a alguien que me ayude”, se evidencia coherencia en lo verbalizado (...)”

C. El sentenciado en la audiencia de apelación, si bien niega los cargos, reconoce que bajó al primer piso para abrir la llave del agua y también admite que cuando se encontraba en el techo del segundo piso mojando ladrillos para techar, subió la menor con el testigo Romero Salas, y entre los varios trabajadores, se acercó, lo identificó y lo señaló con el dedo de su mano, en presencia de dicho testigo. Ha referido también que ese día acababa de conocer a la niña y a sus padres, con los cuales no tiene enemistad ni problemas, por lo que se desvirtúa una posible sindicación falsa por enemistad, odios o rencillas.

D. Que, el Aquo en la sentencia recurrida también ha valorado testimoniales recibidas en el Juicio Oral de Prudencio Baca Ramírez, Justo Isidoro Mamani Ayna y Julio Agustín Mamani Cosi -padre del imputado-, quienes, entre otros participaron como trabajadores en el referido techamiento, de lo que se tiene en lo medular y uniforme de estos, que el imputado bajó a abrir el caño de agua del primer piso, que al rato la menor en compañía de Romero Salas, subió al segundo piso y entre los trabajadores existentes, identificó y señaló al imputado.

E. Que el Aquo en la sentencia recurrida también ha valorado testimoniales recibidas en el Juicio Oral de los padres de la menor agraviada, Luis Alberto Apaza Apaza y Yully Melua Velásquez Juárez, así como de los policías intervinientes en el día de los hechos Miguel Albino Quispe Carpió y Wilver Rosendo Mamani Cuayla, siendo de resaltar que la menor a éstos, indistintamente, les refirió de los actos contra el pudor en su agravio y también en presencia de los citados sindicó e identificó al imputado.

Que, por consiguiente, del análisis individual de la prueba mencionada y compulsada en su conjunto, teniendo en cuenta que todas ellas convergen a acreditar con suficiencia la imputación firme, constante y uniforme de la menor agraviada, llevando a certeza respecto a la comisión de los hechos incriminados. Por lo que el Aquo ha realizado una debida valoración y compulsación de la prueba actuada.

Estos son los fundamentos probatorios, en orden al juicio de culpabilidad, que constituyen la base del motivo de casación constitucional.

3.3. Argumentos de La Sala Penal Suprema

“Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio.

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra, y como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad a los Tribunales de primera instancia y de apelación.”

“De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito de las declaraciones testimoniales de Luis Eduardo Romero Salas -persona que auxilió a la menor agraviada instantes después de haber sido víctima de tocamientos indebidos y que en la audiencia de juzgamiento reconoció físicamente al encausado Mamani Gallegos-, de los trabajadores que participaron en el techamiento de la casa en el que se produjo el hecho juzgado: Prudencio Baca Ramírez, Justo Isidoro Mamani Ayna y Julio Agustín Mamani Cosi -padre del imputado-; así como de Luis Alberto Apaza Apaza y Yully Melva Velásquez Juárez, progenitores de la víctima y de los policías intervinientes en el día de los hechos Miguel Albino Quispe Carpió y Wilver Rosendo Mamani Cuayla -quienes coinciden en señalar que el día de los hechos la menor, indistintamente, les refirió que momentos previos había sido víctima de tocamientos indebidos y que en ese mismo acto sindicó e identificó como el autor de tal hecho al imputado-, el dictamen pericial psicológico de fecha veintiuno de febrero de dos mil nueve, realizado a la niña por la Psicóloga Ana María Mamani Chahuayo del Instituto de Medicina Legal del Perú y la propia declaración del encausado.

Así expuestos, los medios de prueba invocados y el elemento probatorio que aportan cumplen el requisito de suficiencia probatoria.

Que, no obstante, se aprecia que al emitirse la sentencia de apelación, el Tribunal Superior obvió considerar que la declaración referencial de la menor agraviada -de fojas veintiuno- había sido excluida del acervo probatorio en primera instancia -por haber sido obtenida sin las garantías y formalidades establecidas por la ley procesal-; sin embargo, dicha circunstancia no ocasiona vicio en la sentencia de vista, pues a la luz de lo actuado, tanto en primera como en segunda instancia, no era esencial ni decisiva para resolver el caso judicial a su favor y enervar las demás pruebas de cargo e indicios que se verificaron en su contra.

Para apreciar si la prueba omitida es decisiva, se acude al método de la supresión hipotética: la prueba será decisiva y su validez afectará de manera fundamental a la motivación cuando, su supresión o reposición mental, genera conclusiones necesariamente distintas.

En el presente caso, aun suprimiendo hipotéticamente la declaración referencial de la menor agraviada prestada ante el representante del Ministerio Público a fojas veintiuno, no variaría el sentido de la decisión final adoptada en la sentencia de condena -se mantendría incólume- pues existen otros elementos de convicción e indicios que fueron utilizados, tanto por los Jueces de primera instancia como por el Tribunal de apelación, de acuerdo a la sana crítica racional -tiene suficiente cimentación legal-."

3.4. Análisis

Del análisis de la siguiente ejecutoria suprema podemos considerar que efectivamente, tal como así se sustenta, los medios de prueba actuados contienen **elementos de prueba** que crean convicción sobre la existencia del delito así como su vinculación con el imputado. Pues, se puede denominar bajo estos términos al dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siéndole útil al juez para rechazar o admitir en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. De manera que es menester que el dato sea "objetivo" en cuanto ajeno al conocimiento privado del juez, y que sea incorporado al proceso en forma legal, esto es, respetándose las garantías constitucionales y las reglas procesales de incorporación de pruebas. Pero su utilidad, entendida como idoneidad probatoria, será meritada por el juez en el momento de dictar sentencia³.

3 JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, Rubingal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2012, pág. 702.

Cafferata Nores⁴ dice que elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva.

En esa misma línea de interpretación Cubas Villanueva⁵ considera que la prueba se nos presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento, por tanto, es también una actividad de verificación de exactitud de las afirmaciones realizadas por las distintas partes procesales, es decir, de que dichas afirmaciones coinciden con la realidad. La prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso.

Por su parte, Rubén A. Chaía⁶, señala que se llama a los elementos de prueba a los hechos y circunstancias que fundan la convicción del juez y que pueden ser examinados por todos los sujetos de la relación procesal, cuestión que hace a la comunidad de la prueba. Estos elementos se comprueban mediante la utilización de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proceso, siéndole útil al juzgador para rechazar o admitir en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. Incorporados al proceso, significa que deben existir objetivamente y en conformidad con las garantías dispuestas en la ley. No han de resultar de simples conjeturas, impresiones, imaginaciones u opiniones carentes de base externa al juez. Si esta regla es infringida por el juzgador, la fuente de prueba sería incontrolable e ilegítima.

De la noción expuesta se advierte que el elemento de prueba contiene una serie de características, entre las cuales podemos señalar: **a) la objetividad**, según el cual el dato o la información que se suministra debe provenir del mundo externo al proceso, es decir, de la realidad, de lo físico y que existe; **b) legalidad**, en tanto, sea presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido -de cuya fuente se haya obtenido sin vulnerar el debido proceso-, sin posibilidad alguna de ser cuestionado y se proponga su nulidad; **c) relevancia**, cuando el elemento de prueba permita fundar sobre el hecho un juicio de probabilidad, es decir, que guarde estrechísima relación con el objeto de la investigación; y **d) pertinencia**, toda vez que el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, de modo que la relación entre el hecho o circunstancia que se requiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ella es conocida como “pertinencia” de la prueba, es decir que guarde relación con el objeto de investigación y no pueda ser soslayado.

4 *La prueba en el proceso penal*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2008, p.16 y ss.

5 *El nuevo proceso penal peruano*, Editorial Palestra, Lima 2009, p. 264.

6 *La prueba en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2010, cit., p. 88.

Por otro lado, la sentencia condenatoria debe ser una decisión que no deje dudas, o que se pruebe más allá de toda duda razonable, esto un estándar que actualmente se está imponiendo para que no se condene a un inocente o se haya superado cualquier duda. Entonces, ¿Qué significa que la condena penal ha de ir precedida de prueba **más allá de toda duda razonable**? La primera idea que se extrae cuando se estudia el tema de los estándares de prueba es que existe una importante diferencia entre el grado de convicción judicial exigible para condenar en el proceso penal y es necesario para estimar la pretensión en el proceso civil. En efecto, cabe distinguir hasta tres estándares o grados de prueba distintos. En el sistema judicial anglosajón, del cual hemos importado la regla, la declaración de culpabilidad penal exige la prueba más allá de toda duda razonable (**beyond a reasonable doubt**), si bien no existe una delimitación clara de su alcance. Únicamente hay acuerdo acerca de que más allá de toda duda razonable no puede entenderse equivalente a “**más allá de toda sombra de duda**”, pues en ese caso sería necesario descartar por completo cualquier otra versión de los hechos distinta a la inculpatoria, mientras que se admite comúnmente que esta fórmula permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque improbables. Frente a este rígido estándar, en el proceso civil se impone un grado de prueba sensiblemente inferior, pues resulta suficiente que la pretensión sea acreditada mediante **prueba preponderante (preponderance evidence)**, esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia.² Existe en el ámbito anglosajón un tercer nivel probatorio (que no se ha importado -todavía- a nuestro país) que se sitúa entre los dos anteriores y al que se alude con la denominación **prueba clara y convincente (clear and convincing evidence)**, exigido para la prueba de determinados hechos en el proceso civil, tales como la negligencia profesional, la impugnación de un matrimonio cuya validez se presume o el fraude⁷.

El proceso penal merece, desde este punto de vista, un análisis específico, dado que las tendencias que se fundan en un concepto indeterminado de certeza moral del juez se contraponen las líneas de pensamiento que sostienen que el juez debería considerar probada la culpabilidad del imputado sólo si su responsabilidad ha quedado demostrada “más allá de toda duda razonable”. Como es sabido, la fórmula de la prueba **beyond any reasonable doubt** es recurrente desde hace mucho tiempo en los tribunales norteamericanos y ha sido propuesta también por importantes autores en Italia. A pesar de que pueden presentarse problemas para ofrecer una definición precisa y analítica de ese estándar, especialmente si se utilizan criterios cuantitativos inapropiados para la naturaleza del problema, parece indiscutible la razón moral fundamental -antes aún que jurídica- que está en la base de la adopción del criterio de la “duda razonable”, esto es, la opción ética según la cual es preferible que muchos culpables sean absueltos al peligro de condenar a un inocente. Esta opción ética conlleva diversas consecuencias, una de las cuales, precisamente, consiste en exigir que la

7 FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes, **La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable**, en pág. Web: <http://www.uu.es/cefd/15/fernandez.pdf>, consultado el 22 de agosto de 2015.

condena se funde en una prueba de la culpabilidad de un grado especialmente elevado. Con independencia de cómo sea definido, por tanto, el estándar de la prueba “más allá de toda duda razonable” expresa la exigencia de que la culpabilidad del imputado sea demostrada con un altísimo grado de confirmación, prácticamente equivalente a la certeza. La aplicación de este criterio a la prueba del nexo causal supone consecuencias importantes, dado que, como ya se ha dicho, el estándar probatorio debe valer para todos los componentes del enunciado referido al nexo causal. Es necesario, por tanto, que se demuestre más allá de toda duda razonable no sólo la afirmación relativa al hecho indicado como causa y la relativa al hecho indicado como efecto, sino también la existencia de una ley de cobertura idónea para fundamentar la inferencia por medio de la cual se afirma la existencia del nexo causal específico. En consecuencia, no sólo es suficiente que el juez conjeture o invente la ley de cobertura, sino que es necesario que su existencia sea demostrada más allá de toda duda razonable⁸.

En cualquier proceso penal, están en juego al menos dos historias o narraciones o conjuntos relacionados de aserciones: aquella ofrecida por el fiscal y la que ofrece el inculpado. Incluso cuando el inculpado no ofrece una historia como tal, sigue proponiendo una hipótesis, a saber, que la forma en que la otra parte da cuenta de los eventos es falsa en gran medida. Al juez o al jurado no le corresponde decidir cuál de las historias o hipótesis es verdadera, sino si la parte sobre quien recae la carga de la prueba ha establecido su historia con el nivel de prueba requerido. Claro está que el acertijo es precisamente cómo deben hacer el Juez o el jurado para realizar esa determinación. La respuesta conocida en los círculos anglosajones, desde hace ya un par de siglos, ha sido que dicha determinación debe hacerse preguntando si la acusación contra el inculpado ha sido probada, en lo que toca a la materia penal, más allá de toda duda razonable. El problema, especialmente en el contexto penal, es que nadie está realmente seguro acerca de en qué consiste en probar una hipótesis más allá de toda duda razonable. Particularmente en la época actual en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha decidido arrancar la noción de estándar penal de sus raíces tradicionales ubicadas en la teoría lockeana de la certeza moral, jueces y jurados por igual muestran señales de una considerable confusión acerca de aquello en lo que consiste probar más allá de toda duda razonable⁹.

Los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe. Teniendo en cuenta que esto ocurrirá cuando el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por esa hipótesis se estime suficiente, la construcción

8 TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2008, págs. 273-274.

9 LAUDAN, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2011, pág. 89 y ss.

de un estándar de prueba implica dos cosas: a) en primer lugar implica decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; b) en segundo lugar implica formular objetivamente el estándar de prueba; es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido¹⁰.

Ahora bien, según se ha señalado sobre la exclusión de la declaración de la víctima, que por alguna razón ha sido despojada del proceso por incumplir algún requisito, y que la Sala de apelación le habría otorgado alguna valoración, y que muy bien la Corte Suprema acude al método de la supresión hipotética, esto es, que pese a ello el resto del material probatorio mantiene su eficacia probatoria. Así el testimonio brindado por Romero Salas quien narró las circunstancias por las que pasó la víctima y que pudo ser inmediatamente corroborado en el lugar de los hechos, ya que no solo fue un testigo referencial sino que verificó la imputación de la víctima al ser reconocido el autor del delito; y, además los otros trabajadores que se encontraban en dicho lugar certificaron que el imputado se había encontrado en el primer piso del inmueble, versiones que se han mantenido y que no se han presentado contradicciones. Esto confieren un grado de convicción al juzgador lo cual se concretiza en una suficiencia o eficacia probatoria que conlleva a concluir que los hechos imputados han sido probados. Ello cumpliendo con el Acuerdo Plenario N° 02-2005, según el cual, la versión debe estar desprovista de cualquier origen espurio, de manera que para ser valorado deben cumplir con ciertos requisitos como: **a) Ausencia de incredibilidad subjetiva**, es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. **b) Verosimilitud**, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. **c) Persistencia en la incriminación**, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior; situaciones que en el caso en concreto se cumplen.

Bien anota Nieva Fenoll¹¹, al señalar que como se ha dicho, una de las máximas más repetidas en la jurisprudencia penal es que el testigo de referencia únicamente puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo si ha sido imposible traer al proceso al testigo directo. Con ello, la jurisprudencia ha fijado un estándar de prueba ciertamente arriesgado, porque no cabe dudar que esa orientación limita la libre valoración. Ahora bien, lo que hay que analizar es si dicho estándar es razonable, puesto que en la medida en que sí lo sea, la prohibición de consideración de esta prueba, si existe el testigo directo, no se separará de los parámetros

10 GASCÓN ABELLÁN, Marina, Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, en *Proceso, Prueba y Estándar*, ARA editores, Lima 2009, pág. 18.

11 NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2010, pág. 279-280.

de reglas de la lógica, si la prohibición es igualmente lógica, la libertad de apreciación no se pone en entredicho.

Finalmente, podemos apreciar que la decisión de la Sala Suprema contiene las razones que fundan su decisión, esto es, cumple con los presupuestos de la argumentación, tal como así lo señala, Pablo Talavera Elguera¹² que motivar una sentencia es justificarla o fundamentarla, es un procedimiento discursivo o justificatorio. La motivación implica siempre dar razones o argumentos a favor de una decisión. Que la motivación no es solo una herramienta de comunicación y legitimación política y social, sino que hace posible el control del poder jurisdiccional que se expresa en las decisiones de los jueces, posibilitando que las mismas sean revisadas por los tribunales superiores, así como la efectividad de la tutela procesal efectiva y particularmente del derecho de defensa. De ahí la importancia superlativa de la motivación de expresar las razones que justifican la decisión adoptada, lo que constituye una forma de publicidad de los actos de poder en un Estado democrático de Derecho.

4. CONCLUSIÓN

En conclusión, consideramos acertada la posición de la Corte Suprema al haber confirmado la condena ya que desde nuestra óptica, la prueba aportada y valorada, sí contiene la suficiencia probatoria más allá de toda duda razonable, logrando desvirtuar o enervar el principio de inocencia que le era inherente al procesado.

12 *La sentencia penal en el nuevo Código Procesal Penal*, Academia de la Magistratura, Lima 2010, pág. 12 y ss.

07

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 153-2010
HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintidós de noviembre de dos mil once .-

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales de la debida motivación, interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta, del siete de setiembre de dos mil diez, que reformando por mayoría la sentencia de primera instancia dictada en audiencia del quince de abril de dos mil diez -que condenó a Juan José Vargas Ruiz como autor del delito de violación sexual de la menor identificada con las iniciales M. Y. V. C., de nueve años de edad a treinta años de pena privativa de libertad- absolvió a Juan José Vargas Ruiz de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Libertad Sexual -en la modalidad de violación sexual de menor de edad- en agravio de la menor de edad de iniciales M. Y. V. C..

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

ANTECEDENTES

PRIMERO: El Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Huaura, mediante la sentencia de fojas setenta y siete, del cinco de abril de dos mil diez, condenó a Juan José Vargas Ruiz por el delito contra la Libertad Sexual -en la modalidad de violación sexual de menor de edad- en agravio de la menor de edad identificada con las iniciales M. Y. V. C., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto de reparación civil.

SEGUNDO: El sentenciado Juan José Vargas Ruiz, mediante el escrito de fojas noventa, del veintidós de abril de dos mil diez, apeló la sentencia condenatoria referida en el primer antecedente; siendo concedido el recurso mediante resolución de fojas cien, del veintitrés de abril de dos mil diez.

TERCERO: Realizada la audiencia de apelación de sentencia, conforme se aprecia a fojas ciento veintiocho, se emitió la sentencia de segunda instancia con fecha siete de setiembre de dos mil diez, revocándose por mayoría la sentencia de primera instancia, y reformándola absolvió a Juan José Vargas Ruiz del delito de violación sexual de menor.

CUARTO: Posteriormente, el Fiscal Superior interpuso recurso de casación, a fojas ciento cuarenta y cinco; que, declarado admisible el recurso excepcional por infracción inobservancia de las garantías constitucionales de la debida motivación, y cumplido el trámite previsto por el apartado 1 del artículo 431° del nuevo Código Procesal Penal, sin que las partes presenten alegatos ampliatorios, se ha llevado a cabo la audiencia de casación conforme a sus propios términos, según consta en el acta correspondiente.

Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431°, apartado 4, con el artículo 425°, apartado cuatro, del Código acotado, el día 01 de diciembre de dos mil once, a las ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: El Fiscal Superior Solórzano fundamentó su recurso de casación, a fojas ciento cuarenta y cinco, alegando que: **i)** existen contradicciones en la fundamentación para absolver al encausado, pues es inaceptable que el Tribunal Superior señale que existen graves infracciones a las normas procesales y por ello proceder a absolver, dado que en tales supuestos lo correcto es la declaración de nulidad para que otro Colegiado de primera instancia corrija los errores y emita nueva sentencia, previo juicio oral.

SEGUNDO: Nuestro NCPP acoge el sistema de apelación limitada, pero con algunas características de la apelación plena, específicamente por permitir introducir pruebas documentales, al respecto Montero Aroca¹ señala que *"...partiendo de los principios de la realización de la instancia conforme a los principios de la oralidad e inmediación, la alternativa es clara: o no existe recurso de apelación limitado o ese recurso ha de consistir en reiterar el juicio oral, de modo que el tribunal del recurso forme su convicción atendiendo a las pruebas que se han realizado en su presencia"*. En ese sentido el artículo 422° del NCPP establece que entre los medios probatorios que se pueden actuar:

- a.** Medios probatorios que no se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.
- b.** Medios probatorios que si bien fueron propuestos, pero estos fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere, el oferente formulado en su momento la oportuna reserva.
- c.** Medios probatorios admitidos que no fueron practicados por causas imputables al oferente.

1 MONTERO AROCA, Juan. "Los recursos en el proceso penal Español". La Reforma de la Justicia Penal. Libro Homenaje a Klaus Tiedeemann, Coordinadores GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. Publicación de la Universitat Jaume. 1997. p. 375-376.

TERCERO: Es precisamente por permitirse actuar determinados medios de prueba en la etapa recursal del proceso penal, es que estamos frente a un modelo de apelación limitado modulado, este radica en la posibilidad de introducir nuevos medios probatorios.

Al respecto, el inciso 5 del artículo 422 del NCPP establece la posibilidad de citar a aquellos testigos que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala, por exigencias de inmediación y contradicción, considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia. Así también, **la regla general es que en la valoración de prueba personal la Sala de revisión no le puede otorgar diferente valor probatorio, salvo que el mismo haya sido cuestionado por un medio de prueba actuado en segunda instancia.**

CUARTO: La regla general referida en el considerando anterior se produce como consecuencia de los principios de inmediación y oralidad, que priman en materia de actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, por lo que el Tribunal de segunda instancia no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad [que] realice el órgano jurisdiccional de primera instancia, estos casos son identificados como las “zonas opacas”². No obstante, existen “zonas abiertas”³ que sí permiten el control de aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del Juggador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

QUINTO: En el presente caso, se advierte que la Sala de Apelaciones no actuó prueba, salvo la declaración del sentenciado, por lo que sólo podía valorar las actuaciones realizadas en primera instancia, en tanto existan “zonas abiertas”; es decir, sólo podía efectuar un control de la estructura racional del contenido de la prueba; situación que no se observa en el presente caso; puesto que, se limita a enumerar una serie de vicios de valoración; es decir, transgresión del derecho a la prueba en cuanto no se habría admitido medios de prueba necesarios para el proceso y la falta de actuación de oficio de otros - tales como la citación de Médicos que determinen de manera concreta el tratamiento médico y sus efectos de la enfermedad venérea de la cual sufría el sentenciado; siendo el caso que, dichos argumentos ameritan más que una absolución, la nulidad de la sentencia de segunda instancia.

SEXTO: En consecuencia, la resolución cuestionada mediante el recurso de casación no está fundada en derecho, pues no existe en el presente caso las denominadas “zonas abiertas” que permitan la valoración de los medios de prueba actuados en la primera instancia,

2 Casación N° 05 - 2007. Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

3 Casación N° 05 - 2007. Huaura. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

produciendo la obligación de anularla y ordenar al Tribunal Superior emita una decisión conforme a lo expresado en esta Suprema Instancia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación por interés casacional, interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de vista de fojas ciento treinta, del siete de setiembre de dos mil diez, que reformando por mayoría la sentencia de primera instancia dictada en audiencia del quince de abril de dos mil diez -que condenó a Juan José Vargas Ruiz como autor del delito de violación sexual de la menor identificada con las iniciales M. Y. V. C., de nueve años de edad a treinta años de pena privativa de libertad- absolvió a Juan José Vargas Ruiz de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Libertad Sexual -en la modalidad de violación sexual de menor de edad- en agravio de la menor de edad de iniciales M Y. V. C. En consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento treinta, del siete de setiembre de dos mil diez; **DISPUSIERON** que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Huará emita la sentencia de vista conforme a lo expresado en los considerandos precedentes.

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

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

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA CASACIÓN N° 153-2010-HUAURA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: WILLIAM TIMANÁ GIRIO¹

SUMILLA:

Uno de los tópicos más importantes del proceso penal, es el referido a la actividad probatoria en segunda instancia -admisión, actuación y valoración-, sin embargo, ha sido poco tratado por los publicistas nacionales. Por el contrario, las Salas Penales de la Corte Suprema ya se han venido pronunciado en varias oportunidades, como por ejemplo en la Casación 153-2010-Huaura, el mismo que es materia de nuestro análisis.

Los fundamentos de dicha casación (parte considerativa) la podemos dividir en 03 aspectos centrales, que en seguida desarrollaremos:

- Sistema de apelación plena y sistema de apelación limitada.
- Admisión de medios de prueba en segunda instancia.
- Interdicción de la revaloración de los medios de prueba personales en segunda instancia.

1. SISTEMA DE APELACIÓN PLENA Y SISTEMA DE APELACIÓN LIMITADA (APELACIÓN LIMITADA MODULADA)

En el segundo considerando de la Casación 153-2010-Huaura, se hace alusión a los sistemas de apelación limitada y a la apelación plena, aspecto éste vinculado a la posibilidad o no de actuar medios de prueba en segunda instancia. Sobre el particular debemos tener en cuenta que, uno de los principios que orienta la actuación de los medios de prueba, es la inmediación como se establece el artículo 356.1 del CPP. La inmediación es definida por la Real Academia Española, como la *“presencia de un juez o magistrado en las prácticas de diligencias probatorias, en la comparecencia de las partes y en las vistas”*.

Miranda Estrampes² sostiene que para dar cabal cumplimiento al principio de inmediación judicial no es suficiente que la actividad probatoria se practique ante la presencia del cualquier órgano judicial, sino que debe realizarse precisamente ante el juggador que debe

1 Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

2 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M Bosch Editor, 1997, p. 272.

emitir sentencia. Por tal razón, sostiene que **“otra de las consecuencias que derivan de la vigencia del principio de inmediación consiste en que únicamente el juez o magistrados que han asistido a la práctica de la prueba, podrán dictar sentencia”**.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, estableciendo que **“el principio de inmediación conforma el derecho a la prueba. De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar la sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria”³**.

En buena cuenta, la inmediación importa que el juez de la causa, capte la información que fluye de los medios de prueba, por sus propios sentidos, sin intermediarios, en forma directa. Evidentemente ello se hace más palpable cuando se trata de medios de prueba personales –testigos, peritos-, en atención a que el juez que dirige el juicio oral, además de escuchar a los órganos de prueba, también los observa, pudiendo percibir determinados aspectos que pueden resultar relevantes al momento de valorarlos (gestos, movimientos, mirada esquiva, voz temblorosa, entrecortada, llanto, etc.).

La aplicación de este principio no genera problema alguno en los juicios orales de primera instancia, sin embargo, la situación varía en segunda instancia puesto que su empleo en esta otra fase implicaría la repetición de todas las pruebas personales actuadas en el plenario del primer juicio. Frente a tal situación, se han presentado 02 sistemas, como bien se recuerda en la casación en comento:

a. La apelación plena (***volle Berufung***):

En este caso, el juicio de segunda instancia es uno nuevo e independiente del primero (***novum iudicium***), en la práctica se pueden ofrecer nuevamente todos los medios probatorios que se ofertaron y actuaron en primera instancia, así como los nuevos o denegados anteriormente, o que no se pudieron practicar.

Si bien esta fórmula garantiza en forma amplia el debate sobre la determinación del delito y responsabilidad del imputado en el segundo juicio, también lo es que existen serios inconvenientes: i) El alto costo del juicio de segunda instancia, ii) El riesgo de que no acudan los órganos de prueba, iii) La dilación del proceso,

3 Expediente N° 0849-2011-HC/TC, p. 6.

- iu) La desnaturalización del proceso por el abuso de los litigantes al guardarse determinados medios de prueba recién para actuarlos en segunda instancia.
- b. La apelación limitada o restringida (*beschränkte Berufung*):

En este modelo, como lo sostiene Yolanda Doig⁴, la apelación no es autónoma sino complementaria, puesto que no se permite que el apelante formule nuevas pretensiones u ofrezca nuevos medios de prueba, sino que se trata de una mera revisión de la primera sentencia, es decir un nuevo examen de la sentencia impugnada para corregirla si contuviera algún error o defecto (*revisio prioris instantiae*).

Como bien se sostiene en el Considerando Tercero de la casación, nuestro Código se ha decantado por el modelo limitado, pero con matices -en la casación se prefiere la denominación "*apelación limitada modulada*"⁵-, ya que permite que el juez de revisión, no solo se pronuncie sobre los defectos de la sentencia y juicio de primera instancia (si se estima se declarará la nulidad) como se infiere de lo dispuesto en el artículo 409.1° del CPP, sino que también asiente que resuelva sobre el fondo (reocatoria) como se prevé en el numeral 3) del artículo antes invocado, facultándose la actuación de nuevos medios de prueba, e incluso reiterándose en casos excepcionales, la actuación de los medios de prueba personales actuados en el primer juicio -véase el artículo 422° del Código acotado-. Consideramos que es una fórmula adecuada, puesto que compatibiliza los estándares internacionales vinculados al principio de la doble instancia al permitir la actividad probatoria⁶, pero en forma restringida (solo se admiten nuevos medios de pruebas por excepción) para evitar excesos y dilaciones indebidas.

2. ADMISIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

En el segundo considerando de la casación en comento, se invoca el CPP (específicamente se trata del artículo 422.2) para establecer los medios de prueba que se pueden admitir en Segunda Instancia:

- a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;

4 <incipp.org.pe/archivos/publicaciones/sistemaderecursos.pdf>

5 Véase fundamento Segundo y Tercero de la Casación.

6 El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige que el fallo condenatorio pueda ser revisada por un Tribunal Superior, en cuyo caso estimamos debe garantizarse una mínima actividad probatoria.

- b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,
- c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

Como bien refiere el jurista Gimeno Sendra⁷, la actividad probatoria en segunda instancia es excepcional, ***“pues la regla general viene constituida por la imposibilidad de obtener la admisión de aquellos medios de prueba que, pudiendo haber sido utilizados por la parte en los trámites de la primera instancia preordenados a estos fines, no lo fueron, es decir, inadmisibilidad de medios probatorios que, por recaer sobre los hechos alegados en el primer grado jurisdiccional, debieron ser propuestos en la fase probatoria de dicha primera instancia”***.

Recuérdese que la etapa intermedia, en tanto preparatoria del juicio oral, por antonomasia, es la adecuada para que las partes propongan los medios de prueba que mejor convengan, así tenemos que el fiscal, como titular del ejercicio de la acción penal, está obligado a ofrecer todos sus medios de prueba en el requerimiento de acusación como se prevé en el artículo 349.1 literal h) del CPP, mientras que las demás partes -actor civil, tercero civilmente responsable o la persona jurídica sobre la que puede recaer una consecuencia accesoria-, pueden ofertarlos una vez tengan acceso a dicha acusación (dentro del plazo de 10 días computados desde su notificación del requerimiento acusatorio), en aplicación del artículo 350.1 literal f) del CPP. Y luego del respectivo debate en audiencia, el Juez establece cuáles son las pruebas admitidas y cuáles no. Para el juicio oral, es un deber insoslayable de los litigantes, comparecer debidamente preparadas, lo que implica tener pleno conocimiento, tanto de los hechos que serán materia de debate como del contenido de los medios de prueba, lo que a su vez exige a la autoridad judicial que facilite a los usuarios judiciales el acceso a dicha información, en forma previa y con la debida antelación (plazo razonable) para armar su estrategia de trabajo. Esta equiparidad -el conocimiento previo, antelado y compartido por las partes-, se altera cuando se admite un nuevo medio de prueba en el juicio, sea de primera o segunda instancia, pues una de las partes (el proponente) estaría en ventaja en relación a la otra (el que no propuso) pues tendría menos tiempo para procesar esa nueva información, en clara afectación del principio de igualdad procesal consagrado en el artículo I numeral 3 del T.P del CPP. Pero como ningún derecho es absoluto, es posible limitarlo, pero sin vaciar por completo en su contenido, cuando por justicia sea necesario esclarecer la verdad, en forma racional, vale decir en forma excepcional se puede admitir la actuación de medios de prueba en el juicio de

7 GIMENO SENDRA, Vicente. Los Procesos Penales. Tomo 6. Barcelona, Editorial Bosch, 2000, p. 443.

primera y en segunda instancia, debiendo ser acuciosos y estrictos en la verificación de los requisitos previstos en la ley.

Ergo, por regla general, concluida la etapa intermedia precluye también la posibilidad de aportar medios de prueba, y su reapertura excepcional se limitará a aquellos supuestamente estrictamente establecidos en la ley, preclusión tocada de soslayo en la Casación 385-2013-San Martín -véase el párrafo 5.12.ii.a-.

Respecto al primer supuesto de admisión de medios de prueba posteriores cuando no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia, abarca 02 aspectos:

- i. El medio de prueba está relacionada a un nuevo hecho *strictu sensu -nova producto-*, vale decir que ha acaecido en fecha posterior al juicio de primera instancia, y
- ii. El medio de prueba no es nuevo ni está referido a hechos posteriores, pero el oferente no conocía de su existencia en el juicio de primera instancia *-nova reperta-*⁸. Por supuesto que el interesado debe acreditar la circunstancia excepcional que invoca.

Sobre el segundo supuesto de excepcionalidad para admitir medios de prueba en segunda instancia porque éstos fueron indebidamente denegados en primera instancia, se trata de aquellos medios de prueba que fueron oportunamente ofrecidos, y además cumplían con todos los requisitos formales para su admisión, pero que, por errónea apreciación del Juez de Investigación Preparatoria o el Juez Penal por excepción, fueron rechazados. Recuérdese que el CPP ha descartado el viejo modelo del control vertical⁹ sobre las resoluciones de admisibilidad de los medios de prueba, al establecer que son irrecurribles¹⁰, orientándose más bien por el control horizontal, permitiéndose

8 Gimeno Sendra, Vicente. Ob.cit., p. 444.

9 El control vertical es aquel que se ejerce jerárquicamente desde los entes superiores hacia los inferiores, así tenemos que el *Ad quem* (Juez Superior) ejerce control sobre las decisiones del *A quo* (Juez de primer grado) vía recurso de apelación. En el control horizontal, se parte de la estructura en fases sucesivas del proceso penal, asumidos por diferentes órganos jurisdiccionales no necesariamente distintos jerárquicamente; en este caso, el órgano posterior ejerce control de las decisiones asumidas por el anterior, por los medios previstos en la ley.

10 La decisión del juez de investigación preparatoria para admitir o rechazar un medio de prueba es irrecurrible según el artículo 352.5 literal b) del CPP. En cuanto al Juez de Juggamiento (unipersonal o colegiado), el auto que resuelve sobre el ofrecimiento de nuevos medios de prueba, también es irrecurrible, como lo prevé el artículo 373.3 del código acotado. Para el primer caso, como una fórmula del control horizontal, es posible el reexamen de la decisión por parte del Juez de Juggamiento, como se prevé en el artículo 373.2 del CPP en concordancia con el artículo 155.4 del citado cuerpo de leyes.

que, en las fases posteriores del proceso, cuando asume competencia otro órgano jurisdiccional, se pueda plantear el reexamen de la decisión jurisdiccional, u ofrecer nuevamente el medio probatorio cuando indebidamente ha sido desestimada. Ahora bien, como una forma extensiva de este control horizontal, en la fase de impugnaciones, se prevé que el Tribunal de alzada también pueda admitir medios de prueba que incorrectamente fueron desestimadas tanto por los Juggados de Investigación, como los Juggados de Juggamiento. Por supuesto que este nuevo ofrecimiento merece una especial fundamentación, pues se deberá sustentar cuál fue el error o defecto de la resolución emitida por el Juggado de primera instancia, y además deberá acreditar que se reservó el derecho de ofrecerlo nuevamente por no estar conforme con esa decisión.

En el tercer grupo de medios de prueba que se pueden admitir en segunda instancia tenemos aquellos admitidos en primera instancia, pero que no fueron practicados por causas ajenas al proponente. La fórmula empleada es abierta, porque permite cualquier situación o causa extraña al comportamiento del litigante interesado, que impidió la actuación del medio de prueba, se trata de causas de fuerza mayor o fortuitos no controlables por el oferente (catástrofes, negligencia de los funcionarios para las notificaciones o conducciones compulsivas, no ubicación del órgano de prueba, etc.), que deberán ser evaluados caso a caso por el Juez de alzada.

Por otro lado, si bien se ha hecho énfasis en los supuestos legales para admitir los medios de prueba en segunda instancia, se tratan de situaciones especiales que no exceptúan la concurrencia de los requisitos generales que todo medio de prueba debe cumplir, lo cual resulta necesario recalcar a fin de que no caer en la práctica errónea de algunos órganos jurisdiccionales. En efecto, la calificación de los medios probatorios pasa por la verificación de las características previstas en el artículo 352.2 literal b) del CPP, nos referimos a la pertinencia, utilidad y conducencia, como se ha establecido con carácter vinculante en la Casación 385-2013-San Martín¹¹.

La pertinencia significa que el medio de prueba tiene relación con el objeto de prueba (por ejemplo, el acta de nacimiento tiene relación con la edad de la víctima en un proceso de violación sexual de menor, por tanto es pertinente para probar la situación etaria). La utilidad, por su parte exige que el medio de prueba no solo sea pertinente, sino que además no peque de sobreabundante, vale decir que ya se encuentra plenamente

11 Último párrafo del fundamento 5.12.ii: *“En ese sentido, no basta que la parte recurrente haya aportado un medio de prueba en sede de apelación, sino además, éste debe cumplir con aquellos requisitos que garantizan su posterior eficacia; es decir, el Juez antes de proceder a su actuación o valoración en el proceso deberá verificar que la prueba esté permitida por el ordenamiento jurídico, que tenga relevancia con el tema debatido y que el hecho que se busque probar no esté suficientemente demostrado en el proceso con otros medios de prueba”.*

acreditado en el proceso sea por otro medio de prueba o porque el hecho ya ha sido aceptado por las partes, resultando inútil ofertarse otro medio de prueba (V.gr. ante la existencia de un certificado médico legal que determina la edad probable de la víctima, y el acta de nacimiento obtenido posteriormente, el ofrecimiento de la declaración del médico legista deviene en sobreabundante frente al acta); en cuanto a la conducencia importa que la obtención de la fuente de prueba no haya vulnerado el ordenamiento jurídico (se excluye la prueba prohibida o ilícita y la prueba irregular), es idónea para demostrar lo que se quiere probar y está determinada por la legislación sustantiva o adjetiva que impone restricciones a la forma como debe celebrarse o probarse¹²

3. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERSONALES ACTUADOS EN PRIMERA INSTANCIA - REGLA GENERAL: INTERDICCIÓN DE LA REVALORACIÓN

El artículo 425.2. del CPP establece que “ [...] *La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia*”.

En la Casación 153-2010-Huaura (véase el tercer y cuarto considerando), se rescatan los principios de inmediación y oralidad para sustentar dicha regla general, asegurando que éstas “[...] *priman en materia de actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, por lo que el Tribunal de segunda instancia no está autorizado a variar la conclusión o valoración de su contenido y atendibilidad (que) realice el órgano jurisdiccional de primera instancia*”. Sin embargo, en seguida se anota que existen “zonas abiertas” que sí permiten el control de aspectos relativos a la estructura del contenido de la prueba, aspecto que analizaremos en líneas posteriores.

Esta doctrina nace de la STC español N° 167/2002 que establece “*la principal consecuencia de esta doctrina consiste en que los Tribunales de Apelación deben aceptar que sus facultades de revisión fáctica en contra del encausado son limitadas, y que no pueden suplantar la valoración de las pruebas realizadas por el juzgador de instancia, cuando por la índole de éstas pruebas su valoración exige la inmediación y la contradicción*”¹³.

César San Martín, en esa misma línea afirma que “*la vigencia del principio de inmediación obliga a matizar las potestades revisoras del Tribunal Superior, al punto que de que es razonable entender que no cabría una nueva valoración de los hechos*

12 Ibidem.

13 Tomado del fundamento 12.4 de la Casación 195-2012-Moquegua.

respecto de la prueba testifical ...situación que no se presentaría en el caso, por ejemplo, de la prueba documental y de los dictámenes o informes periciales”¹⁴.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha añadido que: **“i) La exigencia de inmediación y oralidad también cobra pleno sentido en la segunda instancia penal; ii) estando en segunda instancia, no es posible valorar la prueba practicada ante el Ad quo analizando los datos escritos del proceso, sin distinguir entre los medios de prueba; es decir, no basta con que pueda ‘leer’ las pruebas conforme consten en las actas de juicio oral; y, iii) el órgano de apelación también necesita ‘ver’ y ‘oir’ los medios de prueba, en atención a su naturaleza.”¹⁵**

En síntesis, las pruebas personales actuadas en primera instancia -léase declaraciones de testigos y peritos-, y que han merecido una valoración determinada por el **a quo**, no pueden ser revaloradas por el Tribunal revisor, limitación que no se hace extensiva a la prueba documental, material o prueba anticipada, respecto a los cuales sí es posible que el órgano de Alzada pueda otorgarle un valor diferente.

4. EXCEPCIÓN A LA REGLA: REVISIÓN DE LAS “ZONAS ABIERTAS”

Fue en la Casación 05-2007-Huaura, de fecha 11 de octubre del 2007, en que la Corte Suprema por primera vez se refiere a las “zonas opacas” y “zonas abiertas” para justificar la posibilidad excepcional de la Sala Superior de desvincularse de la valoración de la prueba personal realizada por el **a quo**. Las zonas opacas fueron relacionadas a los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación, tales como su lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etc.), en cambio las zonas abiertas las definió como **“los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia”**.

En buen romance, se sostiene que la valoración de las declaraciones de los testigos y peritos practicados por el juez, pueden ser divididos en 02 aspectos: el primero es el sustrato de la información y cómo fue percibida por el juzgador (el “ver” y “oir”), y lo segundo es cómo dicha información se plasma en la resolución (justificación formal). La parte revisable por el Juez de Segunda instancia es solo lo segundo, a modo de una fiscalización a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos, como se sostiene en la Casación materia de análisis -(véase el fundamento cuarto), reiterando la casación anteriormente mencionada.

14 SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Grijley, 2012, p. 472.

15 Véase el fundamento 12.4.1 de la Casación 195-2012-Moquegua

Las “zonas abiertas” están relacionadas a la coherencia interna de la resolución, de allí que en la casación 05-2007-Huaura se menciona como tales: a) inexactitudes -se atribuye al testigo una afirmación no realizada-, b) sustento del relato del declarante es oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio, a lo que se añade la coherencia y persistencia del testigo, doctrina que hizo suya el Tribunal Constitucional en la STC N° 02201-2012-AA/TC (véase fundamento 5). No debe confundirse la contradicción con la variación de la versión del testigo o perito, puesto que la primera es aquella que se verifica de los datos contrarios entre sí que fluyen de una misma declaración, como se ha aclarado en la Casación 96-2014-Tacna (véase fundamento décimo segundo).

Esta posibilidad excepcional de revisión de la prueba personal de la Sala de Apelaciones desarrollada en la Casación 05-2007-Huaura, reiterada en la Casación en comento 153-2010-Huaura y otras más, tiene carácter vinculante, pues así se estableció en la Casación 385-2013-San Martín.

Para finalizar, esta facultad de revisión de las declaraciones en segunda instancia, no es una mera expresión doctrinal asumida sin más por la judicatura nacional. En realidad, la coherencia interna o congruencia es una manifestación de la debida motivación, garantía reconocida en el artículo 139.5 de la Constitución Política del Estado, cuya afectación importa la nulidad absoluta de dicho acto procesal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 150.d del CPP, y en tanto garantía, es exigible y de ineludible cumplimiento por los magistrados del país.

08

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 367-2011
LAMBAYEQUE

SENTENCIA CASATORIA

Lima, quince de julio de dos mil trece.-

VISTOS; en audiencia privada el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por la defensa técnica de la encausada Francisca Correa Montenegro contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete, que confirmó la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que la condenó como cómplice del delito contra la libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R, y revocó el extremo que le impuso treinta años de pena privativa de libertad y reformándola, le impusieron diez años de pena privativa de libertad.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES:

1.1 Que, llevado a cabo el proceso penal, el Fiscal Provincial Penal Corporativo de Jaén, por requerimiento fiscal del diecisiete de marzo de dos mil once -fojas quince- solicitó se imponga treinta años de pena privativa de libertad a los encausados Gilberto Castillo Díaz, como autor y **Francisca Correa Montenegro**, a título de cómplice primaria por el presunto delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor, ilícito previsto y sancionado en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R, así como el pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil de manera solidaria a favor de la menor antes referida.

1.2 Así, por resolución del veintisiete de mayo de dos mil once -fojas treinta- se dictó auto de enjuiciamiento, llevándose a cabo el juicio oral contra la encausada Francisca Correa Montenegro, pues el encausado Castillo Díaz fue declarado reo contumaz y concluidos los debates orales, se emitió sentencia el trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro-, que falló condenando a la antes referida, como cómplice primaria del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de

edad previsto en el artículo ciento setenta y tres segundo párrafo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R, a treinta años de pena privativa de la libertad, y fijó la suma de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha menor.

- 1.3** Leída la sentencia en audiencia privada, la condenada interpuso recurso de apelación dentro el plazo de ley, fundamentándola por escrito del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiuno- y concedido el mismo, por resolución del veinte de julio de dos mil once -fojas ciento veintiocho- se elevaron los autos al Superior Jerárquico, donde se señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de apelación de sentencia.
- 1.4** Que, llevada a cabo la audiencia de apelación, se emitió sentencia de vista el veintisiete de setiembre de dos mil once -fojas ciento cincuenta y siete-, de cuyo análisis se desprende que a criterio del A quen, el grado de complicidad de la imputada solo fue secundario, pues si bien colaboró en alguna de las oportunidades que el imputado Castillo Díaz ultrajó a la menor agraviada, la conducta desplegada por dicha imputada no fue determinante para la realización del hecho punible, razón por la cual consideró necesaria la graduación de la pena impuesta primigeniamente; de esta manera, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a la acusada Correa Montenegro, como cómplice, y revocó la pena impuesta de treinta años y reformándola se le impuso diez años de pena privativa de libertad.
- 1.5** Leída la sentencia de vista en audiencia privada la encausada Correa Montenegro interpuso recurso de casación dentro del plazo señalado en la ley procesal y fundamentado por escrito del once de octubre de dos mil once -fojas ciento sesenta y cuatro- invocando como causal el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, motivo por el cual por resolución del trece de octubre de dos mil once -fojas ciento setenta y uno- la Sala Descentralizada y de Apelación de Jaén concedió el recurso de casación, disponiendo se eleven los autos al Supremo Tribunal.
- 1.6** Elevados los autos a este Supremo Tribunal con fecha siete de noviembre de dos mil once, y cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, por Ejecutoria Suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, en uso de sus facultades, declaró inadmisibles el recurso de casación por la presunta causal prevista en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve de Código Procesal Penal y declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

- 1.7** Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, que se llevará en audiencia privada, con las partes que asistan.

II. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

- 2.1** Como se estableció por Ejecutoria suprema del veinticuatro de febrero de dos mil once -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal- este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación de la Ley penal, al considerar un interés casacional a fin que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad primaria o secundaria, conforme al inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal y por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

III. GRADOS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA EN LA COMPLICIDAD:

- 3.1** La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir, que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no sólo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes.
- 3.2** Nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación. En torno a la primera caben la figura de la autoría directa, mediata, la coautoría y la inducción (tradicionalmente conocida como autoría intelectual). En torno a la segunda sólo caben la complicidad primaria y la complicidad secundaria.
- 3.3** No existe una diferencia establecida en el Código Penal en torno a que debe entenderse por autoría y que ha de entenderse por complicidad. De ahí que es necesario acudir a la doctrina y jurisprudencia para establecer una diferenciación entre ambos niveles de intervención.
- 3.4** En primer lugar, puede adoptarse la teoría de injusto único de intervención. Según esta teoría no existe una distinción, a efectos de la configuración del injusto, entre la autoría y la participación. Ambas categorías sólo serán diferenciables al momento de la determinación de la pena, siendo que el autor recibirá una mayor pena y el cómplice una menor.

- 3.5** Debido a que la autoría y la participación son relevantes a efectos de la configuración del injusto, el criterio de diferenciación entre ambas no es de carácter cualitativo, sino que es cuantitativo. En ese sentido, será autor, aquel sujeto cuyas contribuciones hubieran sido más importantes para la realización del hecho delictivo; asimismo, por contraposición, aquella persona que hubiera realizado aportes menos relevantes será considerado partícipe.
- 3.6** Una consecuencia adicional de adoptar esta teoría es que desaparece la accesoriedad, como criterio fundamentador de la responsabilidad del partícipe.
- 3.7** En segundo lugar, tenemos las teorías restrictivas, las cuales han sido acogidas en este Supremo Tribunal y el Tribunal Constitucional que son las que adoptamos; siendo ilustrativa al respecto la sentencia N° 1805-2005-HC/TC, Lima. Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, en el que el Tribunal Constitucional toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe; con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener el dominio del hecho. En esta línea de desarrollo, el TC se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. De esta forma, el Supremo intérprete de la Constitución recoge una posición doctrinal de larga tradición, y que, ha servido de fundamento para gran parte de los pronunciamientos judiciales de los últimos años^{1 2}, teoría que conforme

1 Subraya el Tribunal Constitucional que, *“No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñada en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico-jurídico de las formas de intervención delictiva. El Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva; la autoría y la participación. El artículo 23.º de Código Sustantivo establece que “[E]l que realice por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo comentan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para tal infracción”. A su vez, distingue tres formas en que una persona puede cometer un delito (realizarlo) en calidad de autor: a) cuando realiza por sí mismo el hecho punible; b) cuando realiza por medio de otro el hecho punible; c) cuando realiza el hecho punible juntamente con otro u otros. La doctrina precisa que solamente puede hacerse tal delimitación en los tipos dolosos. Así, define como autor de delito doloso a “[a] aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo” (Derecho Penal Alemán. Parte General., Edición 11ª Editorial Jurídica 1976. p. 143). Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho. Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta es considerada como un todo y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución”.*

2 En esta misma línea argumental se tiene la sentencia del 6 de junio de 2005, recaída en el expediente N° 4118-2004-HC/

detallaremos, debe ser considerada, como punto de inicio para el análisis sobre el tópico **sub examine**, para luego ser complementada por criterios provenientes de las teorías normativistas, dada la objeción a la teoría del dominio del hecho al **“estar anclad(a) en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido, fundamentalmente social-normativa”³**.

- 3.8** De estas, es la teoría del dominio del hecho la que mayor acogida ha tenido. Según esta teoría será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo. De otro lado, el partícipe, será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho. Es necesario resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede.
- 3.9** La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito.
- 3.10** Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de **complicidad primaria** aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltante de bancos.
- 3.11** De otro lado, la **complicidad secundaria** se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión de delito. Se trata de aportes que no son indispensables. **Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía.**
- 3.12** La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo

TC, cuyos criterios en los que se funda esta sentencia: “tienen efectos vinculantes para todos los operadores jurídicos conforme al artículo 6 del título preliminar del Código Procesal Constitucional”; criterios que sintetizamos a continuación: i.- “La participación delictiva se encuentra prevista en el capítulo IV, Título Segundo de Libro Primero de nuestro Código Penal. Las formas de participación reconocidas en nuestro Código Penal son dos: la inducción y la complicidad”; y ii.- “la participación delictiva es un ilícito penal regulado en la Parte General del Código. Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción”.

3 Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, cit. p. 366. citado por el Maestro San Marquino Javier Villa Stein en su obra Derecho Penal – Parte General, Tercera Edición aumentada y actualizada, Griley. Lima 2008, p. 315.

típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta -objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente.

3.13 En el análisis subjetivo tiene que determinarse si la conducta fue realizada o no de forma dolosa. Nuestro Código Penal sólo admite la posibilidad de una participación dolosa, distinto a lo que prevé la doctrina. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva tendrá que determinarse si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito.

3.14 Estando a los fundamentos esgrimidos, podemos arribar a la conclusión que existen conductas desarrolladas por algunos sujetos que si bien pueden evidenciar una forma de aporte para la perpetración de un hecho, lo cual significaría que estamos ante un acto objetivo de complicidad; sin embargo, luego de realizado el análisis objetivo, debe establecerse el análisis subjetivo, buscando concretamente determinar si el aporte fue realizado de manera dolosa, para los efectos de arribar a la conclusión de si aquel aporte alcanzan una responsabilidad penal.

IV. LA PRUEBA DEL DOLO:

4.1. La imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto; y, culpa, entendida como el no conocer que la acción es delictiva, pero que es posible de exigir en función a la posición del imputado en el contexto de la acción por él realizada.

4.2. Un error común al momento de evaluar el elemento subjetivo del delito es obviar su prueba, y dar por supuesto o probado el elemento subjetivo. Ello puede constatarse al observar una resolución y analizar que el Juggador centra todos sus argumentos en la imputación objetiva, descuidando la argumentación en el plano subjetivo.

4.3. La prueba del dolo en el proceso penal va de la mano del concepto que se tenga de dolo. Si se parte de considerar un concepto eminentemente subjetivo de dolo (que ponga un énfasis en el elemento volitivo), entonces existirá un serio problema de prueba, porque no es posible -al menos no con los métodos de la ciencia técnica actual- determinar que es aquello que el sujeto deseó al momento de realizar la acción.

4.4. El problema de la prueba del dolo será distinto en el caso de que el concepto sea de

corte normativo. Ya no se buscará determinar el ámbito interno del procesado, sino que el énfasis se centrará en la valoración externa de la conducta, vale decir, en la imputación.

- 4.5. En una concepción normativa del dolo, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito.
- 4.6. Por ejemplo, si un policía tiene un arma y dispara a un delincuente en la cabeza, de forma innecesaria más aún cuando el delincuente estaba desarmado, podríamos considerar que estamos frente a un hecho doloso. En este caso, el policía sabe que el disparo que el realizaba tendrá como efecto la muerte de la persona.
- 4.7. Tradicionalmente el dolo se ha definido como conciencia y voluntad de la realización de una conducta objetivamente típica⁴. En el dolo, la relación es directa tanto en lo causal como en lo culpable, por ello el agente conoce el resultado delictivo y lo quiere, para actuar dolosamente no es suficiente con el conocimiento de los elementos del hecho típico, es preciso querer realizarlo. Es la concurrencia de esa voluntad lo que fundamenta el mayor desvalor de acción del tipo injusto doloso frente al imprudente.
- 4.8. En ese sentido, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración; que la ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad.
- 4.9. En consecuencia, estando a los argumentos antes esgrimidos este Supremo Tribunal considera que debe establecerse como doctrina jurisprudencial que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por el imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

- 4.10. Siendo así, en el caso de autos se advierte que a Correa Montenegro se le imputó el delito de violación sexual, en grado de **cómplice primario**; argumentando que la menor de iniciales R.N.S.N. fue ultrajada por Gilberto Castillo Díaz (reo contumaz), en varias oportunidades, entre ellas en su domicilio, en el cementerio y en tres de dichas

4 Ragnés i Valle Ramón, Consideraciones sobre la prueba del Dolo, Revista de Estudios de la Justicia N° 4 año 2004.

oportunidades las relaciones sexuales se consumaron en el inmueble de la referida encausada. Bajo el grado de complicidad primaria es que se le procesó y finalmente en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once -fojas noventa y cuatro- se le condenó a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación, llevada a cabo la audiencia respectiva, la Sala Superior emitió sentencia el veintisiete de septiembre de dos mil once -fojas ciento cincuenta y siete- en la cual se arribó a la conclusión que la conducta desplegada por la encausada era en grado de complicidad secundaria mas no primaria, motivo por el cual se procedió a reformar el extremo de la pena en atención al segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal, imponiendo la sanción de diez años de pena privativa de libertad.

Desde nuestra perspectiva, y sobre la base de la teoría del dominio del hecho, complementada con los criterios provenientes de la imputación objetiva -superando una perspectiva ontológica-, la conducta objetivamente resulta inocua y neutral para el derecho penal.

- 4.11.** Por otro lado, desde una perspectiva subjetiva de la conducta, debemos afirmar la procesada no actuó dolosamente. Efectivamente, no existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada Correa Montenegro, mas no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para sostener relaciones sexuales con la menor agraviada.
- 4.12.** En consecuencia, es evidente que en el caso concreto se efectuó una errónea aplicación del artículo veinticinco el Código Penal, relativo a que tanto el Juggado Unipersonal como las Salas Superiores, únicamente deben aplicar el artículo veinticinco del Código Penal, siempre y cuando de la conducta desplegada por el procesado se establezca no sólo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito, sino además que se logre acreditar que aquella contenga como elemento subjetivo el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita).
- 4.13.** Cabe indicar que en el caso sub examine se ha producido una votación en mayoría, por tanto, se ha resuelto los de la materia, de conformidad con el artículo cuatrocientos treinta y uno inciso cuarto *in fine* del Código Procesal Penal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos; Declararon **por mayoría**:

I. FUNDADO el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación del artículo veinticinco del Código Penal; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que condenó a Francisca Correa Montenegro como cómplice del delito contra la Libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.N.S.R.; reformándola: la **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el delito y agraviado en mención.

III. DISPUSIERON: la anulación de sus antecedentes penales y judiciales que se hubieran generado como consecuencia del presente proceso y el archivo definitivo de la presente causa;

IV. ORDENARON su inmediata libertad, siempre y cuando no exista otro mandato de detención emanado por autoridad competente; **oficiándose** vía fax con tal fin a la Sala Superior correspondiente, para los fines consiguientes.

V. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial, que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, en cada caso concreto, deberá analizarse la conducta del imputado desde la perspectiva de los criterios de imputación objetiva, teniendo como punto inicial para el análisis, la teoría del dominio del hecho.

VI. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal penal. Hágase saber.

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

PRÍNCIPE TRUJILLO

ROZAS ESCALANTE

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMO BARRIOS ALVARADO ES COMO SIGUE:

PRIMERO: Como se estableció por la ejecutoria suprema del veinticuatro de febrero de dos mil doce -fojas trece del cuadernillo formado por este Supremo Tribunal-, este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación de la ley penal, al considerar de interés casacional que se determine si el sustento fáctico de la conducta imputada en la acusación fiscal se enmarca en el delito de violación sexual en grado de complicidad primaria o secundaria. Conforme al inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal por la causal prevista en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del citado texto legal.

SEGUNDO: En el caso de autos se advierte que a la encausada Francisca Correa Montenegro, en primera instancia, se le condenó por el delito de violación sexual, en grado de **cómplice primaria** a treinta años de pena privativa de libertad; sin embargo, en vía de apelación se determinó que su conducta constituía una **complicidad secundaria**.

TERCERO: La complicidad constituye la segunda forma de participación reconocida en el derecho penal peruano, cuya regulación se encuentra estipulada en el artículo veinticinco del Código Penal que prevé: ***“El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiese perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”***. Dicho aquello, la complicidad puede considerarse como una forma de participación criminal en donde caben a modo de “cajón de sastre”⁵ todo auxilio, ayuda o cooperación intencional para la realización de un delito doloso que no constituye autoría, coautoría o autoría mediata.

CUARTO: La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico⁶. Usualmente también se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro⁷ que se consume o al menos queda en la fase de la tentativa.

QUINTO: En ese sentido, la ley distingue dos niveles o grados de complicidad convirtiéndolos en indispensables y no indispensables⁸. La calidad del aporte dependerá siempre de su naturaleza imprescindible y su eficacia en la lesión del bien jurídico; sin embargo, el valor central del aporte no deja de vincularse al desarrollo del proceso de ejecución del delito. Así,

5 GÓMEZ BENITES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito; p. 533.

6 ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 403.

7 WELZEL, HANS: *Derecho Penal Alemán*; p. 170.

8 SOLER, SEBASTIAN; Derecho Penal Argentino; T. II; p. 277.

La **cooperación necesaria o complicidad primaria** sólo será posible en la etapa preparatoria, antes del principio de ejecución (tentativa); en tanto, de otro modo aquella cooperación se convertiría en coautoría. La **complicidad secundaria, o simple**, por tratarse de un mero auxilio o asistencia, como prescribe la ley peruana, puede realizarse tanto en la fase preparatoria del delito como en la ejecutiva hasta la consumación.

SEXTO: Ambas formas de complicidad comportan una participación en un hecho delictivo ajeno mediante acciones que se caracterizan por no tener un dominio del hecho. La distinción entre una y otra clase de complicidad debe producirse sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos e imparciales, que tengan en cuenta la naturaleza o el valor del aporte o la importancia objetiva y/o eficiencia de la cooperación.

SÉTIMO: Bajo este contexto, la conducta desplegada por Doña Correa Montenegro si tiene relevancia penal, toda vez que: ***“Esencialmente el participe no tiene ninguna manera de dominio del hecho⁹; siendo así, sus actos no lesionarán el bien jurídico, sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en razón a que contribuye a poner en peligro al bien jurídico que será lesionado por el autor¹⁰”.***

OCTAVO: Es decir, la condena impuesta a la encausada Correa Montenegro encuentra su fundamento en que contribuyó de manera determinante a poner en peligro el bien jurídico, pues con su aporte se logró la perpetración del ilícito penal, conforme lo ha detallado la sentencia al pronunciarse respecto a lo señalado por la menor agraviada: ***“... sabe que el señor Gilberto la ha violado, que ha llegado a su casa de la señora sola, porque ella le decía para ir y estar ahí y luego llegaba el señor Gilberto y la señora lo consentía, eso fue en el dos mil nueve, durante los meses de enero, marzo y junio...” “... que era Francisca quien le decía para hacer con el señor, esto es para tener relaciones con el señor, Gilberto aceptaba y la declarante también porque él le ofrecía plata, una vez le dio diez soles...” sic; hecho probado que objetivamente demuestra aporte de la inculpada en el hecho delictual del autor.***

NOVENO: Ahora bien, para determinar si la participación de Correa Montenegro fue a título de cómplice primario o secundario, se debe establecer la relevancia del aporte en la comisión del delito, sin la cual no se hubiera concretado y el momento en el que se presenta la contribución.

DÉCIMO: En el caso concreto se determinó que el hecho delictivo -violación sexual- fue llevado a cabo en varias oportunidades, dos de las cuales se dieron en la casa de la encausada, por

9 Nilo Bautista, 1979. Pág. 120-121, Concurso da agentes, Editorial Liber Juris, Río de Janeiro.

10 Berdugo, 1999, Pág. 326, citado por Felipe Villavicencio Terreros en Derecho Penal - Parte General. Pág. 493 cuarta reimpresión, enero 2013. Editorial Grijley.

lo que está plenamente acreditado que la conducta desempeñada por ésta si bien no fue imprescindible para la comisión del delito -ya que se concretó el delito en otras cinco oportunidades sin su ayuda- aportó causalmente a su ejecución.

DÉCIMO PRIMERO: Por tanto, si bien el hecho delictivo se hubiera podido perpetrar sin su ayuda o con ayuda de cualquier otra persona; ello no excluye su responsabilidad respecto de las dos oportunidades en las que se prestó apoyo para la comisión del delito, lo único que determina es que su participación para cometer el delito era reemplazable (irrelevante) y si bien la conducta de ayudar al hecho delictivo hubiera podido ser realizado por cualquier otra persona -ya que cualitativamente podría haber sido reemplazada-, en el presente caso su participación fue relevante para la consumación del hecho delictivo, ya que con sus acciones produjo un incremento del riesgo relevante en razón del cual favoreció causalmente la conducta del autor, incrementando incluso las posibilidades de éxito en la comisión del delito de violación sexual, por lo que es susceptible de reproche penal a título de cómplice secundario.

DÉCIMO SEGUNDO: Finalmente, es de precisar que la conducta desplegada por la procesada no es neutral, ya que la misma no es una conducta inocua, cotidiana, ni mucho menos banal, tampoco se encontraba desempeñando un rol en concreto, la conducta de la procesada favoreció a la comisión del hecho delictivo -violación sexual- ya que no sólo autorizó el uso de su inmueble para la consumación del hecho sino que realizó actos concretos para facilitar el encuentro entre el inculpado y la menor agraviada cuando ésta contaba con trece años de edad, actuando dolosamente en su aporte.

DÉCIMO TERCERO: Que, el artículo quinientos cuatro, inciso dos, del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales imponen conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del aludido Código Adjetivo, y no existen motivos para su exoneración.

DECISIÓN:

Por estas consideraciones **MI VOTO** es porque se declare:

I. INFUNDADO el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación del artículo veinticinco del Código Penal, interpuesta por Francisca Correa Montenegro contra la sentencia de vista del veintisiete de setiembre de dos mil once, de fojas ciento cincuenta y siete, que confirmó la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, de fojas noventa y cuatro, que la condenó como cómplice del delito contra la libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la

menor de iniciales R.N.S.R., y revocó el extremo que le impuso treinta años de pena privativa de libertad y reformándola, le impusieron diez años de pena privativa de libertad.

II. CONDENARON al recurrente al pago de las costas por la tramitación del recurso, que serán exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.

III. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a las partes procesales.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S

BARRIOS ALVARADO

Lima, quince de julio de dos mil trece.-

AUTOS Y VISTOS; y ATENDIENDO: Que, en la sentencia de primera instancia del trece de julio de dos mil once, décimo fundamento jurídico se consigna que *“la presente sentencia en su extremo penal se cumplirá provisionalmente por la naturaleza y gravedad del delito y peligro de fuga y peligro de fuga de la condenada (...)”* que este hecho indujo a error al Supremo Colegiado al ordenar la libertad de la citada imputada, cuando su situación jurídica era la de reo contumaz con orden de ubicación y captura; que, de conformidad con el artículo 124° del Código Procesal Penal es menester aclarar el extremo decisorio, pues, no se afecta el sentido de la resolución. **ACLARARON** la sentencia del quince de julio de dos mil trece, numeral IV del extremo decisorio, para **ESTABLECER** que en el presente caso no hay orden de libertad respecto de Francisca Correa Montenegro; **MANDARON** que por secretaria se oficie a las autoridades competentes para levantar las órdenes de captura impartidas contra la citada imputada derivadas del presente proceso; **DISPUSIERON** que la presente resolución sea parte de la sentencia, agregándose copia certificada al expediente principal. Oficiese y notifíquese.

SS

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

**SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA
CASACIÓN N° 367-2011-LAMBAYEQUE**

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: MERCEDES HERRERA GUERRERO¹

I. SUMILLA:

En la Casación N° 367-2011 Lambayeque se establece que para los efectos de determinar la responsabilidad en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, deberá analizarse la conducta del imputado desde la perspectiva de los criterios de imputación objetiva, para determinar si el riesgo constituye o no un riesgo típico. Este constituiría un primer nivel de análisis.

En un segundo momento deberá determinarse si la conducta fue realizada o no de forma dolosa, ya que nuestro Código Penal solo admite la participación dolosa. Por ello, después de determinar la relevancia típica de una conducta, se analizará si la persona tenía conocimiento acerca de la relevancia típica del aporte realizado.

En este sentido, la Corte Suprema concluye en el caso que motivó la casación, y de modo general, que pueden darse conductas en algunos sujetos que si bien a nivel objetivo evidencian un aporte en la realización del hecho punible, esto no es suficiente para atribuir responsabilidad penal como cómplice a esta persona. Para ello, es necesario demostrar que el aporte fue realizado de manera dolosa.

Asimismo, se establecen un criterio para distinguir la complicidad primaria de la secundaria. Se consideran complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Cómplice secundario, en cambio es aquel cuyo aporte no es esencial en la realización del hecho delictivo.

De forma previa se debe determinar si objetiva y subjetivamente dicho aporte es relevante a nivel jurídico-penal.

1 Máster en Derecho Penal por la Universidad de Alcalá (España). Doctora en Derecho (Doctorado europeo) por la Universidad de Navarra (España). Profesora de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Socia Fundadora de Herrera & Florez Abogados www.herreraflorez.com. Correo: mercedesh@herreraflorez.com

II. ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LA CASACIÓN N° 367-2011. SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA

En el caso de autos se condena en primera instancia en calidad de cómplice primario a la recurrente, por el presunto delito contra la libertad sexual en agravio de menor. Se le impone 30 años de pena privativa de libertad.

En segunda instancia, a criterio del *ad quem* solo fue cómplice secundario, puesto que -según se afirma- la conducta desplegada por la acusada no fue determinante para la realización del hecho punible, razón por la cual consideró necesaria la graduación de la pena impuesta primigeniamente; de esta manera confirmó la sentencia de primera instancia, que condenó a Correa Montenegro como cómplice y revocó la pena impuesta de treinta años y la reformó, imponiéndole la pena privativa de libertad de 10 años.

En relación al fundamento de la participación, la Sala Penal Permanente señala: “En primer lugar puede adoptarse la teoría del injusto único de intervención. Según esta teoría no existe una distinción, a efectos de la configuración del injusto, entre la autoría y la participación. Ambas categorías sólo serán diferenciables al momento de la determinación de la pena, siendo que el autor recibirá una mayor pena y el cómplice una menor”².

Conforme a la teoría del injusto de intervención, que consideramos de recibo, el hecho delictivo pertenece a todos los que intervienen en él. Se trata de una obra común de autor y partícipe³. La realización del injusto es obra tanto del autor como del partícipe, si bien existen diferencias cuantitativas entre el aporte del autor y del partícipe⁴. Por tanto, conforme a esta teoría no existen diferencias cualitativas entre el autor y el partícipe. Ambos toman parte en un injusto común. En esta línea, en primer lugar deberá determinarse si varias personas son competentes por un hecho delictivo con criterios de imputación objetiva, para determinar posteriormente con base en criterios cuantitativos si, en función de la relevancia de su aporte, deben responder como autores o partícipes, también de acuerdo a lo establecido en nuestro Código Penal⁵.

Siguiendo esta lógica, si a todos los intervinientes se les atribuye de forma común el hecho, en un sentido normativo bien puede afirmarse que todos los que intervienen en el injusto

2 FJ 3.4

3 Vid. ROBLES PLANAS, RICARDO. “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). *Indret* 2/2012, p. 4.

4 Vid. JAKOBS, GÜNTHER. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993, Abschn 22, n 6, p. 659.

5 Vid. ROBLES PLANAS, RICARDO. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 267 y ss. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 702 y ss.

tienen dominio del hecho⁶. Cuando dos o más sujetos toman parte en un delito, realizan un solo injusto penal. De tal modo que si bien cada uno responde por su propio aporte (principio de autorresponsabilidad), pero ello no implica que cada uno realice un injusto propio⁷.

El fundamento de la participación es una de las cuestiones más discutidas en la doctrina penal. Entre las diversas teorías encontramos la teoría de participación en el injusto como ataque accesorio al bien jurídico propuesta por ROXIN⁸, quien fundamenta la responsabilidad penal del partícipe en un injusto propio, pero vinculado al injusto del autor mediante una relación de accesoriedad. Se trata de un “ataque al bien jurídico mediante una causación accesorio”, una teoría mixta que estructura el injusto de participación a partir de elementos independientes y derivados⁹. Así, afirma Roxin¹⁰ “La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesorio de un hecho del autor (sea consumado o tentado), típico o antijurídico. En ello, la causación es el criterio general; y su accesoriedad, el criterio de imputación específico de la participación.” A este criterio de imputación de la participación (accesoriedad), agrega Roxin criterios de imputación objetiva referidos al partícipe, siempre referidos al posible ataque a un bien jurídico. De tal forma, que si un sujeto no puede atacar el bien jurídico, o toma medidas para que éste no sea afectado, no responderá penalmente¹¹.

La teoría de ROXIN es una posición ecléctica entre la teoría de la participación en el injusto y la teoría de la pura causación como fundamento de la participación. Conforme a la primera, el fundamento del castigo del partícipe reside precisamente en que éste hace posible el injusto de otro¹². Según esta teoría encontramos en la Parte General del Código Penal la base normativa de la prohibición de participar o contribuir en el injusto de otro. En este sentido, las

6 Vid. ROBLES PLANAS, RICARDO. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 268.

7 Vid. GARCIA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte General*. Segunda edición, Jurista Editores, p. 702 y ss.

8 Vid. ROXIN, CLAUS. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo I. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2016, p. 460 y ss.

9 Vid. ROXIN, CLAUS. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo I. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2016, p. 460

10 Vid. ROXIN, CLAUS. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo I. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2016, p. 476.

11 Cfr. ROXIN, CLAUS. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo I. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2016, p. 476 y ss.

12 En esta línea puede verse la Sentencia de la SALA PENAL PERMANENTE R.N. N° 168-2000: “(...) la participación en la comisión del delito, supone una conducta accesorio de parte del agente, dependiente de la existencia de un hecho principal; sin embargo, dicha accesoriedad puede significar dos tipos de participación distinguibles, de allí que pueda expresarse a través de un aporte esencial para la realización del hecho punible o a través de un simple acto de colaboración; que, en el primero de los supuestos, estamos ante una participación a título de complicidad primaria, mientras que en el segundo de ellos, la calificación corresponde a la de complicidad secundaria”.

disposiciones de la parte especial únicamente rigen para el autor¹³.

Según la teoría de la pura causación el partícipe es sancionado por causar o favorecer la lesión de un bien jurídico por parte del autor. Se sostiene, por tanto el carácter autónomo del injusto del partícipe¹⁴.

La discusión acerca del carácter autónomo o derivado del injusto sigue abierta. A los efectos de este trabajo, interesa destacar siguiendo a ROBLES PLANAS¹⁵ que algunas de estas teorías no han logrado armonizar la idea de la autonomía con aquella otra, innegable de que el partícipe interviene en un hecho, y el mismo debe ser típico. Esto es claro, si se considera que el partícipe puede contribuir en el delito con conductas previas a la fase de ejecución. En otros términos, nos atrevemos a formular una idea bastante sencilla: no hay partícipe sin autor, ello no precisamente debido a una "relación de accesoriedad" entre el injusto del partícipe y del autor, sino fundamentalmente debido a la exigencia del carácter típico del hecho. El partícipe solo responderá como tal, cuando estamos frente a un hecho típico, y ello no puede lograrse sin la intervención del autor.

Conviene distinguir, como acertadamente señala ROBLES PLANAS, dos conceptos a) la fundamentación del injusto típico y b) la concreta calificación de la intervención. El primero concierne a la cuestión de cuándo estamos frente a un injusto típico, y se determina conforme a las reglas de la imputación objetiva, mientras que el segundo atañe a la teoría del delito como cuantificación de la concreta contribución en el delito¹⁶. En esta línea, conforme a lo ya señalado *supra*, en primer lugar es preciso determinar el círculo de sujetos a quienes objetivamente se les puede imputar un hecho delictivo. Posteriormente, se debe establecer la distinción entre autores y partícipes conforme a nuestro Código Penal.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la casación bajo análisis, acoge la teoría del injusto único de intervención, teoría que consideramos más adecuada. A partir de esa premisa, la Sala continúa: "Debido a que la autoría y la participación no son relevantes a efectos de la configuración del injusto, el criterio de diferenciación entre ambas no es de carácter cualitativo, sino que es cuantitativo. En este sentido, será autor, aquel sujeto cuyas contribuciones hubieran sido más importantes para la realización del hecho delictivo;

13 Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 701.

14 Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 700.

15 Vid. ROBLES PLANAS, RICARDO. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 139.

16 Vid. ROBLES PLANAS, RICARDO. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 2003, p. 267 y ss.

asimismo, por contraposición, aquella persona que hubiera realizado aportes menos relevantes será considerado partícipe (FJ 3.5)”.

Sin embargo, la sentencia incurre en una grave contradicción al señalar que se adopta la teoría restrictiva la cual ha sido acogida por el Supremo Tribunal y por el TC; es decir, se acoge la teoría del dominio del hecho, según la cual es autor quien tiene dominio del hecho, y partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor sin tener dominio del hecho. Así -se afirma en la casación- será partícipe quien brinda un aporte accesorio al autor (F.J 3.7).

La contradicción reside precisamente en acoger de forma expresa la teoría del injusto único de intervención, e incluso señalar que la distinción entre autores y partícipes no es de carácter cualitativo, sino cuantitativo; y luego, afirmar que “sólo el autor tiene dominio del hecho”. Cabe recordar que conforme a la teoría del injusto único de intervención todos los que intervienen en el delito tienen un grado de dominio normativo sobre el hecho, precisamente la diferencia entre autor y cómplice se encuentra en el grado o cantidad de dominio. Ello desde luego, no significa que el cómplice carezca de dominio o que la obra no sea suya.

Recordemos que la teoría del dominio del hecho formulada por ROXIN y que sigue teniendo gran acogida, ha sido formulada con base únicamente a la figura del autor o coautor, a tal punto que constituye un criterio de distinción entre el autor y partícipe. Según esta teoría será autor quien tenga el dominio del suceso delictivo y el partícipe será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho.

Por otro lado, trascendiendo ya al fundamento de la participación en el delito, es preciso definir quién es cómplice o partícipe. Según lo establecido por el art. 25 del Código Penal cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal, la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal.

Es cómplice quien contribuye a la realización del delito, de tal forma que la conducta del tercero tenga cierta eficacia causal -aunque sea mínima- respecto al comportamiento del autor y reunir además cierta peligrosidad para el bien jurídico, conforme a los criterios de la imputación objetiva¹⁷. En este sentido, es cómplice quien acelera, facilita o asegura la ejecución del hecho delictivo.

17 Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 5ta edición, Valencia, 2002, p. 465.

La complicidad puede tener lugar tanto por acción como por omisión. Carece de relevancia una diferencia de corte naturalista. El factor determinante para calificar una determinada conducta como complicidad por el delito es la competencia por el riesgo, con independencia de si los medios utilizados son materiales o psíquicos. En cualquier caso, para que esa contribución a la creación del riesgo penalmente prohibido le sea atribuible al sujeto en cuestión, es preciso aplicar las reglas de la imputación objetiva¹⁸.

En sentido similar, la Sala Penal Permanente mediante R.N. N° 648-2009 estableció: "(...) que la complicidad se fundamenta en el favorecimiento de la comisión de un delito, que según su magnitud puede ser primaria o secundaria; que la objetivización del favorecimiento debe estar referida al comportamiento típico, esto es, a la conducta del cómplice, quien en esa virtud favorece la creación del riesgo no permitido para los bienes jurídicos; por tanto, la materialización del riesgo es imputable también al cómplice que ayudó a su creación."

Así, en esta sentencia desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria¹⁹ aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos²⁰.

La complicidad secundaria consiste en cualquier contribución o ayuda que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía²¹.

Así pues, según lo señalado por la Sala Penal Permanente en esta sentencia, la determinación de la esencialidad o no del aporte sirve para distinguir la complicidad primaria de la secundaria.

Ahora bien, se establece que el aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de abalizarse si la conducta -objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente²².

18 Vid. GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 713 y ss.

19 Vid. HURTADO POZO, José; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Derecho Penal*, PG, II, Lima, 2005

20 FJ 3.10

21 FJ 3.11.

22 FJ 3.12

Respecto a lo primero, conviene recordar lo ya expuesto *supra*: la fundamentación de la intervención corresponde a la imputación objetiva (mejor: de la conducta típica de intervención) y es previa e independiente a la calificación del aporte como autoría o participación²³.

De tal suerte, que será necesario determinar si el tipo legal ha sido realizado u es obra de un sujeto determinado. Es decir, a partir de criterios de imputación objetiva determinar previamente si una persona ha realizado un comportamiento típico²⁴. No obstante, conforme a la postura aquí defendida este primer nivel de análisis aún no introduce ninguna distinción en autor y partícipe. Únicamente nos sirve para establecer si la conducta desplegada por determinado sujeto es jurídico-penalmente relevante.

En lo que respecta a la accesoriedad cualitativa, en la actualidad recibe mayor respaldo la accesoriedad limitada, conforme a la cual el hecho debe ser típico u antijurídico. No se exige que el hecho sea culpable, por cuanto la culpabilidad es una categoría personal de cada interviniente. Sin embargo, si se parte de la teoría del injusto único de intervención el sentido comunicativo de la conducta desplegada por el cómplice solo adquiere relevancia jurídico-penal cuando el hecho típico es realizado por el autor, y esto supone también la culpabilidad. Si quien ejecuta el hecho no es culpable, podrá acudirse -si fuera el caso- a la figura de la autoría mediata²⁵.

En lo que concierne a la accesoriedad cuantitativa el hecho común (injusto único) puede imputarse al partícipe solo si el hecho se ha ejecutado. Para que el cómplice pueda responder penalmente, es preciso que el autor haya iniciado los actos ejecutivos que permiten imputarle la conducta como tal en grado de tentativa (acabada o inacabada)²⁶.

Los actos de complicidad pueden presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución. Después de la consumación del delito los actos que dentro de la unidad de acción con la ejecución ayuden al agotamiento del delito, podrán considerarse participación punible²⁷. Por ejemplo, en el delito de contrabando poner a buen recaudo los bienes. Por el contrario, los actos posteriores que tiendan a favorecer la finalidad del autor. Ahora bien, una vez consumado el delito, solo los actos que en unidad de acción con la ejecución contribuyan al agotamiento del delito pueden ser considerados como complicidad

23 Vid. ROBLES PLANAS, RICARDO. "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión) en *InDret*. 2/2012, p. 3

24 Vid. HURTADO POZO, JOSÉ; PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Tomo I, 4ta edición, p. 432.

25 Vid. GARCIA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte General*. Segunda edición, Jurista Editores, p. 706.

26 Vid. GARCIA CAVERO, PERCY. *Derecho penal. Parte General*. Segunda edición, Jurista Editores, p. 707

27 BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., *Código Penal Anotado*, San Marcos, Lima, 1995, p. 77.

punible²⁸. Los actos posteriores no son ya actos de participación, sino otras conductas que pueden configurar, según el caso, otros delitos, como el de receptación²⁹.

En lo que concierne a la tipicidad subjetiva -que es en realidad el motivo de la absolución en el caso concreto- la Sala Penal Permanente recuerda que ésta consiste en determinar si el sujeto (sea autor o cómplice) actuó con dolo³⁰. Interesante es que se acoge la teoría normativa del dolo, conforme a la cual el conocimiento acerca del carácter delictivo del hecho se imputa a través de un contexto determinado, sin entrar a analizar la "voluntad" del autor³¹.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el caso de autos, se atribuyó a la acusada ser cómplice primario del delito de violación sexual, ya que -según la tesis fiscal- la menor fue ultrajada por el acusado en varias oportunidades, entre ellas en su domicilio. En primera instancia se le condenó a treinta años de pena privativa de libertad. La Sala Superior determinó que la conducta de la acusada era de cómplice secundario y no primario. En consecuencia, se reformó el extremo de la pena, imponiéndole una sanción de 10 años de pena privativa de libertad.

La Sala considera que desde una perspectiva subjetiva de la conducta, la procesada no actuó dolosamente. No existe prueba suficiente para determinar que la encausada habría prestado su vivienda con el conocimiento de que iba a producirse el acceso carnal entre el encausado y la agraviada. La versión de la menor acredita que dos de las siete ocasiones donde sostuvo relaciones sexuales fueron en la casa de la encausada, más no que ella tenía conocimiento de que su vivienda sería utilizada por el encausado para tener relaciones sexuales con la menor agraviada³².

Con ello, concluye en el F.J. 4.12 **en el caso concreto se efectuó una errónea aplicación del artículo 25 del Código Penal, relativo a que tanto el Juggado Unipersonal como las Salas Superiores, únicamente deben aplicar el artículo veinticinco del Código Penal, siempre y cuando de la conducta desplegada por el procesado se establezca no sólo que prestó algún tipo de auxilio o asistencia para la realización de un hecho ilícito, sino además que se logre acreditar que aquella contenga como elemento subjetivo el dolo (conocimiento de que la acción realizada era ilícita).**

28 BACIGALUPO ZAPTER, Enrique, *Derecho Penal*, PG, Ara Editores, Lima, 2004, p. 46.

29 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal*, PG, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 713.

30 FJ 4.1 y ss.

31 FJ 4.5.

32 Vid. F.J 4.11

Así, se declaró fundado el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación del artículo veinticinco del Código Penal; en consecuencia casaron la sentencia. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo revocaron la sentencia de primera instancia, que condenó a Francisca Correa Montenegro como cómplice del delito contra la libertad, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, reformándola, la absolvió de la acusación fiscal.

Establecieron como doctrina jurisprudencial, que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea primaria o secundaria, en cada caso concreto deberá analizarse la conducta del imputado desde la perspectiva de los criterios de la imputación subjetiva.

Al analizar la tipicidad subjetiva, se concluye que no existe prueba suficiente para concluir que la procesada no actuó dolosamente. En este sentido, el Ministerio Público no habría logrado acreditar que la acusada conocía que prestó su vivienda sabiendo que en su interior iba a producirse el acceso carnal entre el acusado y la agraviada.

09

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 253-2013
PUNO

PROLONGACIÓN DEL REGISTRO PERSONAL

SUMILLA: Existen situaciones no previstas por la norma pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal: **a.** Cuando no existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Público y de los efectivos policiales que participan en el registro. **b.** Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo. **c.** Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro. Ahora bien, cuando concurren algunos de los citados supuestos y se efectivice la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro. Además, el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

Lima, veinte de noviembre de dos mil catorce.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de vista del veintinueve de abril de dos mil trece -fojas doscientos cincuenta-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

I. ANTECEDENTES:

1.1. IMPUTACIÓN FISCAL

1.1.1. Según imputación fiscal el once de marzo de dos mil once, en la carretera Acora – Puno, se produjo un accidente de tránsito, colisión de dos vehículos, en uno de los cuales

estuvo la ciudadana Ruth Condorena Gonzales, quien fue trasladada a la clínica “Pro Salud”, siendo que las investigaciones de dicho accidente estuvieron a cargo del Mayor PNP Guillermo Luis Cahuana Moreyra. El trece de marzo de dos mil once, dos días después, el citado efectivo policial se apersonó a dicha clínica y solicitó entrevistarse personalmente con Ruth Condorena Gonzales y le exigió diez mil nuevos soles para no comprenderla en las investigaciones por el referido accidente de tránsito, indicándole que en la medida que postulaba al Congreso, no le convendría mermar su imagen y perjudicar su candidatura.

1.1.2. Por sentencia del cuatro de enero de dos mil trece -fojas doscientos veinticuatro-, se condenó a Guillermo Luis Cahuana Moreyra por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado y complementariamente en agravio de Ruth Condorena Gonzales, a nueve años de pena privativa de libertad.

1.1.3. Elevados los autos a la Sala Penal de Apelaciones de Puno, por resolución del veintinueve de abril de dos mil trece -fojas doscientos cincuenta- se revocó la resolución del cuatro de enero de dos mil trece -fojas doscientos veinticuatro-, que condenó a Guillermo Luis Cahuana Moreyra por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado y complementariamente en agravio de Ruth Condorena Gonzales, a nueve años de pena privativa de libertad; reformando la citada sentencia, absolvió a dicho procesado de la acusación fiscal por el referido delito y citado agraviado.

1.1.4. Emitida la sentencia de vista, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación -fojas doscientos sesenta y nueve- previsto en el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal, precisando la necesidad de desarrollar doctrina jurisprudencial “respecto al momento en que debe realizarse el registro personal en una intervención en flagrancia delictiva”; además, invocó el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal “si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”, pues considera que la Sala Penal de Apelaciones interpretó de manera errónea del inciso 1 del artículo 210 del Código Procesal Penal, respecto a la inmediatez del registro personal.

1.1.5. Por resolución del diecisiete de mayo de dos mil doce -fojas trescientos ochenta y dos- la Sala Penal de Apelaciones concedió recurso de casación al representante del Ministerio Público y ordenó se eleven los actuados a esta Suprema Sala. Mediante resolución del trece de diciembre de dos mil trece -fojas ciento treinta y cinco del cuaderno de casación- este Supremo Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial respecto a la inmediatez del registro personal -referente al inciso 1 del artículo

210 del Código Procesal Penal-, vinculado a la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal: **“errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”**.

1.1.6. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el día once de diciembre del presente a horas ocho y treinta de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

2.1. RESPECTO AL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

2.1.1. Se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la creación de la doctrina legal en el ámbito de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas: **(a)** la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de instancia, asegurando el indispensable sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofiláctica); y, **(b)** la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección.

2.2. RESPECTO AL REGISTRO DE PERSONAS

2.2.1. El registro de personas está regulado en el artículo 210 del Código Procesal Penal, normatividad que presenta los supuestos requeridos para su procedencia; así, el inciso 1 del referido artículo precisa: “La Policía, por sí -dando cuenta al Fiscal- o por orden de aquél, cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla. Antes de su realización se invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien se presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones”. En esa línea, siempre que se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no podrá posponerse o dilatarse el registro personal cuando haya razón fundada para considerar que el intervenido oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados al delito.

2.2.2. La referida restricción encuentra sustento, en primer lugar, en que la prolongación del registro puede contribuir a la desvinculación del citado bien de parte del intervenido, ya sea por destrucción, ocultamiento o alejamiento, mermando con ello la actividad previa

a dicho registro y el registro mismo. En segundo lugar en que la prolongación del registro personal puede traer a colación argumentos referentes a que pudo ser un tercero quien puso el bien registrado al intervenido, en lenguaje sub estándar: “siembra”, mermando la fuerza probatoria del registro.

2.2.3. La prolongación del citado registro puede ser viable solo si se omite dar cuenta al representante del Ministerio Público -a excepción de los casos de flagrancia-. No obstante, puede ocurrir que aun cuando se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no concurren garantías necesarias para practicar el registro, pues éste debe ser realizado en un contexto de respeto a la dignidad y pudor de la persona, ello en concordancia con el numeral 2 del artículo 210 del Código Procesal Penal, el cual precisa **“El registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación”**.

2.2.4. Además, existen situaciones, no previstas por la norma, pero que de manera razonada posibilitan la prolongación del registro personal:

- a. Cuando no existan garantías para la integridad del representante del Ministerio Público y de los efectivos policiales que participan en el registro.
- b. Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro, poniendo en riesgo la finalidad del mismo.
- c. Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten en mantener y conseguir el objetivo del registro.

2.2.5. Ahora bien, cuando concurra alguno de los supuestos referidos en el considerando precedente y se efective la prolongación del registro personal, el representante del Ministerio Público garantizará la cadena de custodia hasta el momento en que sea posible la realización del registro, siendo de aplicación extensiva lo previsto en el artículo 240 del Código Procesal Penal. Además, el mismo no podrá prolongarse en demasía, sino que el tiempo debe ser razonado y, tener como fin encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

2.3. VALORACIÓN DISTINTA DE LA PRUEBA PERSONAL A NIVEL DE APELACIÓN

2.3.1. La Sala Penal de La Corte Suprema no está limitada al conocimiento del proceso sólo respecto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sino también puede conocer las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier etapa del proceso, conforme lo previsto en el inciso 2 del artículo 432 del Código Procesal Penal. En ese sentido,

se advierte que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en serias afectaciones al debido proceso, que se detallan a continuación.

2.3.2. El artículo 425, inciso 2, del Código Procesal Penal, establece que "...Sala Penal Superior no podrá otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba en segunda instancia". En esa línea, la Sala Penal de Apelaciones, contrario a lo prescrito por dicho artículo, otorga valor distinto a la prueba personal actuada en juicio, sin que en sede de apelación se la haya cuestionado con prueba alguna. En principio porque el representante del Ministerio Público transcribió el video donde se aprecia al encausado Guillermo Luis Cahuana Moreyra recibiendo dinero de parte de la agraviada -fojas treinta y ocho- y el Juggado Unipersonal observando el citado video -fue visualizado en audiencia de juicio oral-, refiere que dicho video ubica al encausado recibiendo dinero de la agraviada -ver fundamento número 6 de la sentencia de primera instancia a fojas doscientos ochenta-; además, el perito Infante Zapata, quien analizó dicho video, en juicio oral -conforme precisa la sentencia de primera instancia, véase fojas doscientos setenta, examen a perito acústico forense Infantes Zapata-, al ser interrogado por el Juez Unipersonal, refirió que solo el audio no es aprovechable; sin embargo la Sala Penal de apelaciones refirió que dicho perito sostuvo que tanto imágenes y video no son aprovechables -véase fojas doscientos catorce, considerando 2.9, numeral tercero-, concluyendo que nada de lo precisado en dicho video vincula al encausado Cahuana Moreyra con el delito imputado. En ese sentido, se aprecia que la Sala Penal de Apelaciones, sin haber interrogado al citado perito ni haber visualizado el citado video, otorga, a la declaración del referido perito, un valor distinto al otorgado por el Juggado Unipersonal, variando incluso lo referido por éste, trasgrediendo el principio de intermediación.

2.3.3. En la misma línea, el Juggado Unipersonal cita la declaración del testigo Julio Ernesto Carrera Meza, quien refirió haberse sentado junto a la Fiscal Yesid en el asiento delantero del vehículo en que fue trasladado el encausado Cahuana Moreyra -véase sentencia de primera instancia, fojas doscientos sesenta y ocho, apartado examen del testigo Julio Ernesto Carrera Meza-. Sin embargo, la Sala de Apelaciones otorga un sentido distinto a la citada testimonial y refiere que quedó acreditado que quien se sentó delante fue la ciudadana Ruth Condorena Gonzales, conforme refirió el citado encausado, dando por acreditado ello porque nadie se opuso.

2.3.4. En ese sentido, se advierte que la Sala Penal de Apelaciones brindo un valor distinto a la prueba personal actuada en juicio y afectó el principio de intermediación -causal prevista en el inciso 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal-, por ello, deberá casarse la sentencia de segunda instancia y ordenarse la emisión de nueva sentencia, la cual deberá respetar los parámetros establecidos en el inciso 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal.

2.4. DELITO DE COHECHO PASIVO PROPIO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

2.4.1. La configuración del delito de cohecho pasivo propio se configura con la sola exigencia de la ventaja o beneficio y no se requiere para ello la concretización de la entrega de lo solicitado. Debe precisarse que la acusación se sustenta en el segundo párrafo del artículo 393 del Código Penal, el cual precisa **“El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.**

2.4.2. En ese sentido, el delito de cohecho pasivo propio no exige para su configuración la entrega de la ventaja o beneficio, sino que basta su exigencia, de parte del funcionario público, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o aceptarlas a consecuencia de haber faltado a ellas. Por ende, no hay justificación lógica, en la sentencia de vista, de las constantes llamadas del encausado Cahuana Moreyra, en su condición de efectivo policial encargado de investigar el accidente de tránsito, a la ciudadana Ruth Condorena Gonzales, mucho menos de su apersonamiento al domicilio de dicha ciudadana, pues ya la había visitado en la Clínica y referido se apersonara a la dependencia policial.

2.4.3. En esa línea, la sentencia de vista carece de debida motivación -causal prevista en el inciso 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal- y brinda connotación distinta de la configuración del delito de cohecho pasivo propio, pues sustenta la absolución en que la representante del Ministerio Público debió realizar el registro personal al momento de la intervención y no realizarlo en la dependencia del Ministerio Público, pues fue tiempo suficiente para contaminar la escena del delito, dando a entender, con dicho argumento, que es necesario, para la configuración del delito de cohecho pasivo propio, que el encausado debía haber sido intervenido con el dinero recibido. En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación, por las causales previstas en los incisos 1 -de oficio- y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por las causales 1 -de oficio- y 3 del artículo 429 del Código Procesal; en consecuencia: **II. CASARON** la sentencia de vista del veintinueve de abril de dos mil trece -fojas doscientos cincuenta-, que revocó la sentencia del cuatro de enero de dos mil trece -fojas doscientos veinticuatro-, que condenó a Guillermo Luis Cahuana Moreyra por delito contra la administración pública, en

la modalidad de cohecho pasivo propio, en agravio del Estado, reformándola, absolvió a dicho encausado del citado delito y agraviado; en consecuencia: **III. ORDENARON** la emisión de nueva sentencia de vista por otra Sala Penal de Apelaciones, que deberá tener en cuenta lo precisado en la presente resolución. **IV. ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial el fundamento dos punto dos de la presente Ejecutoria Suprema. Hágase saber. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por licencia de la señora Juez Supremo Barrios Alvarado.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

CEVALLOS VEGAS

EL MOMENTO PARA REALIZAR REGISTRO PERSONAL CASACIÓN N° 253-2013-PUNO

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN

1. SUMILLA:

El presente artículo aborda la necesidad de diferenciar el registro superficial del registro personal, así como el momento y lugar en que éste último se formula. Se diferencia la sospecha previa que se requiere para que un funcionario policial proceda a realizar un cacheo superficial a fin que el acto estatal no sea arbitrario, de las fundadas razones que se requieren para realizar un registro personal. Si bien se presume la juridicidad de los actos estatales, las características propias del registro personal requieren en muchos casos que se dilate su realización, por lo que es necesario cautelar su continuidad que impida la desvinculación del intervenido de los bienes que porta o cuestionamiento en torno a la preexistencia de los mismos.

Palabras claves: *Registro Personal, Cacheo policial, Stop and Frisk, Sospecha Razonable.*

2. ANÁLISIS Y COMENTARIO

2.1. Caso

El 11 de marzo del 2011, se produjo en la ciudad de Puno, un accidente de tránsito que ocasionó la muerte de una persona. El efectivo policial a cargo de las investigaciones se presentó ante la causante, entonces candidata al Congreso de la República y le solicitó dinero a cambio de no comprenderla en las investigaciones¹.

Según las noticias publicadas, la ciudadana denunció el hecho acompañando la grabación en audio del pedido de dinero, por lo que el Ministerio Público puso en marcha la realización de un operativo para sorprenderlo con el dinero recibido. El agente policial fue detenido y al efectuarse el registro se le encontró la suma entregada.

Posteriormente dicha persona fue condenada en primera instancia por delito de cohecho, pero al interponerse la apelación, fue absuelta en segunda instancia, entre los fundamentos de esta última decisión se señaló que el registro personal practicado no fue inmediato. Ante

1 Noticia publicada en la edición regional de La República del 05.05.2013 <<http://larepublica.pe/05-05-2013/cuestionan-sentencia-que-libera-de-cargos-mayor-pnp-acusado-de-soborno>> Consultado el 05.05.2017.

esta decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de casación ante la Corte Suprema que mediante Casación N° 253-2013-Puno estableció doctrina jurisprudencial vinculante en relación al momento en que debe realizarse el registro personal.

2.2. Facultad policial de registrar

En los hechos materia del caso que originó la casación bajo comentario, se puede señalar claramente que existió fundadas razones que originaron el consiguiente operativo que permitió revelar la comisión del delito, produciéndose la detención del efectivo policial en flagrancia, al encontrársele con los efectos del delito. Sin embargo, no en todos los casos tenemos claro lo que se requiere para proceder a un registro en casos no flagrantes.

Un ejemplo de ello es cuando se producen las llamadas redadas policiales, donde diversas personas son interceptadas por la policía sin sospecha previa, la cual realiza registros personales y encuentra droga en su poder, por lo que se produce la detención justificada en este hallazgo.

Sin embargo ¿Este registro respondió a una corazonada de la policía o respondió a una sospecha razonable? La respuesta a esta pregunta es pertinente para el futuro proceso penal que se instaure a efectos de evitar futuras exclusiones probatorias de lo obtenido en el registro, pues es la sospecha previa lo que debe originar que una persona sea intervenida y posteriormente registrada y no sólo lo encontrado en una intervención al azar. En nuestro país existe una marcada tendencia a sustentar detenciones en flagrancia en este tipo de registros que no comportan una sospecha previa².

La necesidad de reflexionar sobre esta facultad policial es de gran importancia a efectos de que el Estado pueda brindar razones a sus ciudadanos de que la actuación de sus agentes policiales no es arbitraria.

Recordemos que en la década de 1990 en Nueva York y ante la gran cantidad de crímenes en dicha ciudad, el jefe de policía William J. Bratton³, aplicó la estrategia de las **ventanas rotas**, que responde a la idea de que si una ventana de un edificio está rota y se deja sin reparar, el resto de las ventanas pronto también estarán rotas⁴, por lo que esta estrategia brinda

2 Vid. QUISPE, Fany. "El registro personal y las intervenciones corporales". *El Proceso Penal, Estudios Fundamentales*, Lima, Palestra editores, 2006 p. 374

3 Vid KELLING George L. y Catherine M. COLES. *No más ventanas Rotas. Cómo restaurar el orden y reducir la delincuencia en nuestras comunidades* En <<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/Kelling,%20George%20y%20Coles,%20Catherine%20-%20No%20mas%20ventanas%20rotas.pdf>>

4 Vid. WILSON, James Q. y George L. Kelling "Ventanas rotas: policía y seguridad en los barrios" En: <<http://www.ucpfjg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-09/Unidad-04/lecturas/2.pdf>>

respuestas inmediatas para evitar un deterioro mayor.

Sin embargo también con esta forma de actuaciones policiales inmediatas conocida como **stop and frisk** se produjeron un gran número de arrestos ciudadanos que incluso conllevó a una demanda colectiva sobre la constitucionalidad de estas prácticas policiales sosteniendo que se estaban llevando a cabo sin sospecha razonable y con un sesgo racial.

En 2013, el Juez Shira A. Scheindlin, resolvió que la policía de Nueva York violó la Constitución de los Estados Unidos por la manera en que llevó a cabo su programa **stop and frisk**, señalando que era “una forma de discriminación racial” pues se encontraba dirigida contra la comunidad afroamericana e hispana⁵.

Actualmente, la práctica del registro personal sólo puede ser aceptada en un Estado Constitucional si es que existe sospecha previa, lo que excede de la subjetividad o prejuicios del agente policial.

2.3. De la sospecha razonable a los “fundados motivos”

La facultad policial de proceder al registro personal o vehicular es conocida como **“stop and frisk”**, esto es “parar y registrar” y se fundamenta en la existencia de una sospecha previa razonable.

Esta sospecha razonable es la misma que faculta a la policía para realizar actuaciones urgentes.

“Cuando la policía actúa en estos supuestos de urgencia, es claro, que no por ello desaparecen los recaudos de motivo previo para actuar y de límites a la actuación policial, la cual debe estar razonablemente relacionada con dicho motivo previo”⁶.

La sospecha que la origina no puede ser solo subjetiva, sino que debe sustentarse en datos **concretos y objetivos**. A fin de determinar si nos encontramos ante una sospecha razonable se ha desarrollado además lo que se conoce como doctrina del **“wholepicture”**, esto es la necesidad de tener en cuenta las circunstancias y el contexto en el que se realiza el registro.

5 Vid. LARKIN, Paul J. “Stops and Frisks, Race, and the Constitution”
<http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2013/09/Larkin_Final.pdf>

6 CARRIÓ, Alejandro. “Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light”.
Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 5, N°1, agosto 2000, Buenos Aires, Recuperado de <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica02.pdf> p. 19 última consulta 05.06.2017

Es por eso, que la “sospecha razonable” no significa *imputar* en el sentido de atribuir a alguien la comisión de un hecho delictivo, sino que se constituye un estándar menor que habilita el uso inmediato de poder coercitivo del Estado para investigar.

El estándar de esta sospecha razonable es menor al que se exige para emitir órdenes judiciales que limitan derechos fundamentales y el que posteriormente se exige para procesar a una persona, según se estableció en el caso *Alabama us. White*⁷.

En este caso, una llamada telefónica anónima alertaba a la policía que Vanessa White saldría de su departamento en su vehículo transportando drogas, por lo que la policía procedió a su intervención y registro, encontrándosele efectivamente la droga. El tribunal de apelaciones de Alabama revocó su condena por cargos de tenencia, sosteniendo que el tribunal de primera instancia debió haber suprimido lo incautado pues los oficiales no tenían la sospecha razonable necesaria y que la llamada telefónica no era suficiente para justificar el registro personal y vehicular. La Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que si bien este aviso telefónico puede ser insuficiente para una orden de detención, la información brindaba suficientes “indicios de fiabilidad” que justificó la intervención policial.

De ese modo, quedó establecido que la *sospecha razonable* es un estándar menos exigente que la *causa probable*, pues la sospecha razonable puede establecerse con la información o datos que son diferentes en cantidad o contenido que la requerida para establecer la causa probable, lo que nuestra legislación se conoce también como “suficientes elementos de convicción”.

Nuestro Código Procesal Penal exige “suficientes elementos de convicción” para la orden judicial que limita derechos fundamentales⁸ y en caso de restricción de libertad, como en el registro personal se acude al término “*fundadas razones*”, tal como se establece en los Artículos 210° y 250.3° del Código Procesal Penal.

Si bien existe la facultad policial de practicar el registro de las personas (Art. 68.1. C), éste no puede ser arbitraria menos aún se puede proceder al registro superficial si es que no existe una sospecha razonable previa y sólo se realizará el registro personal conforme a dicha norma, si es que existen fundadas razones.

7 Vid. *Alabama us. White* (1990) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/325/>>

8 Art. VI TP CPP: Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción

2.4. Registro personal: Superficial y extendido

El registro personal es la búsqueda, por parte del personal policial, de los elementos que se encuentre dentro de ámbito personal del sospechoso de encontrarse relacionado con un delito.

El concepto de ámbito personal, comprende los elementos que tengan alguna importancia en la investigación criminal, ya sea que se encuentre en la indumentaria, que la persona lo porte o que esté en su inmediato alcance o disponibilidad física. El registro personal comprende tanto la relación de objetos de su propiedad como todo aquello que tiene en custodia⁹.

En el sistema legal del *common law* se diferencia entre parar (**stop**), registrar superficialmente (**frisk**) y el registro en las pertenencias (**search**) que plantean diversos niveles de exigencias para el personal policial.

El **stop**, se justifica cuando la policía tiene una sospecha razonable de que un crimen ha ocurrido o está ocurriendo. Para proceder al **frisk**, se requiere una sospecha razonable de que la persona está armada lo que representa un peligro para el personal policial y las personas cercanas, según se estableció en el caso *Terry vs. Ohio*¹⁰.

Básicamente lo que se señala es que se debe permitir a la policía **parar** brevemente una persona ante la sospecha de que puede estar relacionado con una actividad delictiva (**stop**) y si existe la sospecha de que la persona esté armada se puede proceder, la policía debe tener el poder de realizar un **cacheo** (**frisk**). Si el '**stop**' y el '**frisk**' dan lugar a **causa probable** que el sospechoso ha cometido un delito, entonces la policía está facultado para hacer un "arresto" formal y una búsqueda completa (**search**)¹¹.

El registro superficial **frisk** es también conocido como "cacheo superficial" que consiste en una búsqueda de superficial de armas u otros objetos peligrosos que permitan desarmar y neutralizar al intervenido, lo que permite dotar de seguridad a la diligencia.

9 Vid. ROXIN, Claus *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires Editores del Puerto. 2003, p. 319

10 Terry Vs. Ohio (1968) consultado en www.law.cornell.edu/supremecourt/text/392/1 fecha 11.05.2017

11 Terry Vs. Ohio (1968): "If the "stop" and the "frisk" give rise to probable cause to believe that the suspect has committed a crime, then the police should be empowered to make a formal "arrest," and a full incident "search" of the person. This scheme is justified in part upon the notion that a "stop" and a "frisk" amount to a mere "minor inconvenience and petty indignity. Por su parte en *Samson u. California*, [547 U.S. 843](https://www.courts.ca.gov/opinions.htm%2Fp000171) (2006), La Suprema Corte estableció las circunstancias en que la sospecha razonable no es necesaria.

“La palpación sobre el cuerpo que se realiza en un primer momento al momento de la intervención, a fin de encontrar las posibles armas que porte el sujeto, no extingue el registro personal, aunque forme parte de éste último, puesto que el objetivo en un primer momento de la palpación es desarmar al sospechoso y evitar que pueda hacer uso de las armas que porte contra el personal policial o contra sí mismo. Hecho esto, debe realizarse una búsqueda exhaustiva de los objetos, que lleve o porte el sujeto, del vehículo que conduce, de los equipajes que tiene”.

Para realizar **search** esto es una búsqueda o registro de una persona y sus pertenencias, el funcionario policial debe ser capaz de demostrar que tenía una sospecha razonable que permitió el **stop and frisk**, por ejemplo mientras formula el cacheo ha palpado la presencia de un arma, o como el caso de Alabama us. White haber recibido una llamada telefónica al respecto.

“Se podría entender que el cacheo es sólo la palpación externa (registro personal en definición restringida), mientras que el registro es la búsqueda concienzuda en la indumentaria, objetos que porta o lo que está a su alcance (registro personal en definición extendida)”¹².

A efectos de evitar confusiones, usaremos el término de registro superficial para la palpación personal o cacheo policial y **registro personal**, tal como lo ha recogido el Código Procesal Penal del 2004, como el acto, que involucra una búsqueda en torno a todas las partes del cuerpo humano, incluso sus cavidades, el límite del mismo es el propio cuerpo, por lo que aquellos elementos que se encuentren al interior del cuerpo humano sólo serán susceptibles de búsqueda a través de las intervenciones corporales con la necesaria participación de personal sanitario.

2.5. El registro personal en el CPP del 2004

El Artículo 210 de nuestro Código Procesal Penal señala que:

“la policía (...) cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, procederá a registrarla”

En nuestro Código Procesal Penal no aparece la diferenciación entre **frisk** y **search**, sin embargo dado que la regulación del art. 210º del Código Procesal Penal señala que se

12 QUISPE, Fany. Ob. Cit p. 416.

requiere “fundadas razones” es que podemos afirmar que se encuentra regulado en nuestra legislación el registro personal extendido o “*search*”.

Más aun cuando se establece que “antes de su realización se invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado, lo que implica necesariamente que se haya realizado anteriormente el registro superficial o *frisk*, más aun de tratarse de sospecha de porte de armas u objetos peligrosos, sostener que no existe diferencia entre el *frisk* y el *search*, pondría en riesgo la actividad policial.

Por lo que se presume que una vez que se ordena el registro personal extendido es porque existen fundadas razones para ello, esto es que un estándar mayor que una sospecha razonable previa.

a) Momento de realizar el registro

Es evidente que de tratarse de un registro extendido, el registro personal no podrá realizarse de manera inmediata, pues ello involucra una búsqueda meticulosa que obviamente afecta la intimidad y el pudor de las personas.

La práctica policial en nuestro país tiende a señalar que se hizo el registro personal en el lugar de la intervención, en clara falta de distinción entre el registro personal superficial (*stop and frisk*) y el *search* (registro personal extendido) al que hemos hecho referencia anteriormente, a pesar de que la realidad del caso exige muchas veces que el sospechoso sea trasladado a otro espacio para realizar el registro.

De esta manera en la casación 253-2013-Puno se señala que el registro personal debe ser realizado en un contexto de respeto a la dignidad y pudor de la persona, en concordancia con el artículo 210.2 del Código Procesal Penal, el cual precisa “el registro se efectuará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá realizarlo a una persona del mismo sexo del intervenido, salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación”.

Si tal como hemos anunciado la necesidad de un espacio físico privado para realizar un registro personal extendido, es claro que la mayor parte de ellos, no se podrá realizar en el mismo lugar de la intervención, si es que este es público, salvo que lo buscado se encuentre al alcance de la vista o en bolsillos. Lo usual entonces en los casos de una búsqueda extendida debiera ser el traslado a un espacio físico que permita realizar el registro.

En el caso de la Casación 253-2013-Puno es evidente que ha existido fundadas razones, que ha originado la realización del operativo de la fiscalía: denuncia, información objetiva

de elementos que vinculan al denunciado con el hecho, concertación de un encuentro supervisado por la autoridad fiscal entre el denunciante y el denunciado y la posterior intervención policial.

En este caso, el registro personal tiene por objetivo buscar la suma de dinero entregada, esto es billetes previamente marcados o que contienen los reactivos químicos con los que ha sido preparados, estos casos no requieren que la persona se desnude o se proceda a la revisión de cavidades humanas, pues al tratarse de una entrega supervisada de dinero, lo lógico es que el dinero esté inmediatamente en las manos o en los bolsillos del intervenido.

Según la sentencia casatoria, el artículo 210° del Código Procesal Penal establece que el registro personal que realiza la Policía Nacional debe ser inmediato, señalando que "siempre que se dé cuenta al representante del Ministerio Público, no podrá posponerse o dilatarse el registro personal cuando haya razón fundada para considerar que el intervenido oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados al delito".

El sustento de la inmediatez es que todo retardo contribuye a la desvinculación del bien de parte del intervenido, ya sea por destrucción, ocultamiento o alejamiento, mermando con ello la actividad previa a dicho registro y el registro mismo; y a dar argumentos referente a que pudo ser un tercero que colocó el objeto incriminado, lo que se conoce "en lenguaje substándar (**como**) 'siembra', mermando la fuerza probatoria del registro".

De ese modo, se presume que el registro personal debió realizarse de manera inmediata, lo cual no sucedió en este caso. La citada Casación señala que la prolongación del citado registro puede ser viable si se omite dar cuenta al representante del Ministerio Público -lo cual no es el caso atendiendo a que todo el operativo fue supervisado por la fiscalía- y también cuando no se cuenta con garantías para su realización inmediata.

b) Presunción de juridicidad

Asimismo debemos dejar establecido que se presume la juridicidad de los actos realizados por el funcionario policial que realiza el registro personal o vehicular, sin embargo ante el cuestionamiento de su accionar corresponderá a los entes persecutores acreditar que existió una sospecha razonable relacionado a un acto ilícito.

"Por ello se genera "una presunción" a favor de las acciones estatales por el valor funcional que representa la legitimidad de sus actos, existiendo un interés en mantener el principio de que el poder público se ejerce conforme a derecho"¹³.

13 ECHEVARRIA, Marcelo, Aplicación de los principios de "causa probable" y "sospecha razonable" ante la inminente detención de un sospechoso sin orden judicial.

<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/detencion_sospechoso.htm> Ultima consulta el 05.06.2017

Esta es entonces una presunción *iure tantum*, puesto que las actas realizadas gozan de esta presunción de licitud. Si bien es cierto, que en la sentencia bajo comentario se señala que posponer el registro conlleva a cuestionamientos de que los bienes no se encontraban en posesión del registrado, ello no es tal, si es que existe inmediatez y continuidad en la realización del registro y nos encontramos ante un simple traslado cuando resulte necesario.

La Casación señala que en casos de que se tenga que posponer el registro, el fiscal “garantizará la cadena de custodia” hasta que sea posible la realización del registro. Este es un supuesto poco convencional, dado que la cadena de custodia se inicia con el objeto hallado y no antes, por lo que debemos entender que lo que se quiere con la utilización de esta expresión es que se garantice el traslado del intervenido al ambiente adecuado bajo supervisión, sin interrupciones, ni contacto con terceros que hagan presumir que se puede haber deshecho de los bienes que porta o evitar la exclusión probatoria de lo obtenido en el registro por las demoras incurridas que cuestionen que los bienes se encontraban en su poder.

3. PARTE RESOLUTIVA

En esta casación interpuesta por el Ministerio Público contra la sentencia absolutoria emitida, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, hace hincapié en que la absolución se fundamentó en que el registro personal no se realizó de manera inmediata al momento de la intervención, sino en las dependencias del Ministerio Público “dando a entender con ello que es necesario para la configuración del delito de cohecho pasivo propio que el encausado debía ser intervenido con el dinero recibido”, por lo que luego de establecer los casos en los que es posible postergar la realización del registro, declara fundado el recurso de casación y ordena la emisión de nueva sentencia.

En esta Casación 253-2013-Puno se establece doctrina jurisprudencial en relación a los supuestos en los que el registro personal puede ser prolongado en el tiempo, se entiende, no sólo en razón de la necesidad de trasladar a una persona a un espacio adecuado para realizarlo, sino que incluso en los casos en que el registro personal pueda realizarse en el mismo lugar de la intervención, éste debe ser pospuesto, por situaciones que de manera razonada imposibilitan la realización del registro personal:

- a) No existen garantías para la integridad del Ministerio Público y de los efectivos policiales.
- b) Cuando exista exacerbación de parte de un grupo de personas que presencia e impide el registro poniendo en riesgo su finalidad.

- c) Cuando existan otras razones suficientes que se sustenten **(que impidan)** mantener y conseguir el objetivo registro.

De esa manera en dicha Casación 253-2013-Puno se han desarrollado supuestos que no se han previsto en la norma haciendo hincapié que esta dilación no deberá prolongarse en demasía sino que responde al tiempo razonable para encontrar el lugar con las garantías necesarias para su realización.

10

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 626-2013
MOQUEGUA

SUMILLA:

Establecen doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal -peligro de fuga-) de la medida de prisión preventiva.

Lima, treinta de junio de dos mil quince.-

VISTOS: En audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante de Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto del vista del veintiuno de octubre del dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud- homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento y ocho del Código Penal, en agravio de Miriam Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene.

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

ANTECEDENTES

Primero: Por disposición de veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas dos, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho de Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López.

Segundo: Mediante requerimiento del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas ciento cincuenta y tres, también solicitó se declare fundado su requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por el plazo de nueve meses.

Tercero: El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria señaló como fecha para audiencia el veintisiete de septiembre de dos mil trece, a las ocho horas. Producida y registrada a fojas doscientos veinticuatro, por resolución de fojas doscientos veintiséis, resolvió declarar fundada la prisión preventiva por el plazo de nueve meses en contra de Marco Antonio Gutiérrez Mamani.

Cuarto: Apelada y concedido el recurso, se citó a la audiencia de apelación para el diecisiete de octubre de dos mil trece, que se registra a fojas doscientos setenta. Luego de producida, se emite la resolución de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; con lo demás que contiene.

Quinto: El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la resolución de vista -ver fojas trescientos treinta y ocho-, que fue concedido por resolución del trece de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos cincuenta y uno.

Sexto: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del cinco de septiembre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal.

Séptimo: Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asistan-, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día catorce de julio de dos mil catorce, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

1. Aspectos generales

Primero: Conforme a la Ejecutoria Suprema del cinco de septiembre de dos mil catorce -calificación de casación-, obrante a fojas setenta y siete del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: sobre el tratamiento que debe dársele a los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal, modificados y puestos en vigencia en todo el territorio nacional, el diecinueve de agosto de dos mil trece, por la Ley número treinta mil sesenta y seis, sobre la configuración del peligro procesal, y que se debe considerar para calificar el peligro de fuga, además del arraigo en el país del imputado, su comportamiento durante el procedimiento u otro anterior, la gravedad de la pena y magnitud del daño causado, aspectos que se presentarían en el presente caso. ii) Para la debida evaluación y concatenación de los elementos que configuran los presupuestos para el dictado de prisión preventiva, a efectos de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, más si en el presente caso el Colegiado Superior se sustentaría en argumentaciones no planteadas por las partes durante la audiencia de apelación de prisión preventiva, lo que vulneraría los principios de contradicción e imparcialidad judicial.

Segundo: Se imputa al investigado que: i) Entre las veintiún horas del dieciséis de septiembre de dos mil once y las dos horas con veintinueve minutos del diecisiete del mismo mes y año, encontrándose la agraviada al interior de un lugar cerrado y privado, desnuda, confiada en el agresor, a quien le dio la espalda, es tomada por sorpresa por atrás, no dándole tiempo a defenderse y estando premunido el agresor de un instrumento punzo cortante, compatible con un cuchillo, procedió a seccionarle la arteria externa, vena yugular externa y vena tiroidea superior, desgarrando parcialmente la yugular interna. Cortes que fueron ejecutados con

gran fuerza que lograron la sección completa a nivel de cartílago tiroideo, hasta generar una luxofractura en la columna cervical y fragmentación a nivel del cuerpo vertebral izquierdo, generándose un shock hipovolémico, a consecuencia de la hemorragia masiva por la lesión de vasos de gran calibre. ii) Después, el victimario procedió a lavar completamente el cadáver, lo vistió y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se colocó al lado izquierdo y premunido de un instrumento procedió a inferirle las heridas punzopetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. iii) Finalmente, procedió a abandonar el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calisaya -extensión agrícola-, ubicada en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes de abandonar el lugar procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo. El agresor dejó la silueta de dedos de manos reflejadas en el cuerpo de la agraviada con el objeto de simular una supuesta violación, llevándose consigo su celular. iv) Los hechos son atribuidos al investigado, pues en su condición de ex enamorado de la agraviada -siendo ella quien habría terminado la relación sentimental el día catorce de septiembre de dos mil once, por haber iniciado otra relación sentimental con Julio André Alva Flores-; se negaba a terminar la relación bajo amenazas de “quitarse la vida” y de “contar a los padres de la agraviada de las relaciones sexuales sostenidas con Julio André Alva Flores” y la propia presión de seguir frecuentándolo como amigos.

2. Sustento de los actos procesales relativos al caso

Tercero: El Fiscal Provincial sustentó su requerimiento de prisión preventiva en:

A) Sobre los graves elementos de convicción, relató una serie de hechos y expuso argumentos sobre la vinculación del imputado (similar a lo expuesto en el segundo considerando).

B) Sobre la prognosis de pena, que la sanción para el delito de homicidio calificado superará los cuatro años de pena privativa de libertad, pues la pena básica es de quince años de pena privativa de libertad, hasta la cadena perpetua.

C) Sobre el peligro procesal, que no cuenta con arraigo laboral, familiar, ni domiciliario, al no existir evidencia documental que adierte lo contrario, la gravedad de la pena privativa de libertad que se espera, es de quince a treinta y cinco años efectiva, la personalidad y circunstancias en la intervención policial, la forma como se condujo para desaparecer las evidencias y esconder la escena primaria del delito, con fines de no ser identificado, la gran magnitud de daño causado, pues quitó la vida a la agraviada, lo que se magnifica por la forma como se realizó no mostrando actitud alguna tendiente a reparar el daño ocasionado.

Cuarto: El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dictó la medida de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez sobre la base que:

A) En cuanto al primer requisito, en el considerando segundo, señaló que éstos se corroboran con los elementos de convicción oralizados por el representante del Ministerio Público, consistente en que la agraviada inicia una relación sentimental con Gutiérrez Mamani, acreditándose que ella es estudiante del Instituto Superior Tecnológico y que asistió el dieciséis de septiembre de dos mil once, desde las dieciocho horas con treinta minutos a las veintiún horas con quince minutos, a las clases del profesor Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, tal como lo señala: i) El primer elemento de convicción: informe número cero cero seis- dos mil once- LQM/CONTABILIDAD/I.E.T.P. "JCM". ii) Segundo, que esta información es ratificada por la declaración del docente Eugenio Leopoldo Quispe Mamani. iii) Tercero, la declaración del padre de la víctima, Elías Aucatinco Cuadros, quien refiere que el imputado era enamorado de su hija, la visitaba en su casa, pero había terminado con él iv) Cuarto, la declaración de Diana Pamela Aucatinco López, que indica que el imputado era enamorado de su hermana, que conoció a Julio André Alva Flores el seis de agosto de dos mil once. El ocho de septiembre de dos mil once, cuando llamó al imputado, negó estar con la agraviada, el nueve del mismo mes y año llegó a su casa junto a su hermana, el catorce del mismo mes y año, el imputado le dijo que había terminado su relación con su hermana, no la quería ver y que ante cualquier cosa que le pasara no le echaran la culpa, el día quince fue a su casa llevando dos chirimoyas a su padre, indicó que quería conversar en serio con sus padres, pues había encontrado un mensaje de texto en su celular donde advertía que Miriam y Julio habían mantenido relaciones sexuales, en eso llegó la agraviada. El dieciséis la agraviada le dijo que había terminado con el imputado. El diecisiete con Julio André Alva Flores se constituyeron a la comisaría de la PNP de San Antonio a presentar la denuncia por desaparición de su hermana, llamó al celular de ella, respondieron pero nadie hablaba, escuchó el cantar de un gallo, luego llamó al imputado, quien dijo no estar con ella y escuchó un canto de gallo similar. A las ocho horas llegó el imputado a su casa, se puso nervioso y tembloroso, tenía ojos rojos y llorosos, como si hubiera trasnochado v) Quinto, la declaración testimonial de Eliana López Ramos, madre de la agraviada, que señala que el acusado era enamorado de su hija, pero ella conocía su nueva relación. El catorce de septiembre de dos mil once él la llamó y le dijo que quería conversar con ella y su esposo, quedando para el sábado diecisiete. El día quince llamó a su hija, quien le dijo que había terminado con aquel. vi) Sexto, la declaración de Nely Flores Mamani, que señaló que el tres de septiembre de dos mil once, a las dieciséis horas, observa a la agraviada enviándose mensajes con Julio André Alva Flores, indicando que se había distanciado del imputado desde hace cuatro días, quería terminar con él, pero había amenazado con matarse. vii) Séptimo, la declaración de Julio André Alva Flores, que señala que con la agraviada se hicieron enamorados el ocho de septiembre de dos mil once, pero a las veintidós horas se encontraron con el imputado, quien les pidió una explicación, a pedido de la agraviada se fue del lugar, dejándolos. El día nueve la buscó, pues no le contestaba el celular. En la madrugada de ese día ella le dijo que quería terminar con el imputado, pero este se puso como loco diciendo que se quería matar. Ese día

recibió llamadas telefónicas de ella, pero en realidad era el imputado que le obligaba a decirle “a ti no te amo, amo a Marco Gutiérrez Mamani”. Cuando se vieron y la quiso abrazar ella le dijo que mientras esto ocurriera quería mantener una distancia, también que el imputado le había quitado los celulares, la tenía amenazada porque sabía que había mantenido relaciones con el deponente, por lo que hacía lo que él quería. El día dieciséis ella le contó que el día anterior, cuando llegó a su casa, encontró al imputado conversando con su hermana. viii) Octavo, declaración de Ruth Mariela Escobar Masco, quien refiere que el imputado el día quince había ido al Instituto a recoger a la agraviada, pero esta le comentó que no quería saber de él, habían terminado la relación el día catorce, pero este no lo aceptaba y la condicionó para frecuentarse como amigos. El día dieciséis la agraviada estuvo en clases hasta las veintiún horas con quince minutos, cuando escuchó que el teléfono sonó y salió de clases para atender la llamada y se retiró, ese mismo día el imputado la había llamado insistentemente al celular, pero la agraviada no le contestaba. ix) Noveno, la declaración de Carlos Tumbalobos Reaño, quien indicó que el día dieciséis, a las veintitrés horas con treinta minutos, vio a la agraviada y al imputado en la esquina de la avenida La Paz, frente a la empresa Cruz del Sur, ella se encontraba seria con los brazos cruzados y él trataba de hablarle. x) Décimo, la declaración de Sara Milagros Alfaro Flores, quien señaló que vio a la agraviada el dieciséis de septiembre al promediar las veintiún horas, subiendo a un transporte público desde el Instituto hasta la intersección formada de la avenida Balta y calle Ancash. xi) Décimo primero, el acta de levantamiento de cadáver que señala que la muerte probablemente ocurrió entre quince a veinte horas. xii) Décimo segundo, el informe pericial de necropsia médico legal, que advierte que la causa de la muerte es shock hipovolémico, laceración cardiaca, diecinueve heridas punzocortantes. xiii) Décimo tercero, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que el shock es a causa de pérdida del veinte por ciento de volumen normal de sangre. xiv) Décimo cuarto, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que no puede precisarse la posición del agresor cuando infiere las lesiones del cuello. xv) Décimo quinto, tomas fotográficas del levantamiento de cadáver. xvi) Décimo sexto, el informe de inspección técnico criminal, sobre la ubicación de las manchas de sangre, apreciándose que los hechos no ocurrieron en el lugar donde se produce el levantamiento de cadáver. xvii) Décimo séptimo, la pericia de biología forense. xviii) Décimo octavo, la pericia física, sobre los cortes de la ropa de la víctima. xix) Décimo noveno, el acta de recojo de evidencias. xx) Vigésimo, el informe de inspección técnico criminal, sobre el lugar donde fue hallado el cadáver, se señala que una vez posicionado el cadáver, el presunto victimario deslizó el pantalón hacia la parte inferior para simular una violación. xxi) Vigésimo primero, la declaración de Julio César Briceño López, quien encontró a Diana Pamela Aucatinco López alterada y a Marco Antonio Gutiérrez Mamani cansado, con ojos rojos, como si no hubiera dormido. xxii) Vigésimo segundo, la declaración de Janet Ángela Mamanchura Cuela, vecina de la víctima, señala que le preguntó al imputado por la víctima y dijo no saber nada, estaba nervioso, con voz

ronca, decaído, tenía ojeras, ojos rojizos, no decía nada. xxiii) Vigésimo tercero, el informe número doscientos noventa y siete- dos mil once-XI-DIRTEPOL, efectuada a la habitación del imputado. xxiv) Vigésimo cuarto, el acta de aplicación de reactivo de luminol en el domicilio del imputado. xxv) Vigésimo quinto, reporte de llamadas telefónicas del celular del imputado. xxvi) Vigésimo sexto, reporte de llamadas telefónicas del celular de la agraviada. xxvii) Vigésimo séptimo, el acta de intervención policial de fojas ochenta y cinco. xxviii) Vigésimo octavo, el informe policial número cero cero ocho-dos mil trece- RPS-DIRTEARE. xxix) Vigésimo noveno, el informe policial número ciento veinticuatro -dos mil trece- REGPOSUR-DIRTE-MOQ/DIVICAJ. xxx) Trigésimo, el perfil criminológico contenido en la evaluación psicológica que señala que el lugar de los hechos es cerrado y se pueden manipular pruebas, agredió a la víctima en un lugar donde se sentía seguro, protegió su identidad, se apoyó de terceros para transportar el cuerpo, la víctima se sintió confiada en el agresor, el agresor usó el factor sorpresa, actuó con brutalidad, sadismo y furor homicida, es celoso, controlador y manipulador. El relato del imputado no reúne los criterios de credibilidad y posee una personalidad mixta obsesivo-compulsivo. xxxi) Trigésimo primero, el acta de inspección técnico policial. xxxii) Trigésimo segundo, el informe número ciento ochenta y seis-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTEPOL-M/OFRICRI. xxxiii) Trigésimo tercero, la declaración testimonial de Crystian Raúl Valdez Flores. xxxiv) Trigésimo cuarto, la declaración testimonial de Henry Erickson Cruz Gallegos. xxxv) Trigésimo quinto, la declaración de Marco Antonio Gutiérrez Mamani. xxxvi) Trigésimo sexto, la ampliación de declaración del imputado.

B) Sobre la prognosis de pena, esta no será menor de quince años de pena privativa de libertad, al no existir circunstancias que hagan prever una atenuación inferior a cuatro años.

C) Sobre el peligro procesal, luego de resumir lo que dice la Fiscalía y defensa señala que “por todo ello se tiene la gravedad de la pena, cuyo extremo mínimo es de quince años, lo que permite establecer que el procesado podría interferir y obstaculizar la investigación judicial y Fiscal, debiendo restringirse su libertad locomotora por el plazo de nueve meses”.

Quinto: En su recurso de apelación la defensa del imputado alegó que: i) Solo existen indicios y presunciones sobre su responsabilidad. ii) Las testimoniales no guardan legalidad o firmeza como medios de prueba. iii) El juez solo se limitó a efectuar una repetición de la exposición literaria de hechos imaginados por el Ministerio Público, basadas en testimoniales sin valor y contradictorias; sin considerar la prueba directa e incuestionable, como los resultados de las pericias biológicas, las muestras de luminol. Por lo que no existe elemento grave de convicción que determine la responsabilidad penal. iv) Quienes crían gallos en Moquegua son varias personas, no sólo él, por lo que la “teoría del gallo” no tendría mayor valor. v) No se tomó en cuenta los documentos adjuntados que acreditan su arraigo familiar, domiciliario y laboral.

Sexto: En la audiencia de apelación de auto, de diecisiete de octubre de dos mil trece, estuvieron presentes tanto la defensa como la Fiscalía, a su turno cada uno expuso su teoría del caso: i) La defensa señaló que el Fiscal se basa en subjetividades, simples versiones, y no en indicios probados, y contrario a lo que opina el Fiscal, el imputado es inocente de los cargos atribuidos, pues la última persona que estuvo con la víctima fue un tercero, Alva Flores. Además, no se halló rastros de sangre en el domicilio del investigado, no siendo creíble la "teoría del gallo". Por ello, el Fiscal solo alega indicios y presunciones, que no están corroborados. En cuanto al peligro procesal, el imputado presentó elementos para establecer que no existe peligro de fuga, acreditando el arraigo domiciliario, familiar y laboral, pero el Juez no lo tomó en cuenta. ii) El Fiscal relató los hechos, además indicó que el imputado no mencionó cuáles son los documentos que acreditan el arraigo por lo que, a pesar de presentarlos, es como si no existieran. Refirió que sí existen suficientes actos de investigación que vinculan al procesado con el delito, como el perfil psicológico, el testigo Alva Flores, quien llamó a la agraviada porque no se encontraba con ella, como indica la defensa, además, de testimoniales que concuerdan con la forma en cómo se encontró a la víctima. Asimismo, el homicidio fue planificado y se quiso aparentar una violación. Por último, que es válida la "teoría del gallo". iii) En su autodefensa, el imputado se ratificó en su inocencia, indicando que ha estado en todas las citaciones, no ha huido a ningún lugar.

Séptimo: El Tribunal Superior al revocar esta medida indicó:

A) Sobre los elementos de convicción, que: i) Existen actas de levantamiento de cadáver, necropsia médico legal, informes periciales que acreditan el resultado típico: la muerte de la agraviada el diecisiete de septiembre de dos mil once, la causa de la muerte fueron heridas punzo cortantes, en número de diecinueve, fractura cervical, laceración cardíaca, shock hipovolémico ocasionado por objeto punzo cortante. ii) Las circunstancias en que fue encontrada la víctima se hallan en las fotografías de fojas cincuenta y ocho a sesenta y cinco. iii) El informe número doscientos noventa y uno-dos mil once, examen de biología forense, que contiene la apreciación criminalística, sobre que el arma debió ser un cuchillo o elemento similar, así como que el acto se ejecutó en otro lugar, pues por las heridas abiertas debió encontrarse en el lugar abundante restos de sangres, por último, que el autor pretendió simular una violación para confundir la investigación. iv) Como no existió dato concreto para una imputación directa se recurrió a la prueba por indicios, así existen indicios de manifestaciones anteriores, como la de Ayme Margot Gómez Roque, quien vio por última vez a la víctima en clases hasta las veintiún horas con veinte minutos, de Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, quien dijo que la agraviada asistió a su curso, luego la vio en compañía de un joven y ella caminaba enojada, de Carlos Tumbalobos Reaño, quien vio a la agraviada e imputado el dieciséis de septiembre de dos mil once, a las once horas con treinta minutos, ella tenía ropa oscura y brazos cruzados, lo que corroboraría la versión anterior, asimismo, el reporte de levantamiento del secreto telefónico establece que ambos tuvieron comunicaciones

previas, por lo que se concluye que el imputado fue la última persona que vio a la víctima antes de su desaparición, aún cuando dijo que estuvo en otro lugar, lo que es un indicio de mala justificación. Como indicio de móvil delictivo se tiene el rompimiento de relaciones sentimentales, así el propio acusado refirió que estas terminaron porque la encontró con Julio Alva Flores y descubrió, a leer su celular, que estos mantenían relaciones sexuales. El padre de la agraviada refirió que su hija Pamela mencionó que el imputado habría dicho que si terminaban se iba a suicidar. Por su parte Julio André Alva Flores confirmó el encuentro que tuvieron los tres el ocho de septiembre de dos mil once. Como indicios de personalidad, la hermana de la víctima resaltó la personalidad posesiva y dominante del investigado con su hermana, lo que corrobora Alva Flores, pues el imputado le había quitado dos celulares y “se puso como loco diciendo que se quería matar”, asimismo, los resultados de la evaluación psicológica concluye que el imputado presenta personalidad mixta obsesivo, compulsivo, paranoide y que el relato brindado por este no reúne los criterios de credibilidad, es poco consistente, sin descripción episódica y es contradictoria, lo que es evidente en relación a la negativa de haber visto a la víctima el día anterior. v) Estos actos vinculan al imputado con los hechos, pues fue la última persona con la que estuvo la víctima, tiene personalidad dominante y agresiva con su enamorada, generándole dependencia emocional, que se tradujeron en rupturas y reconciliaciones, no desprovistas de rencores por la nueva relación sentimental de la víctima, lo que hacen inclinar la balanza frente a su negativa expresa de cualquier encuentro previo a la desaparición de la víctima. vi) En cambio, no resulta de recibo la versión de la defensa respecto a la prueba científica (luminol, ausencia de fluidos corporales), pues la teoría del Fiscal sugiere que el delito se realizó en lugar distinto donde esta fue hallada. vii) Las circunstancias previas y el motivo suficiente concurren para poder vincular al imputado con la comisión del delito con un alto grado de probabilidad estando en etapa de investigación.

B) Como no se cuestionó la prognosis de pena no se emite pronunciamiento alguno.

C) En cuanto al peligro procesal señaló que: i) El a quo estimó que existe peligro de obstaculización por la gravedad de la pena y porque el imputado puede influenciar en los testigos para que informen falsamente. ii) Las afirmaciones del peligro procesal no se sustentan en datos objetivos obtenidos en actos iniciales de la investigación, solo en presunciones, en cambio, la penalidad alta debe estar vinculada a algún dato objetivo. iii) El arraigo no fue material de pronunciamiento por el a quo, pese a que se presentaron documentales, de las cuales se obtiene que el imputado vive en el Fundo Quebrada Onda, en compañía de sus padres y abuelo, actualmente no tiene trabajo, pero con anterioridad sí, en Angloamerican, Inco Servicios e IST José Carlos Mariátegui. iv) La investigación data del diecisiete de septiembre de dos mil once, formalizándose el veintiséis de septiembre de dos mil trece. El diecinueve de septiembre de dos mil once el imputado declaró, a dos días

de ocurrido los hechos, su habitación fue sometida a pericias de aplicación del reactivo de luminol en la misma fecha. El seis de marzo de dos mil doce se le extrajeron muestras sanguíneas e hisopado bucal para análisis de perfiles genéticos y cromosomas sexuales, su secreto telefónico fue levantado el mes de octubre de dos mil once, sin desdén ni negativa de su parte, lo cual valorado conjuntamente permite inferir una sumisión a la investigación que ha durado más de dos años, si en este plazo no hubo peligro de fuga, ¿cómo se puede materializar en ésta oportunidad? u) Sobre la posibilidad de obstrucción en relación a los testigos, no se cuenta con información de la existencia de amenazas, agresiones o coacciones que haya realizado el imputado para impedir que declaren con verdad.

Octavo: El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas trescientos treinta y ocho, alega que: i) En su apelación el imputado señaló que no existen elementos de convicción que lo vinculen al delito, solo testimoniales contradictorias, sin considerarse la prueba de luminol, que no se valoraron los instrumentales que demuestran el arraigo familiar, domiciliario y laboral, lo que reafirmó en la audiencia de apelación. Sin embargo, la Sala de Apelaciones fundamenta su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este. ii) La Sala de Apelaciones argumenta que existe arraigo, pero la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría tal arraigo, de lo que se dejó constancia; sin embargo, el Tribunal de alzada, ante la omisión del abogado defensor, lo suplió y obtuvo esta información del expediente judicial. La Sala no estaba facultada para incorporar argumentos no planteados por el impugnante y por tanto no sujetos a debate contradictorio, lo que vulnera el principio de congruencia, pues solo puede examinar la resolución recurrida dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, tanto en la declaración de hechos y aplicación de derecho. Debe existir plena correspondencia entre lo peticionado en el recurso con lo resuelto por el Tribunal de alzada, no puede ir más allá de los petitorios, fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes, debe limitarse a los puntos indicados en la motivación por el recurrente. Se vulneró el principio de imparcialidad, pues el Juez debe ser neutral sin colaborar con ninguna parte. iii) El voto en mayoría indicó que el imputado señaló “haber sido citado en varias oportunidades”, refiriendo no existir peligro de obstaculización, pero este hecho no fue alegado por la defensa técnica del imputado, quedando conforme con los argumentos planteados por el Juez a quo, pero la Sala oficiosamente obtuvo información del expediente judicial, señalando que a dos días de los hechos se le extrajo muestras sanguíneas e hisopado bucal y su secreto telefónico fue levantado, señalando que en ese lapso de tiempo no existió peligro de fuga, sin considerar que la situación jurídica del imputado era diferente, pues al requerir la prisión preventiva se formaliza la investigación y evidentemente las diligencias preliminares tienen otra finalidad. iv) La Sala de Apelaciones no podía incorporar nuevos argumentos que no estuvieron sujetos al contradictorio, lo que vulnera el principio acusatorio, que separa las funciones de las partes. v) Es necesario erradicar las sentencias arbitrarias del ámbito

jurisdiccional, desarrollando y reforzando los principios acusatorio, congruencia procesal, imparcialidad, contradicción y motivación de las resoluciones.

3. La prisión preventiva en la Ley número treinta mil setenta y seis

Noveno: La libertad es uno de los Derechos Fundamentales en los que se basa el Estado de Derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Décimo: La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Esta es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Décimo primero: La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

Décimo segundo: La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

Décimo tercero: El artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal regula los requisitos para adoptar esta medida, al señalar que el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

A) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

B) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

C) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Décimo cuarto: Los artículos doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, desde el veinte de agosto de dos mil trece, se encuentran vigentes en todo el país por la Ley número treinta mil setenta y seis y traslada la circunstancia de pertenecer a una organización criminal, ubicándola correctamente como un elemento de peligro procesal.

4. Argumentación y contradicción de la audiencia de prisión preventiva y la motivación del auto

Décimo quinto: El Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete establece un sistema acusatorio contradictorio de origen eurocontinental, incorporando un sistema de audiencias previas y de juzgamiento, regidos en general por la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Décimo sexto: Es importante la audiencia para tomar una decisión, pues durante la investigación preparatoria o etapa intermedia las partes sustentan sus pretensiones a través de los principios citados, y el Juez debe cumplir una función activa en busca de la mayor información y de la mejor calidad, que le permita la resolución, lo que se aplica en la audiencia de prisión preventiva, previsto en el inciso uno del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal.

Décimo séptimo: En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es: que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Décimo octavo: Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también

eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Décimo noveno: Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordará íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el Juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Vigésimo: Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el Juez logrado la información que requiere, dará la palabra al Fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Vigésimo primero: Luego, sobre el peligro procesal. El Fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los artículos doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el Juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Vigésimo segundo: Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El fiscal debe motivarse en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.

Vigésimo tercero: i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como procedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasis Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación. c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. ii) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamuja Hilares, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues

solo así es posible evaluar si el Juez Penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. iii) En el estudio independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, que recoge estudios coordinados por *Due Process of Law Foundation*, se señala como una recomendación hecho en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventiva debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales¹.

Vigésimo cuarto: En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad². Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

5. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

Vigésimo quinto: Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos³. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras y J us. Perú. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización

1 PÁSARA, Luis. "La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial. Análisis comparativo". En: *Due Process of Law Foundation. Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of Law Foundation*, Washington, D.C., 2013, p. 27. Disponible en: <<http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>>.

2 Conforme al artículo 122 del Código Procesal Penal, que establece que se deben fundamentar las disposiciones y requerimientos y el artículo cuatro de la Directiva número dos- dos mil trece- MP-FN (Actuación Fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal del dos mil cuatro, puesto en vigencia mediante ley número 30076), que indica que el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado.

3 En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de libertad. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva. Límites constitucionales. Tercera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp. 155 y 156.

probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.

Vigésimo sexto: Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierto. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

Vigésimo séptimo: Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga la certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad⁴ de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria⁵; valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Vigésimo octavo: Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal⁶, se deben evaluar individualmente y en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco⁷.

4 La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio de sujeto cognoscente quien estima haberse acercado al resultado buscado, el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que se ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado es positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad. MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 843-847.

5 ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Las medidas de coerción en el proceso penal. Tomo II. Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 145.

6 Como señala Asencio Mellado, el *fumus boni iuris* hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado (...) No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero si, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes. ASENICIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En: Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadores). *El nuevo proceso penal*. Estudios fundamentales. Palestra, Lima, 2005, p. 513.

7 La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, emitió Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son las referidas al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por

Vigésimo noveno: Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta última está sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*⁸.

6. Sobre la prognosis de pena

Trigésimo: Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, fórmulas de derecho penal premial, que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley.

Trigésimo primero: El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior; será sobre la base de tres factores: a) Circunstancia generales atenuantes y agravantes, establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximientes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)⁹, uso de inimputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada

los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

8 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2008, p. 47.

9 Estos últimos (reincidencia y habitualidad), solo pueden valorarse para este elemento, pues en otro supondría un anticipo de pena o responsabilidad de autor.

del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Trigésimo segundo: Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no hay proclividad a la comisión de delitos.

7. Sobre el peligro procesal: de fuga

Trigésimo tercero: El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos-HC/TC. Se divide en dos: i) Peligro de fuga. ii) Peligro de obstaculización probatoria.

Trigésimo cuarto: El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga, reconocido por el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Barreto Leiva vs. Venezuela y J vs. Perú (donde se señaló que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto). En el mismo sentido, se tiene el informe número dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Letellier vs. Francia, Stögmüller vs. Austria e Imre vs. Hungría.

Trigésimo quinto: El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de este peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el Juez de la Investigación Preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso. i) El arraigo. ii) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento. iii) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. iv) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal. v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

7.1. Arraigo

Trigésimo sexto: El primer inciso del referido artículo, establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas¹⁰. El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

Trigésimo séptimo: Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC¹¹, señaló que la posesión de bienes generaba arraigo¹², de ahí que el Juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.

Trigésimo octavo: Como señala del Río Labarthe¹³ estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Trigésimo noveno: Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc., entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

Cuadragésimo: Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

10 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. La prisión provisional. Thomson- Aranzadi, Navarra, 2004, p. 151.

11 STC EXP. N° 1091-2002-HC/TC, caso Silua Checa, del 12.08.02.

12 La STC EXP. N° 5490-2007-HC/TC, caso Rodríguez Domínguez, de 27.11.07, expresó que el Juez empleado no tuvo en consideración distintos elementos significativos para determinar el grado de coerción personal que debió imponérsele al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país.

13 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En HURTADO POZO, José (Director). *Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, p. 112.

7.2. Gravedad de la pena

Cuadragésimo primero: A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Cuadragésimo segundo: La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El informe dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *López Álvarez vs. Honduras*, *Bayarri vs. Argentina* y *J vs. Perú*; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Neumeister vs. Austria*, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

Cuadragésimo tercero: Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

Cuadragésimo cuarto: En el caso de autos la resolución de primera instancia fundamenta el peligro de obstaculización probatoria y fuga con este solo dato.

7.3. La magnitud del daño causado

Cuadragésimo quinto: Antes de la modificación operada por la ley número treinta mil setenta y seis, el criterio que regulaba el inciso tres del artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal era: La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño –respecto del cual no ha sido declarado responsable-, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga¹⁴.

Cuadragésimo sexto: La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se

14 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*. Ob. Cit., p. 58.

podría entender como un referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva¹⁵, lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo¹⁶.

Cuadragésimo séptimo: Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo, preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.

Cuadragésimo octavo: En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

Cuadragésimo noveno: La propia redacción de la segunda parte de este criterio “ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño”, implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

Quincuagésimo: La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4. Comportamiento procesal

Quincuagésimo primero: Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o intento de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de

15 ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Tesis presentada a la Universitat d' Alacant, para optar el grado académico de Doctor. Alicante, 1986, pp. 111 y 112. Disponible en: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3483>>

16 Criticando la STC 0791-2002-PHC/TC, vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. “La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Ob. Cit., p. 115. También: ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Ob. Cit., p. 113.

contumacia, falta de pago de la caución (cuando está válidamente constituida), etc¹⁷.

Quincuagésimo segundo: También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ellos fuga del lugar de los hechos.

Quincuagésimo tercero: No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido¹⁸, así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Quincuagésimo cuarto: La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su mérito, una en el actual proceso.

Quincuagésimo quinto: En el caso de autos, se advierte como hecho imputado por el Fiscal que el investigado, luego de cometer el delito, procedió a lavar completamente el cadáver, para luego vestirlo y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se puso al lado izquierdo y premunido de un instrumento punzocortante procedió a inferirle las heridas punzopetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. Finalmente, abandonó el

17 Vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. OB. Cit., pp. 59 y 60; y, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Rhodas, Lima, p. 716, citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge. "El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva". En: Urquigo Videla, Gustavo y Peña Suasnabar, Jony (coordinadores). *Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 368 y 369. El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Exp. N° 03075-2010-PHC/TC señaló que *el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permite colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)*, pues el recurrente no ha concurrido a la audiencia de prisión preventiva programada con fecha 7 de mayo de 2010 a horas 08:30 am, pretendiendo frustrar dicha diligencia impostergable con la presentación por mesa de partes de un certificado médico particular suscrito por un Gineco Obstetra (especialista en enfermedades femeninas) mediante escrito firmado por su abogado defensor, el mismo día de la diligencia a horas 08:45 am, dejando constancia la Sala que dicho escrito ha sido firmado por el recurrente quien habría tenido tiempo para acudir tanto donde su abogado así como al consultorio médico, siendo descartada su supuesta enfermedad (infección urinaria) por el médico legista, todo ello aunado a que el recurrente no asiste a las diligencias como son la visualización de video y tampoco ha pagado la caución impuesta en primera instancia, así como ha pretendido devolver la cédula de citación de audiencia, lo que evidencia un claro propósito de entorpecer el curso normal del proceso, constituyendo ello un claro peligro procesal.

18 ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit; p. 59.

cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya -extensión agrícola- ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo, como se ve de la silueta de dedos de mano del agresor en el cuerpo de la agraviada, con el objeto de simular una supuesta violación.

Quincuagésimo sexto: Los que constituyen serios elementos de peligro de obstaculización probatoria, que debe valorarse en conjunto, con los demás requisitos, debiendo quedar claro que no constituyen actos de peligro de fuga.

7.5. La pertinencia a una organización criminal

Quincuagésimo séptimo: Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva¹⁹ o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, “compra”, muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertas cosas solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.

Quincuagésimo octavo: Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

8. Análisis del caso concreto

8.1. Sobre la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal

Quincuagésimo noveno: El Fiscal recurrente señala que la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este, pues la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría el arraigo, sin embargo, suplió la actividad de la defensa y obtuvo esta información del expediente judicial.

Sexagésimo: La defensa no señaló las fojas en su recurso de apelación y la grabación en audio de la audiencia, pero sí fue un agravio que sustentó por escrito y oralmente, por lo

19 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad Organizada. Idemsa, Lima, 2006, p. 44.

que, correspondía al Juez verificar su existencia y darles el valor correspondiente. El hecho que el Juez debe tomar una decisión adecuada fáctica y jurídicamente, sobre la base de lo actuado y contradicho en la audiencia no colisiona con la comprobación de su autenticidad; que vulnere su imparcialidad o el principio de contradicción, toda vez que esta información ha sido discutida en la audiencia y no fue incorporada unilateralmente por el Juez y era de conocimiento del Fiscal desde que se corrió traslado del recurso de apelación.

Sexagésimo primero: El otro agravio del Fiscal se sustenta en que el imputable señaló “haber sido citado en varios oportunidades”, por lo que la Sala consideró que no habría peligro de obstaculización probatoria, pero esto no fue alegado por la defensa del imputado, de ahí que oficiosamente obtuvo información del expediente judicial.

Sexagésimo segundo: Si bien la defensa no expresó la falta de peligro de obstaculización probatoria, en la audiencia el imputado pidió expresamente que se tenga en cuenta que asistió a todas las citaciones, compitiéndole al Juez verificarlo, por lo que no se ha vulnerado ningún derecho ni principio como se indicó, especialmente si el Fiscal tuvo la oportunidad de controvertirlo y no lo hizo.

8.2. Sobre la motivación del requerimiento de prisión preventiva

Sexagésimo tercero: El Fiscal Provincial en su requerimiento escrito de prisión preventiva para establecer el primer elemento solo relató los hechos imputados sin ligar separadamente, por cada uno, los elementos de convicción que lo sustentarían. Tampoco indicó separadamente los dispositivos legales, incisos y causales de la existencia de peligro procesal, conforme se advierte del considerando tercero de la presente resolución. Vulnerándose el artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal que establece que los requerimientos deben ser motivados fáctica y jurídicamente.

Sexagésimo cuarto: Al declararse fundado este requerimiento se produce una grave vulneración, pues la defensa no supo de qué defenderse, si bien el órgano Fiscal no restringe derechos fundamentales, si requiere su afectación, por lo que estos actos deben ser realizados de la forma más correcta posible, fundamentando cabalmente su solicitud, de otra forma no tendrá eficacia.

Sexagésimo quinto: Como señala el artículo ciento cincuenta y cuatro del Código Procesal Penal la nulidad de un acto anula los efectos o actos consecutivos que dependen de él. En ese sentido, los vicios hallados en las resoluciones cuestionadas tienen directa vinculación con el requerimiento del Fiscal, por lo que deben acarrear tal consecuencia para ambos y emitirse un nuevo pedido Fiscal y sustentarse en una nueva audiencia, puesto que la estimación

del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente -inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal-.

Sexagésimo sexto: A su vez, el Juzgado de Investigación Preparatoria, conforme se advierte del considerando cuarto de la presente, similarmente redactó los hechos imputados e inmediatamente sintetizó una serie de elementos de convicción; sin embargo, no indicó cuál acto de investigación acreditó qué hecho de la imputación.

Sexagésimo séptimo: La Sala Penal no valoró toda la información que se desprendía del caso, como la actitud del imputado de modificar la escena del crimen, tratando de confundir un caso de homicidio calificado con uno de violación sexual, que, como se indicó, implica un peligro de obstaculización probatoria que debe ser evaluada con otros elementos configuradores del peligro de fuga como la gravedad de la pena.

Sexagésimo octavo: Asimismo, sustentó el peligro de obstaculización probatoria en la sola gravedad de la pena, lo que no es pertinente, pues de esta se extrae peligro de fuga.

Sexagésimo noveno: Esto implica una motivación aparente de la resolución (que se presenta cuanto la resolución no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, intentando dar un cumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico), toda vez que no se puede afirmar por el solo mérito de la gravedad de la pena que el imputado se dispondrá a realizar actos en contra de la investigación, y por ello el Juez de la investigación Preparatoria no indicó en qué consistiría la posible obstrucción probatoria; vulnerando de esta forma la motivación de las resoluciones señalado en los considerandos anteriores, específicamente, lo previsto en el artículo doscientos setenta y uno, inciso tres, del Código Procesal Penal que señala: “El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes”.

Septuagésimo: No obstante estar fuera de lugar las alegaciones de la Fiscalía casacionista, la Sala de Apelaciones al resolver, no tomó en cuenta todas las infracciones a la motivación reseñadas, por lo que no correspondía una resolución reuocando o confirmando la medida, sino una anulándola y mandando que se realice de nuevo la audiencia de primera instancia.

Septuagésimo primero: Esta medida cautelar exige una especial fundamentación, que justifique pormenorizadamente su adopción, lo que se logra con el método de audiencia desarrollado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULO** el citado auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres y la resolución de primera instancia del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas doscientos veintiséis.

II. ORDENARON que otro Juzgado de Investigación Preparatoria cumpla con dictar nueva resolución previa audiencia con las garantías conforme a la parte considerativa.

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

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante en sentido de los fundamentos vigésimo cuarto, vigésimo séptimo al vigésimo noveno, trigésimo primero, trigésimo segundo, trigésimo noveno, cuadragésimo, cuadragésimo tercero, cuadragésimo octavo al quincuagésimo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo cuarto y quincuagésimo octavo de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores de Justicia del Perú, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA MEDIDA DE PRISIÓN PREVENTIVA CASACIÓN N° 626-2013-MOQUEGUA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: ARSENIO ORÉ GUARDIA

SUMILLA:

En el presente trabajo se analiza la Casación N° 626-2013, Moquegua, que se pronuncia sobre diversos aspectos vinculados a la celebración de audiencia, la motivación del requerimiento fiscal y presupuestos de la prisión preventiva, para luego, en referencia a lo indicado, establecer doctrina jurisprudencial sobre la verificación de la concurrencia de los presupuestos materiales que legitimen la imposición de esta medida cautelar. Sobre este último aspecto es que dedicaremos algunos comentarios a fin de constatar si la propuesta de la Corte de Casación encuentra respaldo en los principios y reglas que emanan de la Constitución.

1.- A MODO DE INTRODUCCIÓN

Las medidas de coerción procesal y, sobre todo, la referida a la prisión preventiva ocupa un lugar especial en la mesa de discusiones del Derecho Procesal Penal. Tan es así que el magistrado del Tribunal Supremo español ANDRÉS IBÁÑEZ ha calificado a la prisión preventiva como el verdadero “problema” por antonomasia del proceso penal¹. No hay que olvidar, pues, que, por un lado, los efectos de su imposición son semejantes a los efectos propios de la pena, ya que produce una innegable afectación del derecho a la libertad del justiciable que deviene justamente en irreparable –a diferencia de lo que sucede con la imposición de medidas de coerción procesal de carácter real–; mientras que, por el otro, la prisión preventiva constituye una medida necesaria para garantizar la consecución de los fines del proceso². A razón de esto último, PASTOR considera a la prisión preventiva como una “amarga necesidad”³.

Esta breve descripción no hace otra cosa que evidenciar la situación de diálogo tensional entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia como regla de tratamiento que asiste al imputado. Desde hace mucho se escucha la denuncia del uso inadecuado y antojadizo

1 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Cuadernos de Derecho Judicial: Detención y prisión provisional*, 1996/XVIII, p. 17.

2 ORÉ GUARDIA, Arsenio. Op. cit., p. 121.

3 PASTOR, Daniel, “La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones”, en AA.VV., *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Lima, Jurista, 2007, p. 166.

de la prisión preventiva, que a todas luces supone la negación al sentido garantista y constitucional que debe existir dentro de una sociedad. Es por ello que la regulación legal de la prisión preventiva no puede ser vista como una cuestión ideológica o políticamente indiferente o neutral. De hecho, garantizar la coexistencia de ambas figuras exige, desde el ámbito legislativo, someter la aplicación de la medida cautelar a una serie de límites infranqueables que, de ser correctamente aplicados en la práctica, la imposición de la medida presumirá de cobijo bajo el manto constitucional.

Así, un nuevo problema aparece: si bien, por un lado, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, se exige que la prisión preventiva asuma una regulación legal inspirada en el principio de la presunción de inocencia que determina su aplicación de manera residual y excepcional -como expresión clara de los principios constitucionales y de los diversos tratados internacionales-; por el otro, se ha observado, en la práctica, y pese a estos estándares mínimos basados en la excepcionalidad de la prisión preventiva, el uso generalizado, sistemático y muchas veces escasamente motivada de esta figura en diversos países de Latinoamérica; en donde el Perú no es la excepción.

Lo dicho no solo preocupa porque, como venimos diciendo, se ha generalizado la aplicación de la medida -con la previa flexibilización de sus presupuestos-; sino por los importantes efectos que acarrea al entorno laboral, económico y familiar del afectado con la medida. Lo cierto es que tampoco se puede atribuir esta situación a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004; de hecho, este problema persiste desde mucho antes. De ahí que BINDER considere que el éxito del proceso penal no depende de un texto normativo, sino de la práctica de los operadores jurídicos, en donde participan absolutamente todos, inclusive personas ajenas al proceso, como es el caso de los medios de comunicación⁴.

Esta tensa problemática ha sido recogida y debatida por la Corte Suprema, y ha conllevado a la emisión de la Casación N° 626-2013, Moquegua, en la que, como intento de remediar el uso desmesurado de la prisión preventiva, se ha establecido doctrina jurisprudencial sobre los elementos sustanciales a tener en cuenta para la legítima imposición de la mencionada medida cautelar.

2.- SOBRE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El Código Procesal Penal prescribe que, para que el juez, previo requerimiento del Ministerio Público, pueda dictar mandato de prisión preventiva, tiene que verificar la concurrencia de

⁴ BINDER, Alberto, *¿Qué significa implementar un nuevo sistema de justicia penal?*, <http://inecip.org/documentos/alberto-binder-que-significa-implementar-un-nuevo-sistema-de-justicia-penal/> (última visita, 05 de junio de 2017).

los presupuestos establecidos en el art. 268 del mencionado cuerpo normativo⁵.

No solo se debe observar los tres presupuestos materiales al momento de requerir –por el fiscal– e imponer –por el juez– la medida cautelar estudiada; también resulta de significativa importancia que se observen los principios que guían la imposición de esta medida.

Así, en el primero de los considerandos señalados se ha sostenido que: *“(…) se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo”*. Por su parte, en el vigésimo cuarto de los considerandos se ha establecido como puntos a tratar en la audiencia de prisión preventiva a: *“(iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida”*.

Las exigencias de justificar, primero, la proporcionalidad de la medida y, segundo, la duración de la misma, conforme lo ha manifestado la Corte Suprema, constituyen dos expresiones que encuentran su materialización como consecuencia de aplicar los principios que sientan las bases de la teoría general de las medidas cautelares.

Visto así, la primera exigencia (proporcionalidad de la medida) encuentra su fundamento en los siguientes artículos que exaltan la aplicación del principio de proporcionalidad: a) el art. VI del TP establece que las medidas limitativas de derechos “[s]e impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar **el principio de proporcionalidad**”. Y, b) el art. 253.2 que prescribe que “la restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto **al principio de proporcionalidad** y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”.

La segunda exigencia (duración de la medida) también encuentra fundamento en los siguientes artículos que reconocen y materializan el principio del plazo razonable: a) el art. I del TP establece que la Justicia “[s]e imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y **en un plazo razonable**”; con lo que dicho mandato deberá tenerse en cuenta en todas las instituciones procesales, así también en la prisión preventiva. Y, b) el art. 253.3 estipula lo siguiente: “La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá

⁵ Debe destacarse que, acorde a lo establecido en la Ley N° 30076, esta disposición normativa se encuentra vigente en todo el territorio nacional.

lugar cuando fuere indispensable, en la medida y **por el tiempo estrictamente necesario**, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevinida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva”.

Ambas exigencias no constituyen otra cosa que criterios de valoración que deberán observarse luego de valorar los tres presupuestos clásicos de la prisión preventiva y que, como ya se ha indicado, no harían otra cosa que frenar aquella práctica tendenciosa a promover el uso generalizado, sistemático y, muchas veces, escasamente motivada de la prisión preventiva.

Como se puede observar, dado que los principios de proporcionalidad y plazo razonable se encuentran recogidos en el mismo texto procesal penal, lo único que hace la Sala Permanente de la Corte Suprema es recordar que estas dos exigencias deben fundamentarse de manera exhaustiva por el representante del Ministerio Público al momento de presentar su requerimiento de prisión preventiva. No olvidemos tampoco que lo que se pone en juego con este requerimiento fiscal es la grave afectación de un derecho fundamental de singular valía en el desarrollo de la persona, como es la libertad ambulatoria, por lo que ambas exigencias son, a todas luces, coherentes e insostenible de ser sometidas a discusión. Lo dicho se corresponde, además, con el art. 203, inc. 2 del CPP de 2004 que establece lo siguiente: “Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y **debidamente** sustentados” (el énfasis es nuestro). En consecuencia, por criterio de especialidad, el requerimiento del Ministerio Público sobre la imposición de una medida de prisión preventiva también debe encontrarse “debidamente” motivada y sustentada.

En definitiva, la “adecuada” motivación implicará entonces el cumplimiento de estas dos exigencias. Debe justificarse, por tanto, la proporcionalidad de la medida frente al objetivo concreto que se pretende alcanzar con la imposición de la medida cautelar solicitada; y el tiempo “razonable” en el que deberá mantenerse vigente la duración de la prisión preventiva en clara correspondencia –nuevamente– con el objetivo pretendido. Respecto de esta última exigencia, cabe señalar que, a pesar de la existencia de plazos “legales” máximos para este tipo de medidas cautelares, nada impide que el fiscal pueda solicitar un plazo menor si, por las circunstancias concretas del caso, considera que este mismo es suficiente para alcanzar los objetivos pretendidos⁶. No hay que olvidar, pues, que todo plazo “legal” no necesariamente,

6 Sobre el particular, Barona Vilar sostiene que para la imposición de este tipo de medidas cautelares debe respetarse el principio de proporcionalidad, entendida ésta como la adecuación de la prisión provisional a los fines constitucionalmente legítimos (asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva), y el sacrificio que a la libertad de la persona se impone sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida. Vid.: BARONA VILAR, Silvia. “Medidas cautelares específicas”. En: MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRÍA GURIDI, José. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 24ª edición. Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 293.

frente a un caso en concreto, será un “plazo razonable”.

Además de ello, la exigencia de fundamentación tanto de la proporcionalidad de la medida como de su duración coopera con la labor de velar por el respeto al principio de interdicción de la arbitrariedad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “(...) es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”, entendemos que dicho razonamiento también es extrapolable al acto del Ministerio Público de realizar el requerimiento de prisión preventiva, pues este no puede ser realizado de manera caprichosa, por ello debe de realizarse una adecuada fundamentación del mismo⁷.

3.- SOBRE LOS FUNDADOS Y GRAVES ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

La Sala Permanente de la Corte Suprema ha establecido como doctrina jurisprudencial tres considerandos que desarrollan el primer presupuesto para la imposición de la prisión preventiva: los fundados y graves elementos de convicción de la comisión de los hechos delictivos y de la atribución de los mismos al procesado (*fumus delicti comissi*).

De este modo, para la Corte Suprema “debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente y/o propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Este es el llamado *fumus delicti comissi*, osea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado”. Esto supone que, para la imposición de la prisión preventiva, debemos tener en consideración lo siguiente: a) alto grado de probabilidad de la comisión de los hechos, b) análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia y c) sustentación clara de los aspectos fácticos y su acreditación que fundamentan el requerimiento fiscal de prisión preventiva.

3.1.- Alto grado de probabilidad de la comisión de los hechos

Se ha establecido en el considerando vigésimo séptimo que para la adopción de la medida de prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, sino que basta con que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria.

7 Exp. N° 616-2005-PHC/TC (FJ. 30).

Por un lado, damos cuenta que la doctrina autorizada ya se ha pronunciado a favor de la necesidad de que exista un alto grado de probabilidad de la ocurrencia de los hechos, más no una certeza para la imposición de la prisión preventiva⁸.

Por otro lado, en cuanto a la afirmación de que el alto grado de probabilidad de ocurrencia de los hechos para la imposición de esta medida cautelar tiene que ser mayor al que se emplea para la formalización de la investigación preparatoria, también ya había tenido acogida en la doctrina, fundamentalmente, porque se entiende que solo con una constatación de un grado superior de probabilidad que el empleado para la formalización de la investigación preparatoria se permitiría satisfacer el requerimiento legal de razonabilidad de la prisión preventiva⁹. Dicho de otro modo, si se exigiera el mismo grado de probabilidad que el de la formalización, ya con la mera formalización –momento a partir del cual se puede requerir la prisión preventiva– se habría cumplido automáticamente con el primer presupuesto que exige esta medida.

En consecuencia, la Corte Suprema hace bien en recoger estas principales posiciones doctrinarias que fundamentan este aspecto (alto grado de probabilidad) del primer presupuesto de la prisión preventiva: los fundados y graves elementos de convicción. No hacerlo, reiteramos, podría generar que con la sola formalización se entienda que se ha cumplido con el presupuesto apuntado.

3.2.- Análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia

En el considerando vigésimo octavo se ha establecido que sobre los actos de investigación se debe realizar un “análisis de suficiencia” similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, evaluándose cada uno de ellos individualmente y también en su conjunto, extrayendo su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir que la probabilidad sobre el hecho es positiva. Destacando a su vez que, en caso que el fiscal se base en prueba indiciaria, deberá valorar la concurrencia de los criterios contenidos en la ejecutoria vinculante recaída en el R.N. N° 1912-2009 Piura.

Respecto a este tema, entendemos que la exigencia de un análisis similar al de la etapa intermedia se corresponde con el entendimiento de que la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva es de carácter excepcional -pues la situación normal es esperar el juicio

8 En similares términos, Vid.: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima (INPECCP/ CENALES), 2015, pp. 457-458; y CÁCERES JULCA, Roberto. *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial*. Lima (Idemsa), 2008, p. 199.

9 CÁCERES JULCA, Roberto. Op. cit., p. 199.

en estado de libertad¹⁰ y, por tanto, para poder limitar el derecho fundamental a la libertad ambulatoria debería de existir, en principio, un análisis de similar intensidad que el realizado en la etapa intermedia, puesto que si los actos de investigación llevados cabo hasta el momento no permitiesen vislumbrar una probabilidad de la ocurrencia del hecho, fuesen manifiestamente insuficientes, o en general, pudiesen ser subsumidas dentro de los supuestos que conducirían a un sobreseimiento -de realizarse este análisis en la etapa intermedia-, debería de optarse por la imposición de otra medida menos gravosa y descartarse la imposición de una medida de prisión preventiva.

En lo que respecta al análisis de la “prueba indiciaria”, parece adecuado señalar que, para la imposición de la prisión preventiva, los indicios deben cumplir con las siguientes reglas: a) estar plenamente probados; b) exista una pluralidad (de indicios), salvo en el caso de que exista un sólo indicio que tenga una singular fuerza acreditativa; c) ser concomitantes al hecho que se trata de probar; y, d) deben encontrarse interrelacionados, reforzándose entre sí.

3.3.- Sustentación clara de los aspectos fácticos y de su acreditación que fundamentan el requerimiento fiscal de prisión preventiva

En el vigésimo noveno considerando de la sentencia casatoria se justifica la necesidad de que el fiscal sustente claramente el aspecto fáctico de su requerimiento, así como la acreditación del mismo, con la finalidad de que, posteriormente, la defensa del imputado pueda allanarse o refutar lo dicho, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., lo cual conllevará a que el juez valore ambas argumentaciones y, en caso de considerar que la postura presentada por la defensa se encuentra sólidamente fundada, hará decaer el *fumus delicti comisi*, lo que conllevaría a la negación de la imposición de la medida de prisión preventiva.

Al respecto, tal como se sostuvo en los apartados precedentes, existe una necesidad de que el requerimiento de prisión preventiva formulado por el fiscal se encuentre debidamente motivado. La necesidad de fundamentación adecuada también es extensible a la sustentación oral que se realizará en la audiencia de prisión preventiva. En tal sentido, solo cuando el fiscal exponga claramente el aspecto fáctico y la acreditación que sustentan su pedido, se brindarán las condiciones necesarias para que la defensa del imputado puede pronunciarse allanándose o refutando lo dicho.

Ahora bien, consideramos que la refutación que pueda realizar la defensa del imputado podría tal vez no centrarse en discutir el aspecto fáctico y la acreditación presentada por

10 BARONA VILAR, Silvia. Op. cit., p. 293.

el fiscal, sino más bien en discutir la existencia de causas de justificación, inculpabilidad, atipicidad, etc., que conllevarían a que se completase de alguna forma el aspecto fáctico presentado por el fiscal respecto del caso en concreto que, valorándose en su conjunto, podrían conseguir que el grado de probabilidad de ocurrencia de los hechos disminuyese y, como consecuencia de ello, decayese también dicho presupuesto.

Cabe indicar que lo señalado hasta aquí podría devenir en un contradicción con lo fijado en el décimo octavo considerando –que por cierto no constituye doctrina jurisprudencial– de la sentencia casatoria, ya que se establece que una de las funciones del órgano jurisdiccional en la audiencia de prisión preventiva es evitar los desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, como por ejemplo, que se discuta la “atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción”.

Particularmente, de una lectura conjunta y coherente de los argumentos expuestos por esta sentencia, entendemos que en la práctica sí sería posible la discusión de aspectos como la atipicidad de la conducta, por los siguientes fundamentos: a) porque si tal como se pretende, se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal, cabría la posibilidad de que la defensa discutiese aspectos vinculados a la atipicidad, irresponsabilidad, etc., factores que se evalúan también al momento de determinar si procede o no la emisión de un auto de sobreseimiento; y, b) porque si mediante la realización de determinados actos de investigación pudiese determinarse la posibilidad de existencia de algunas de esas circunstancias, debería de tenerse en cuenta, pues no debería pretenderse restringir derechos fundamentales sin que, según los actos de investigación llevados a cabo hasta el momento, no haya podido descartarse la concurrencia de dichas circunstancias, que de mantenerse y no desvirtuarse, conllevaría a que se emitiese un auto de sobreseimiento o en su defecto, que diesen lugar a una sentencia absolutoria.

4.- PROGNOSIS DE PENA

En relación con la prognosis de pena, la CAS. N° 626-2013 Moquegua ha reforzado la idea de que ésta debe ir determinada en función del caso en concreto, es decir, atendiendo a las circunstancias particulares de la misma. Es cierto, que el marco normativo punitivo estipulado para el delito concreto imputado en su extremo mínimo puede brindar algunos alcances en cuanto al cumplimiento de este requisito (que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad); sin embargo, el análisis de las circunstancias particulares del caso en concreto permitirá que se determine la pena concreta que podría imponerse a la persona en caso de ser condenada.

Por ejemplo, tener en cuenta factores como la posible responsabilidad penal restringida del sujeto imputado, permitiría determinar si se le podría imponer una pena inferior al mínimo legal, que podría ser de cuatro años. Así pues, en dichos casos, la prognosis de pena concreta podría diferir de la establecida en el mínimo legal (que por ejemplo, podría ser de cuatro años) y, por tanto, aun cuando el mínimo legal estableciese que la pena a imponer sería superior a cuatro años, en el caso en concreto la expectativa de sanción penal a imponer podría ser menor a ésta y en consecuencia, no se cumpliría con la concurrencia de este presupuesto y, por tanto, no podría dar lugar a la imposición de una medida de prisión preventiva.

En el mismo sentido, examinar factores como la reincidencia permitirían que la imposición de una pena pueda darse hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Así pues, por ejemplo, si el máximo legal fijado para el tipo penal imputado fuese de tres años, pero se tratase de una persona reincidente, la prognosis de la pena concreta a imponer podría superar los cuatro años y, por tanto, cumplir con la concurrencia de este presupuesto y de verificarse la de los demás, podría dar lugar a la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva.

5.- PELIGRO PROCESAL

El peligro procesal hace referencia a las circunstancias o situaciones que impedirían o pondrían en peligro la consecución de los fines del proceso. De este modo, se considerará la existencia de peligro procesal cuando exista evidencia razonable de que el procesado eludirá el proceso (peligro de fuga), o que perturbará u obstruirá la actividad probatoria (peligro de obstaculización probatoria). La apreciación de ambos requisitos en un caso en concreto se determinará teniendo en cuenta lo preceptuado en los arts. 269 y 270 del CPP.

La Casación N° 262-2013 Moquegua ha sentado las bases para la apreciación de la concurrencia de este presupuesto (peligro procesal), pero únicamente en su manifestación de “peligro de fuga”. Así, y en función de lo establecido en el art. 269 CPP, ha sostenido que el juez para calificar el peligro de fuga deberá tener en cuenta: 1) el arraigo del imputado en el país, el mismo que podrá ser acreditado con el domicilio, residencia habitual, el asiento de la familia y sus negocios o trabajo, así como las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto; 2) la gravedad de la pena que se espera imponer como resultado del procedimiento; 3) la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo; 4) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o el comportamiento manifestado en otro procedimiento anterior, siempre que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y, 5) la pertenencia del imputado a una

organización criminal o su reintegración a las mismas¹¹.

5.1.- El arraigo

En cuanto al primer criterio (el arraigo), la Corte Suprema ha recogido en sus trigésimo noveno y cuadragésimo considerandos los criterios que, desde el 13 de setiembre de 2011, por exigencias de la Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ (Circular sobre prisión preventiva) se tienen en cuenta para la valoración del arraigo. Y es que la mencionada circular, en su séptimo considerando, ha afirmado que “... **no existe ninguna razón jurídica ni legal -la norma no expresa en ningún caso tal situación- para entender que la presencia del algún tipo de arraigo descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva. De hecho, el arraigo no es un concepto o requisito fijo que pueda evaluarse en términos absolutos. Es decir, la expresión “existencia” o “inexistencia” de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aún (sic.) cuando se está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuando el arraigo -medido en términos cualitativos- descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva”.**

Si bien es cierto que se debe hacer una evaluación conjunta del arraigo, a fin de determinar si es de tal “calidad” como para evitar la imposición de la prisión preventiva, lo cierto es que, a nuestro juicio, debe quedar claro que si la fiscalía –quien ostenta la carga de la prueba– no acredita la ausencia de arraigo –sea laboral o familiar– o, lo que es lo mismo, el imputado acredita fehacientemente –pese a no tener la carga probatoria– que cuenta tanto con arraigo laboral como familiar, no cabe la posibilidad de imponer prisión preventiva bajo el argumento de que hay peligro de fuga. Si se entendiera que el arraigo familiar y laboral son insuficientes para disipar el peligro de fuga, entonces la pregunta sería, ¿cómo podría acreditar el imputado que dicho peligro no se presenta?

5.2.- La gravedad de la pena

En cuanto a la gravedad de la pena, la CAS N° 626-2013 Moquegua, en su cuadragésimo tercer considerando, ha establecido un criterio importante al establecer que “de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo”, pues dicha fundamentación sirve para descartar de plano la posibilidad de acreditación del

11 Cabe señalar que el inciso 5 del artículo 269 del CPP ha sido adicionado de conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 30076, de fecha 19 de agosto de 2013.

peligro de fuga por la sola gravedad de la pena a imponer mencionada en la prognosis de pena.

Ello es acertado, pues aun cuando la prognosis de pena sea superior a los cuatro años, no implicará *per se* que el sujeto imputado se sustraiga del proceso, ya que aquél puede tener un arraigo sustancial en términos cualitativos, que podría desvirtuar la posibilidad de peligro de fuga de aquél.

5.3.- La magnitud del daño causado

Mediante el artículo 3 de la Ley N° 30076 se modificó la redacción del inciso 3 del artículo 269 del CPP, se pasó de establecer como criterio a tener en cuenta a “la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él” por “la magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo”.

En primer lugar hemos de señalar que consideramos que la nueva redacción del inciso mencionado no ha sido del todo satisfactoria, pues como ya ha apuntado la Sala Suprema en el cuadragésimo sexto considerando de la casación comentada “[e]l contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva, lo que es inaceptable en una medida cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal”.

A fin de subsanar la vaguedad del supuesto normativo mencionado, la Sala Penal Permanente ha propuesto, en los considerandos cuadragésimo octavo al quincuagésimo, que la magnitud del daño causado debe interpretarse como una referencia a la gravedad del delito, vinculada a las circunstancias que agravarían la pena a imponer, y que la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo –al daño–, si bien hace referencia a un criterio de reparación civil inaceptable, que teniendo en cuenta la naturaleza de esta medida poco tiene que ver con el peligro procesal, debe interpretarse en el sentido de evaluar la actitud del imputado luego de cometido el delito, para ayudar a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

Así, consideramos que, si bien las interpretaciones propuestas por la Sala Penal Permanente permiten en parte sobrellevar la mala redacción de la disposición normativa mencionada, es necesario que se evalúe realizar una modificación de la misma a fin de cumplir con el principio fundamental de la redacción de las normas jurídicas, el de claridad normativa, que

manifiestamente se ha vulnerado en la redacción de la disposición mencionada.

5.4.- Comportamiento procesal

Respecto a la verificación de este criterio, la sentencia casatoria ha dejado sentado el hecho de que la actitud legítima adoptada por el proceso en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido no debe ser evaluado como criterio para determinar el peligro de fuga, y que el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Así, si el imputado en virtud del derecho a la no autoincriminación opta por guardar silencio, no debería en principio valorarse esta actitud como una que pudiese lindar con un peligro procesal de fuga o con un mal comportamiento procesal.

Por otro lado, en cuanto al análisis del comportamiento en otro procedimiento anterior, la Sala Penal Permanente ha advertido que dicho criterio debe analizarse con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano. Asimismo, se ha sostenido que el hecho que en un anterior proceso se haya impuesto una medida de prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

De ello podemos desprender que en dicha sentencia casatoria se resalta el carácter referencial de la conducta procesal del imputado en un procedimiento anterior, pues este se ha producido en otro contexto y se reconoce implícitamente que el imputado no necesariamente va a actuar del mismo modo; sin embargo, consideramos que el comportamiento procesal al que se hace referencia debe ser uno actual, circunstanciado y relacionado al proceso penal específico que se busca cautelar, pues es necesario que se evite la realización de razonamientos que por analogía puedan llevar al juzgador a ordenar la prisión preventiva de un imputado, por el mero hecho de advertir que en otro proceso penal sufrió la misma medida cautelar.

Por ello, entendemos, que preferentemente se debe tender a verificar el comportamiento del imputado en el proceso actual y, en todo caso, solo de manera referencial, analizar el comportamiento que este tuvo en un proceso anterior.

5.5.- La pertenencia a una organización criminal

Mediante el artículo 3 de la Ley N° 30076 se incorporó la redacción del inciso 5 del artículo 269 del CPP, que establecía como criterio a tener en cuenta a “la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas”.

La Sala Penal Permanente en el considerando quincuagésimo octavo de la sentencia casatoria analizada ha establecido que, para fundamentar este extremo del peligro de fuga, no bastaría con indicar que existe una organización criminal, sino también sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado con dicha organización, además de motivar qué peligro procesal se configurará al pertenecer a esta organización.

Al respecto, consideramos que, la Sala Penal Permanente ha acertado en el hecho de destacar que para fundamentar un peligro procesal a consecuencia de una pertenencia a una organización criminal, no basta solo con mencionar la pertenencia del imputado a la misma, sino que, sobre todo, es necesario argumentar el motivo por el cual se configuraría dicho peligro procesal por el hecho de pertenecer a una organización criminal en concreto, y es que solo mediante esta fundamentación se logra efectivamente que la aplicación de esta medida cautelar se concrete en la conducta procesal del imputado y no en la naturaleza del ilícito (asociación ilícita u organización criminal).

6.- CONCLUSIONES

En líneas generales puede observarse que mediante la CAS N° 626-2013 Moquegua se han establecido acertadamente importantes criterios interpretativos a tener en cuenta para la valoración de la concurrencia de los presupuestos para la imposición de la medida cautelar de la prisión preventiva.

En muchos de los casos se ha acogido el razonamiento propuesto por la doctrina mayoritaria, por ejemplo, en lo correspondiente a la verificación del primer y segundo presupuesto; mientras que, en relación con el tercer presupuesto, se ha intentado perfilar la interpretación que debe de realizarse para su verificación, más precisamente, la constatación del peligro de fuga.

De aplicarse los criterios establecidos en la doctrina jurisprudencial, consideramos que se producirá un impacto positivo en el dictado de estas medidas, pues se realizarán de manera razonada, atendiendo a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad; además de garantizar un ambiente propicio para frenar aquella práctica procesal que no hacía otra cosa que promover el uso generalizado, sistemático y escasamente motivado de la prisión preventiva mediante la flexibilización de sus presupuestos.

11

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 56-2014
AYACUCHO

SUMILLA:

La violencia en el delito de usurpación por turbación de la posesión se ejerce tanto sobre las personas como sobre las cosas, por lo que los jueces de todo el país deben seguir este criterio vinculante a los casos anteriores a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y seis.

Lima, veintinueve de septiembre de dos mil quince.-

VISTOS: En audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior, contra la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria de Puquio de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas ciento veintitrés del cuaderno de debate, del veintiséis de noviembre de dos mil trece, que revocó la sentencia condenatoria de primera instancia, de fojas setenta y uno, del dieciocho de junio de dos mil trece, que condenó a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el Patrimonio-usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada y reformándola: lo absolvió de los cargos de la acusación fiscal, con los demás que contiene.

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

ANTECEDENTES

Primero: Por disposición del ocho de agosto de dos mil doce, el Fiscal emitió requerimiento acusatorio, obrante a foja uno, contra Jorge Cipriano Ccoillo Polanco por la comisión del delito contra el Patrimonio-usurpación agravada (turbación de la posesión), en perjuicio de Valbina Quispe de Condori; y solicita se le imponga cuatro años de pena privativa de libertad y fije una reparación civil de mil nuevos soles.

Segundo: Producida la audiencia preliminar, el dieciséis de octubre de dos mil doce, continuando el doce del mismo mes y año, por resolución de la misma fecha el Juggado de Investigación Preparatoria de Lucanas-Puquio, declaró la validez formal de la acusación y

el dieciocho de octubre de dos mil doce dictó auto de enjuiciamiento contra Jorge Cipriano Ccoillo Polanco por la comisión del delito contra el Patrimonio-usurpación agravada (turbación de la posesión), en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, delito previsto en el inciso tres del artículo doscientos cuatro, concordado con el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal.

Tercero: Mediante resolución del veintiocho de diciembre de dos mil doce, de fojas veinticuatro, el Juzgado Penal Unipersonal de la Provincia de Lucanas emitió resolución de citación a juicio oral, que se fijó para el veintisiete de marzo de dos mil doce, a las diez horas y se reprogramó, por resolución catorce de mayo de dos mil trece, para el seis de junio de dos mil trece.

Cuarto: A fojas sesenta y uno obra el índice de registro de audiencia de juicio oral con la fecha indicada, dándose así inicio a las sesiones de la audiencia de juicio oral, continuándose el dieciocho del mismo mes y año.

Quinto: Mediante sentencia de dieciocho de junio de dos mil trece, obrante a fojas setenta y uno, se resolvió condenar a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el Patrimonio-usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada.

Sexto: Apelada esta resolución y concedido el recurso, no se ofrecieron nuevos medios de prueba para su actuación en sede de apelación.

Séptimo: El cinco de noviembre de dos mil trece se inició la audiencia de apelación, tomándose la declaración del acusado, se continuó el doce del mismo mes y año, en el que se oralizó documentos, suspendiéndose para el veintiséis de noviembre del mismo año.

Octavo: Por sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas ciento veintitrés, se resuelve revocar la sentencia de primera instancia que condenó a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el Patrimonio-usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe Condori y reformándola: lo absolvió de las cargos de acusación fiscal, con lo demás que contiene.

Noveno: El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista -ver fojas ciento treinta y uno-, el mismo que fue concedido por resolución del veinte de diciembre dos mil trece, obrante a fojas ciento cuarenta.

Décimo: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del treinta y uno de octubre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación.

Décimo Primero: Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública -con las partes que asistan-, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día seis de octubre de dos mil quince, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

1. Aspectos generales

Primero: Conforme a la Ejecutoria Suprema del treinta y uno de octubre de dos mil catorce -calificación de casación-, obrante a fojas treinta y tres del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido a la causal de: **i)** Si la sentencia ha sido expedida con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. **ii)** Si la sentencia incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad -incisos uno y dos del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-; asimismo, ha sustentado la procedencia de dicho recurso en el supuesto establecido en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Cuerpo Legal, que señala *“...Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial...”*

Segundo: Como hechos imputados se tiene:

A) La agraviada Quispe de Condori se encontraba en posesión previa de un terreno urbano ubicado en jirón Santa Rosa s/n del anexo de Santa Ana del Distrito de Aucará de la Provincia de Lucanas del Departamento de Ayacucho, que tiene un área de sesenta y tres mil metros cuadrados aproximadamente, transferido a través de un contrato compraventa por parte del procesado Ccoillo Polanco a favor de su primo difunto Ramón Condori Ccoillo, esposo de la agraviada, lugar donde conjuntamente con su esposo en mil novecientos ochenta construyeron una casa, habiendo vivido desde esa fecha sin problemas.

B) Sin embargo, el mencionado procesado quiso desconocer dicho contrato de compraventa, al enterarse que se quemó al interior del domicilio y perturbó la posesión el diez de octubre de dos mil ocho, cuando le dijo a la agraviada que debía un saldo por la compraventa del

terreno, procediendo a destruir las cerraduras, colocando un candado en la puerta principal del domicilio, impidiendo el ingreso normal, llegando a arrendar dicho predio al Presidente de la Comunidad Campesina de Santa Ana, que a su vez arrendó a la Empresa Constructora ENADES.

C) Luego, el doce de febrero de dos mil diez, cuando se encontraba en la vivienda el inquilino de la agraviada, Cristóbal Meléndez Díaz, con su familia, el procesado violentó las cerraduras de la chapa principal de la casa vivienda, para colocar posteriormente dos candados, impidiendo el normal ingreso, atemorizando al inquilino antes mencionado. Estos actos se vienen dando de forma constante y sistemática, la última vez ocurrió en el mes de agosto de dos mil once, cuando volvió a romper los candados de la puerta, para luego sacar del interior de la casa las cosas y otros enseres que pertenecía a la agraviada.

Tercero: El Juzgado Penal Colegiado condenó al procesado sobre la base que se acreditó que a través de violencia procedió a irrumpir las cerraduras del predio del jirón Santa Rosa, anexo de Aucará, procediendo a cambiar las cerraduras del predio y alquilarlo a la Comunidad para que guarde sus pertenencias.

Cuarto: La Sala de Apelaciones para revocar la condena y absolver al acusado indicó que: i) En su declaración ampliatoria la agraviada manifestó que en el mes de octubre de dos mil ocho se encontraba por Huanacopampa, ahí tomó conocimiento que su casa había sido violentada. Cuando se constituyó al inmueble verificó que la puerta estaba cerrada con candado, que incluso lo había alquilado a la empresa ENADES, por lo que no es posible que el imputado Ccoillo Polanco haya podido amenazar a la agraviada, al no haber existido proximidad física entre ellos, apreciándose que el imputado ya habría despojado de la posesión a la agraviada, por lo que no se configura el ilícito. ii) No se corroboró que el encausado haya ejercido amenaza contra la agraviada; pues al narrar los hechos ocurridos en el mes de febrero de dos mil diez, precisó que cuando se encontraba en la casa de su hija Nancy Condori Quispe fue avisada por Cristóbal Meléndez López que el imputado estaba cerrando su puerta con candado, inmediatamente se constituyó a su domicilio encontrándolo con un candado, le reclamó y él huyó del lugar. En el mes de agosto de dos mil once se encontraba en la iglesia y al ser informada por un vecino que el imputado estaba rompiendo sus candados con una barreta, se fue y lo encontró sacando sus cosas al interior de la casa, la agraviada tomó del hombro al imputado reclamándole, este le respondió en castellano, por lo que tuvo que soltarlo. No habiendo mencionado la agraviada en qué consistían las amenazas del que fue víctima. Además, la afirmación que “existe un saldo por la compraventa del terreno”, no es idónea ni eficaz para considerar que haya logrado intimidar a la agraviada. Más cuando conforme a lo vertido por la agraviada y testigos el acusado aprovechaba la ausencia de la agraviada para perturbar la posesión que ejercía, por lo que solo es un conflicto de

naturaleza civil. iii) En cuanto a que en el mes de agosto de dos mil once el acusado vuelve a romper los candados de la puerta y sacar cosas y otros enseres de la agraviada, se tiene que existe solo la sindicación de la agraviada y de sus inquilinos, la que es insuficiente para emitir una sentencia condenatoria, más cuando dicha acción no fue constado por autoridad local.

Quinto: El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, argumentó: i) Solicita que la Corte Suprema emita pronunciamiento respecto a que se determine si la violencia a la que alude el inciso dos del artículo doscientos dos del Código Penal, debe recaer solo sobre las personas, o si se debe hacer extensivo también a las cosas (bienes). ii) El Colegiado Superior incurrió en un inadecuado razonamiento al fundamentar su decisión únicamente en el supuesto que no se habría acreditado la concurrencia de la amenaza como medio típico, sin analizar la efectiva concurrencia de la violencia, aspecto que fue el sustento de la decisión condenatoria de primera instancia. iii) Existiría una evidente incongruencia entre los términos de la sentencia condenatoria dictada en primera instancia, con aquello que fue el sustento de la absolución dispuesta por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria de Puquio de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

2. La violencia en el delito de turbación de la posesión

Sexto: Al momento de los hechos, el artículo doscientos dos del Código Penal reprimía el delito de usurpación, con una pena de uno a tres años, bajo tres modalidades: i) Alteración de linderos, al apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruyendo o alterando los linderos del mismo. ii) Por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, al despojar a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. iii) Con violencia o amenaza, turbar la posesión de un inmueble.

Este articulado fue modificado por la Ley número treinta mil setenta y seis, del diecinueve del agosto de dos mil trece, incrementando el margen punitivo con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, incorporando a un nuevo supuesto de hecho sancionado: Ilegítimamente, ingresar a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse. Además, acaba con el debate doctrinal y jurisprudencial referente a que el medio comisivo “violencia” en los incisos dos y tres del artículo doscientos dos del Código Penal, se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.

Séptimo: Sin embargo, esta se aplica desde su puesta en vigencia, el veinte de agosto de dos mil trece, los casos anteriores, por el principio de aplicación inmediata de la ley, se siguen juzgando con la anterior que no había definido este aspecto, por lo que corresponde hacerlo por vía jurisprudencial.

Octavo: El antecedente de nuestro tipo penal de usurpación es el artículo ciento ochenta y uno del Código Penal argentino que sanciona a quien: 1° Por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes. 2° Para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterase los términos o límites del mismo. 3° Con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

Noveno: Redacción similar a la nuestra y que, como reconoce la Casación número doscientos cincuenta y nueve-dos mil trece-Tumbes, del veintidós de abril de dos mil catorce, soporta su doctrina y jurisprudencia, que pacíficamente ha aceptado que la violencia o la que se refiere el tipo penal puede recaer tanto sobre las personas como cosas.¹

Décimo: Esto es así también en el ordenamiento jurídico nacional, pues como señaló el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el veintiuno de junio de dos mil cinco: “la violencia también puede darse sobre las cosas que posee la víctima, aun cuando en el momento del despojo esta no se encuentre presente, pues la violencia en estos casos está constituida por los actos que realice el agente para evitar que la víctima recobre su posesión (...) sostener lo contrario equivaldría a que el agente busque el momento propicio en que la víctima no se encuentra presente para realizar el acto de desposesión, con lo cual se produciría la impunidad permanente del delito”, criterio que se aplica a la turbación de la posesión.

Décimo primero: A mayor abundamiento, la Casación número doscientos setenta y tres-dos mil doce-Ica, del veintinueve de mayo de dos mil catorce, estableció como doctrina jurisprudencial que el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no es acorde con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbador de la posesión a quien destruye la puerta del ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto que la violencia que turba la posesión solo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo.

1 Vide: CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, Sexta edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 559 y 560. DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la propiedad*. Segunda edición. Rubingal Culzoni editores, Buenos Aires, 2008, p. 821. CONSOLI, José. *Usurpación de inmuebles*. Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1997, p. 51.

Décimo segundo: Estando a que claramente la norma que recoge el delito de usurpación por turbación de la posesión se refiere a una violencia tanto sobre las personas como sobre las cosas, los jueces de todo el país deben seguir ese criterio vinculante a los casos anteriores a la vigencia de la Ley número treinta mil setenta y seis, pues por interpretación histórica (antecedente argentino y los pronunciamientos del Pleno Jurisdiccional Superior y dos casaciones citadas) y teleológica esta es la solución que se prefiere para evitar algunas absurdas de punibilidad.

3. Análisis del caso

Décimo tercero: Se acreditó que el procesado a través de violencia procedió a destruir las cerraduras del predio del jirón Santa Rosa, anexo de Aucará, asimismo, a cambiar las cerraduras del predio y alquilarlo a la Comunidad citada para que guarde sus pertenencias.

Décimo cuarto: Este delito no implica el desalojo, sino la realización de actos de perturbación del normal use y disfrute del *ius possessionis* por parte del autor, por lo que el bien jurídico lo constituye el ejercicio efectivo del derecho real de posesión que ve mermado su desarrollo². Habiéndose acreditado estos actos de cambio de cerradura, que se realizaron mediante violencia, el ilícito se habría configurado, pese a ello el acusado fue absuelto al interpretarse erróneamente que la violencia que señala la norma solo se ejerce contra las personas y no los bienes, como indicamos.

Décimo quinto: De ahí que este supuesto cabría en el inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal (Errónea interpretación de la Ley penal) y no el inciso dos (inobservancia de normas de carácter procesal).

Décimo sexto: No obstante este constituye un error de derecho que podría llevar a una decisión casatoria sin reenvío, se advierte que existen serias deficiencias en la sentencia de vista, pues pese a que no se actuó prueba alguna se cambió el valor probatoria de la prueba personal, como se advirtió en el considerando cuarto, en ese sentido, los cuestionamientos probatorios implican un nuevo juicio de apelación para subsanarlos.

Décimo séptimo: Además, existe una falta de motivación, por cuanto para absolver al procesado se dejó de lado que la norma no solo sanciona la violencia contra las personas, sino también sobre las cosas centrando su análisis en la falta del elemento amenaza. En este caso se advierte una motivación aparente que, como señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, de trece de octubre de dos mil ocho, se da en casos en las cuales el Juez solo intenta dar

2 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II. Idemsa, Lima, 2011, p.497.

un incumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Décimo octavo: Es claro que la sentencia recurrida afectó el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que corresponde realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, puesto que la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindente -inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior, contra la sentencia de vista expedida por la Sala Mixta Descentralizada Transitoria de Puquio de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas ciento veintitrés del cuaderno de debate, del veintiséis de noviembre de dos mil trece, que revocó la sentencia condenatoria de primera instancia, de fojas setenta y uno, del dieciocho de junio de dos mil trece, que condenó a Jorge Cipriano Ccoillo Polanco como autor del delito contra el Patrimonio-usurpación agravada, en perjuicio de Valbina Quispe de Condori, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida y fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada y reformándola: lo absolvió de los cargos de la acusación fiscal, con lo demás que contiene. En consecuencia: **nula** la citada sentencia de vista del veintiséis de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas ciento veintitrés.

II. ORDENARON que la Sala de Apelaciones correspondiente, integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa audiencia de apelación con las formalidades correspondientes, atendiendo a la parte considerativa de la presente Ejecutoria.

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

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido de los fundamentos décimo y décimo primero de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

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

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

CONSIDERACIONES SOBRE EL MEDIO TÍPICO EN EL DELITO DE USURPACIÓN POR TURBACIÓN DE LA POSESIÓN - CASACIÓN N° 56-2014-AYACUCHO

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: LUIS MIGUEL REYNA ALFARO¹

SUMILLA:

La Casación N° 56-2014 (Ayacucho) de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República dilucida el alcance del delito de usurpación por despojo y turbación de la posesión estableciendo, para los casos previos a la promulgación de la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, que la violencia típica comprende aquella ejercida sobre las personas y los bienes.

I. INTRODUCCIÓN

La invitación formulada por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha servido de motivo para examinar uno de los delitos con mayor significación en la práctica forense nacional. Y es que el delito de usurpación y, especialmente, su aplicación práctica nos enfrenta a una de las cuestiones más problemáticas de nuestra realidad: La vivienda² y los fenómenos sociales asociados a ella (migración, informalidad y dificultades en el acceso a la propiedad³, la existencia de auténticas mafias de tráfico de tierras, etc.).

A través de la Casación objeto de examen en estas líneas (Casación N° 56-214, Ayacucho), la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema se dilucidan las dudas existentes en torno a los supuestos de usurpación por turbación de la posesión en los que la violencia recae sobre cosas y no sobre las personas. Estas dudas se incrementaron con la promulgación de la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, modificatoria del artículo 202° del CP, que al introducir una cláusula final precisando que “La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes” generó la percepción errónea en los Tribunales de que más que una precisión o aclaración, el legislador amplificaba los

- 1 Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Doctorando en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Granada (España). Experto Universitario de Criminología por la UNED (España).
- 2 De hecho, ya PEÑA CABRERA señalaba que era la falta de vivienda “el caldo nutricional del fenómeno” de la usurpación; así en: PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II-A, Lima: Ediciones Jurídicas, 1995, pp. 506-507.
- 3 Cuestiones examinadas en sus contornos más trascendentes por DE SOTO, Hernando. *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*. Barcelona: Península, 2001, pp. 101 ss.

contornos de lo penalmente relevante hacia un supuesto (violencia sobre los bienes) no comprendido antes de la modificación.

II. La regulación del delito de usurpación en el CP.

El delito de usurpación se encuentra descrito en el artículo 202° del CP y en sus más de quince años de rigor solo ha sufrido una modificación, la producida a través del artículo 1° de la Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013. A efectos de reconocer los efectos de la modificatoria, efectos que precisamente provocaron la situación controvertida, ubicaremos ambos textos (texto original y texto vigente) en contraposición:

| Texto original | Texto vigente (desde el 20 de agosto de 2013) |
|---|---|
| <p>“Artículo 202°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble”. | <p>“Artículo 202°. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. 2. El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real. 3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble. 4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse. <p>La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.”</p> |

Como se aprecia, además de la incorporación de un nuevo supuesto (el incorporado como numeral 4° del artículo 202° del CP) se incluye un párrafo final aplicable a los numerales 2° y

3° del artículo 202° del CP que es el motivo de la Casación N° 56-2014 (Ayacucho) que ahora se comenta.

III. Variables interpretativas del actual artículo 202° in fine del CP

Frente a la incorporación de este apartado final en el artículo 202° del CP se generan dos posibles lecturas o interpretaciones. La primera entiende que su sentido es meramente pedagógico, destinado a clarificar el sentido de la regulación existente. La segunda entiende que su sentido es criminalizador al incorporar un supuesto no previsto en el texto original (el correspondiente a los supuestos de usurpación con violencia sobre los bienes). Para comprender dichas variables interpretativas corresponde reconocer el debate existente respecto al reconocimiento del objeto de la violencia en el delito de usurpación, previo a la promulgación de la Ley N° 30076.

III.I. EL estado de la cuestión antes de la Ley N° 30076

La doctrina nacional que examinó el delito de usurpación tenía opiniones divididas respecto a si la violencia típica comprendía solo a la ejercida sobre las personas o si era extensible también a la violencia ejercida sobre las cosas. Esta doctrina, como veremos, es contraria a la posición asumida por la Jurisprudencia nacional mayoritaria.

(a) La violencia en la usurpación sólo abarca los supuestos en que aquella es ejercida sobre las personas.

Esta posición fue defendida por autores como PEÑA CABRERA, BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, GÁLVEZ VILLEGAS/ DELGADO TOVAR y REATEGUI SÁNCHEZ/ ESPEJO BASUALDO. Trataremos de examinar sus puntos de vista.

PEÑA CABRERA sostenía expresamente “La violencia en el despojo es entendida como violencia física empleada sobre las personas”⁴. La razón de esta limitación la ubicaba el maestro sanmarquino en la dinámica propia de la usurpación que suponía la existencia de un poseedor que debía enfrentar o resistir, expresa o tácitamente, a su victimario⁵. Esta circunstancia determinaba además que la violencia típica sea idónea o suficiente para

4 PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., p. 517. Es de precisar que el fallecido profesor sanmarquino señalaba expresamente que dicho razonamiento era aplicable también a los supuestos de turbación de la posesión.

5 Al definir la violencia típica de la usurpación, PEÑA CABRERA señalaba: “es la aplicación de una energía que puede estar dirigida a anular la capacidad de decisión y resistencia de la víctima, neutralizando su capacidad discrecional... tal resistencia es indispensable para que exista violencia”; así en: PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., pp. 517-518.

vencer la resistencia de la víctima⁶.

Por su parte, BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO, sostienen que “La violencia se debe entender como la fuerza física que se ejerce sobre la persona, suficiente para vencer su resistencia, no se incluye, por tanto, la violencia o fuerza sobre las cosas”⁷. Extraña que estos autores aleguen una presunta referencia a la posición adoptada por Sebastián SOLER cuando este autor reconoce la posibilidad de comisión del delito a través de violencia sobre las personas y las cosas⁸.

GÁLVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR, aunque reconocen el predominio en la jurisprudencia nacional de la posición en favor de reconocer que la violencia típica en este delito comprende tanto la que recae sobre las personas como aquella que recae sobre los bienes, terminan afirmando, a partir de una poco clara “interpretación conjunta”, que sólo es admisible la violencia que recae sobre las personas. En efecto, estos autores señalan “La violencia, es el empleo de la fuerza física ejercida por el agente del delito sobre determinada persona, para dificultar o vencer materialmente la resistencia que este pueda oponer”⁹, fundando su posición en términos de crítica a la posición jurisprudencial: “Obviamente este criterio esbozado por la jurisprudencia, en nuestro medio, resulta discutible...puesto que nuestra norma señala ‘**El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza...**’, de donde puede apreciarse claramente que estos medios comisivos deber ser dirigidos contra las personas y no sobre las cosas, pues no se puede amenazar, engañar o abusar de la confianza de las cosas. Aun cuando en el caso de ‘violencia’, este medio puede emplearse contra las personas o contra las cosas... sin embargo, al interpretar los medios comisivos en forma conjunta, la conclusión más estricta, es la que descarta las cosas, también para el caso de violencia”¹⁰. Las objeciones que cabe formular a la posición de estos respetados representantes del Ministerio Públicos se relacionan, por un lado, a la falta de sustento de su opción de proponer una “interpretación en forma conjunta” y, por otro, a la ausencia de explicación de los motivos que llevan a

6 “No es cualquier violencia la que requiere el precepto, debe de ser de cierta intensidad para lograr vencer la resistencia y conseguir despojar a la víctima”; véase PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., p. 518.

7 Idéntica posición se mantiene cuando se examina la usurpación por turbación de la posesión al afirmarse que “Los medios para realigar la turbación de la posesión son la violencia o amenaza. La violencia se debe entender como la fuerza física que se ejerce sobre la persona”; véase BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: San Marcos, 1998, pp. 376-377.

8 En efecto, SOLER señala “La ley no distingue forma alguna de violencia, de manera que está comprendida la que se ejerce sobre las personas o sobre las cosas, la violencia física efectiva o tácita. El hecho de que sea punible la violencia sobre las cosas alarga algo el concepto de usurpación, pues permite que se considere el hecho de quien, para entrar, ha vencido resistencias predisuestas por el propietario”; así en SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo IV, Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1956, pp. 485-486.

9 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II, Lima: Jurista, 2012, p. 1156.

10 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. Ob. Cit., p. 1157.

descartar un dato ontológico por ellos mismos reconocido (a saber, que la violencia “puede emplearse contra las personas o contra las cosas”).

Este mismo razonamiento es asumido por REATEGUI SÁNCHEZ quien respecto a la usurpación mediante despojo afirma “Si seguimos la lógica del legislador patrio en el artículo 202°, inciso 2°, del Código Penal en cuanto a los medios para conseguir el despojo, total o parcial, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, debemos entender que la violencia que realiza el sujeto activo sólo se puede realizar sobre las personas, ya que el ‘engaño’ o el ‘abuso de confianza’ sólo se puede dar entre personas”¹¹ agregando, en relación a la usurpación por turbación de la posesión, que aunque “a diferencia del inciso anterior, no hay una lógica secuencial de medios típicos realizado entre personas; sin embargo, como el concepto de posesión está función a que ‘alguien’ realice precisamente el ejercicio del citado derecho real, necesariamente debemos concluir que la violencia tendrá que recaer en una persona determinada o en varias personas pero que puedan ser factibles de individualización, claro está, que estén ligadas al ejercicio de posesión sobre un bien inmueble”¹². Desmerece la posición de REATEGUI SÁNCHEZ no solo el recurso a una interpretación basada en una “lógica secuencial” (que ignora el dato fenomenológico asociado a la idoneidad de la violencia sobre los bienes para afectar el bien jurídico protegido) sino fundamentalmente porque el citado autor desarrolla su trabajo a partir del texto original del artículo 202° del CP no obstante la existencia de una modificación legal el año 2013. ESPEJO BASUALDO adopta, en la misma obra, posición en favor de descartar la cobertura, como medio típico en la usurpación, la violencia sobre las cosas, sin embargo, la falta de sustento nos obliga a prescindir de mayor comentario¹³.

Es conveniente reconocer que esta posición, aunque carece de aceptación jurisprudencial, fue asumida por el Primer Pleno Fiscal del Distrito Judicial de Puno, del 06 de agosto de 2010, en la que se adoptó como acuerdo el siguiente: “para que se configure el delito contra el patrimonio, en la modalidad de usurpación, el medio utilizado violencia física contenido en los incisos 2 y 3 del artículo 202 del Código Penal debe recaer únicamente sobre la persona”¹⁴.

11 REATEGUI SÁNCHEZ, James. En *Reategui Sánchez, James y Espejo Basualdo, Carlos. El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano*. Lima: Lex Iuris, 2016, p. 57.

12 REATEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit., pp. 57-58.

13 ESPEJO BASUALDO, Carlos. En *Reategui Sánchez, James y Espejo Basualdo, Carlos. El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano*. Lima: Lex Iuris, 2016, p. 184.

14 Referido por REATEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit., p. 59.

(b) La violencia en la usurpación abarca los supuestos en que aquella es ejercida sobre las personas y los bienes.

El autor representativo de esta posición es Luis ROY FREYRE. El reconocido y aún vigente maestro sanmarquino señala que “por ‘violencia’ debe entenderse, al no hacer la ley distinción, tanto la que se ejerce sobre personas, como sobre las cosas”¹⁵. Esta definición de la violencia típica en el delito de usurpación por despojo es extendida luego al delito de usurpación por turbación de la posesión¹⁶.

En otros autores la poca profundidad con que examinan la cuestión y la cierta ambigüedad con la que formulan sus ideas puede permitir lecturas que lleven a comprender tanto a la violencia sobre las personas como sobre las cosas o bienes. Ese es el caso de la posición de VILLA STEIN que sostiene “La conducta violenta que reclama el tipo debe referirse a la suficiente para someter a la víctima y despojarla”¹⁷. La ausencia de diferenciación (entre violencia sobre las personas y sobre las cosas) permite entender que se da cobertura a ambos supuestos.

En la doctrina argentina, cuyo texto –conforme reconoce la propia Casación N° 56-2014 (Ayacucho)- resulta un antecedente de derecho comparado que lleva a que su doctrina debe ser aceptada como referente interpretativo¹⁸, se aprecian desarrollos muchos más acabados en favor de esta tesis. Por citar algunos autores, podemos reconocer los planteamientos de CREUS/ BUOMPADRE, DONNA, PARMA y GAVIER.

CREUS/ BUOMPADRE describen la violencia típica en el delito de usurpación por despojo, en los siguientes términos: “es aquí la *vis física* que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impiden la que pudiera oponer a la ocupación que aquél procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre las cosas que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva”¹⁹. Este razonamiento es referenciado por los autores antes citados cuando abordan la cuestión de la usurpación por turbación de la posesión²⁰.

15 ROY FREYRE, Luis. *Derecho Penal Peruano. Parte Especial*. Tomo III, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983, p. 314.

16 ROY FREYRE, Luis. Ob. Cit., p. 320.

17 VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II-A, Lima: San Marcos, 2001, p. 179.

18 El fundamento jurídico octavo de la Casación N° 56-2014 (Ayacucho) señala expresamente “El antecedente de nuestro tipo penal de usurpación es el artículo ciento ochenta y uno del Código Penal argentino”. Esta referencia se reconoce también en el caso paradigmático de Máxima Acuña v. Minera Yanacocha S.R.L. (Casación N° 458-2015, Cajamarca) en el que se señala: “La fuente legislativa del tipo de usurpación se encuentra estipulada en el artículo 181 del Código Penal argentino” (fundamento jurídico décimo octavo).

19 CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo 1, Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 614.

20 CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Ob. Cit., p. 621.

Edgardo A. DONNA afirma que la violencia en la usurpación viene conformada por “el despliegue de una energía física, humana o de otra índole, que puede tener por objeto las personas o las cosas”²¹. Esta descripción, formulada respecto al delito de usurpación mediante despojo, es luego hecha extensiva a la usurpación mediante turbación de la posesión²².

Por su parte, aunque la posición de Carlos PARMA²³ es de redacción confusa, permite ubicarla dentro de las posiciones que consideran que la violencia típica en la usurpación recae tanto sobre las personas como sobre los bienes. En efecto, no obstante que PARMA señala que la usurpación mediante violencia comprende “la violencia en las cosas” (lo que llevaría a entender que no comprende aquella ejercida sobre las personas), la referencia previa a que el despojo, en algunos casos, “se logra expulsando a los ocupantes del inmueble” permite comprender que la referencia a “las cosas” no es excluyente de aquella ejercida sobre las personas. Esta posición es mantenida cuando PARMA desarrolla la usurpación por turbación de la posesión.

Finalmente, podemos citar la posición de Ernesto José GAVIER quien describe la violencia típica en la usurpación como “la fuerza física desplegada sobre personas o cosas que defienden la tenencia, posesión o cuasi posesión (u.gr. romper aperturas, paredes, muros, alambrados, cercas o roturas de candados o cerraduras en general)”²⁴. Esta posición luego es mantenida cuando se analiza la usurpación por turbación de la posesión.

(c) Posiciones diferenciadores

En nuestra doctrina se aprecian también autores que proponen argumentos o planteamientos diferenciadores entre la violencia típica respecto al artículo 202.2° del CP y la correspondiente al artículo 202.3° del CP. En esa línea se puede mencionar la posición de SALINAS SICCHA.

En efecto, SALINAS SICCHA sostiene que cuando se examina la violencia típica respecto al artículo 202.2° del CP “está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para arrebatarle o despojarle su inmueble”²⁵, mientras que si se examina la violencia típica respecto al artículo 202.3° del CP esta viene conformada por aquella que se ejercita “sobre las cosas que forman parte del inmueble de la víctima... No es posible el uso de la violencia sobre la víctima con la finalidad de perturbar la pacífica posesión de su

21 DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II-B, Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2001, p. 735.

22 DONNA, Edgardo Alberto. Ob. Cit., p. 744.

23 PARMA, Carlos. *Código Penal de la Nación Argentina Comentado*. Tomo 2, Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 536.

24 GAVIER, Ernesto José. “Unidad XIII. Delitos contra la propiedad consistentes en defraudaciones, abusos de la situación, apoderamiento de inmuebles o daños”. En *Balcarce, Fabián I. (Director). Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio*. Tomo II, Córdoba: Aduocatus, 2014, pp. 98-99.

25 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*, sexta edición, Lima: Grijley, 2013, p. 1257.

inmueble”²⁶. La posición del magistrado SALINAS SICCHA sin embargo adolece de una escasa carga argumentativa que permita reconocer los motivos que sostienen esa diferenciación pese a que la redacción de los incisos dos y tres del artículo 202° del CP es exactamente la misma respecto a los medios típicos.

IV. La posición del Supremo Tribunal en la Casación N° 56-2014 (Ayacucho)

La Casación N° 56-2014 (Ayacucho) parte mencionando la fuente u origen legislativo del artículo 202° del CP (artículo 181° de CP argentino) y destacando que la doctrina que examina dicho cuerpo normativo extranjero “pacíficamente ha aceptado que la violencia a la que se refiere el tipo penal puede recaer tanto sobre las personas como cosas”²⁷. Esta posición, resalta la mencionada Casación, había sido ya adoptada por el Pleno Jurisdiccional Distrital de Moquegua (del 21 de junio de 2005) y en la Casación N° 273-2012 (Ica). En base a esto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema refiere que “por interpretación histórica (antecedente argentino y los pronunciamientos del Pleno Jurisdiccional Superior y dos casaciones citadas) y teleológica esta es la solución que se prefiere para evitar lagunas absurdas de punibilidad”²⁸.

Obsérvese, sin embargo, dos deficiencias en la Casación examinada: Una de orden semántico y otra de tipo argumentativo.

En efecto, la Casación N° 56-2014 (Ayacucho) refiere que la modificación del artículo 202° del CP a través de la Ley N° 30076 “acaba con el debate doctrinal y jurisprudencial referente a que el medio comisivo ‘violencia’ en los incisos dos y tres del artículo doscientos dos del Código Penal, se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes... Sin embargo, esto se aplica desde su puesta en vigencia, el veinte de agosto de dos mil trece, los casos anteriores, por el principio de aplicación inmediata de la ley, se siguen juzgado con la anterior que no había definido este aspecto, por lo que corresponde hacerlo por vía jurisprudencial”²⁹. La forma de expresión de la argumentación contenida en la Casación *sub examine* pareciera partir de un presupuesto (presunta indefinición del texto original del artículo 202° del CP) que haría la labor interpretativa desarrollada por el Supremo Tribunal incompatible con los límites impuestos por el principio de legalidad penal. Es que la forma en que se ha redactado el texto de la Casación N° 56-2014 (Ayacucho) pareciera evidenciar un estado de *lex incierta* (estado extraído de la expresión “no había definido este aspecto” utilizada en la Casación) que no podría ser solucionado interpretativamente sin que el Tribunal Supremo

26 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit., p. 1262.

27 Fundamento jurídico noveno.

28 Fundamento jurídico décimo segundo.

29 Fundamentos jurídicos sexto y séptimo.

invada competencias propias del Poder Legislativo³⁰. Una redacción más propia tendría que haber hecho hincapié, más bien, a la necesidad de uniformizar criterios jurisprudenciales, de forma tal que no solo se elude cualquier posible cuestionamiento desde la perspectiva de la legalidad penal sino que se guardaría consistencia con la redacción del artículo 427.4° del CPP que alude al “desarrollo de la doctrina jurisprudencial” como causal de procedencia del recurso de casación³¹ y que fuera, precisamente una de las invocadas por los impugnantes.

Desde la perspectiva argumentativa, es de extrañar que no obstante referirse a una presunta interpretación teleológica de la ley penal, la Casación N° 56-2014 no ha descrito ni señalado como operaría dicha interpretación ni ha referido cómo es que el *telos* o finalidad de la norma penal (que no es otro que el de protección de bienes jurídicos) se expresaría en el sentido interpretativo propuesto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema respecto al delito de usurpación por despojo y por turbación de la posesión.

Es importante mencionar la existencia de otros antecedentes, distintos a los referidos por la Casación N° 56-2014, que apoyan la posición consolidada por el Supremo Tribunal. Además del Pleno Jurisdiccional Distrital de Moquegua (del 21 de junio de 2005), es posible ubicar el Pleno Jurisdiccional Distrital de Derecho Penal y Procesal Penal del Distrito Judicial de Cañete (del 13 de diciembre de 2010)³², que se decanta también en favor de comprender la violencia sobre las cosas como medio típico en el delito de usurpación.

Pues bien, es necesario indicar, como corolario a estos breves comentarios, que a través de la Casación N° 458-2015 (Cajamarca) la Sala Penal Permanente, esta vez con una conformación parcialmente distinta que aquella que emitió la Casación N° 56-2014 (Ayacucho), reiteró su posición sosteniendo que: “el usurpador debe haber realizado esa exclusión -de la posesión- por medio de actos que lo habiliten a permanecer en la ocupación del predio, en este caso mediante **la violencia que se da sobre las personas y las cosas**”³³.

30 El principio de legalidad penal se justifica (justificación jurídico-política) en tanto garantía de la división de poderes, de allí que el proceso interpretativo se produzca dentro de los márgenes de la ley; al respecto REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad”. En *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. N° 2, Lima: CEDPE, 2012, pp.229/ 235-238.

31 Como correctamente define IBERICO CASTAÑEDA, la casación por interés casacional “se sustenta en el afianzamiento del rol de unificación jurisprudencial que persigue la casación y que ejerce el máximo órgano jurisdiccional”; así en IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Pacífico, 2016, p. 237.

32 Referido por REATEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit., p. 58.

33 Fundamento jurídico vigésimo. Entrelíneas y negrillas nuestras.

V. Conclusión

Todo lo expuesto lleva a la inexorable conclusión de que la modificatoria del artículo 202° del CP, producida a través de la Ley N° 30076, tuvo un sentido meramente pedagógico o instructivo. No fue propósito del legislador penal ampliar la cobertura del tipo penal *sub examine*, sino simplemente dotarlo de mayor claridad con el propósito de superar la disociación existente entre doctrina y jurisprudencia. La claridad otorgada por la Ley N° 30076, a partir del 19 de agosto de 2013, se ha visto reforzada, para los supuestos previos a la vigencia de la mencionada Ley, con la Casación N° 6-2014.

12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACION N° 389-2014
SAN MARTÍN

SUMILLA:

*La casación de oficio es una especie de casación excepcional que procede a discreción del Tribunal Supremo, al advertirse una posible concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal -cuando por criterios de fondo y/o forma se declaró inadmisibile el recurso de casación inicial presentado por alguna de las partes del proceso-. Por tanto, conforme a la naturaleza y fines de la casación de oficio, la Corte Suprema pese a la inconcurrencia de las partes siempre emitirá un pronunciamiento de fondo en el caso concreto teniéndose como único límite la garantía constitucional de *no reformatio in peius*.*

SENTENCIA CASATORIA

Lima, siete de octubre de dos mil quince.-

VISTOS; en audiencia el recurso de casación de oficio para desarrollo de doctrina jurisprudencial, contra la resolución del diecinueve de junio de dos mil catorce -obrante a fojas setecientos catorce-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: Mediante la Ejecutoria Suprema del 23 de febrero de dos mil quince -fojas cincuenta y nueve del cuaderno de casación- este Supremo Tribunal advierte que el recurso de casación interpuesto por el actor civil o superaba los requisitos formales regulados en el Código Procesal Penal -artículo 427, inciso 1 (summa poena), inciso 3 (referido a la reparación civil), y artículo 430, inciso 1 (fundamentación de causales) del Código Procesal Penal-, véase fundamentos jurídicos del apartado II (del primero al tercero) del auto de calificación-, razones por las cuales **se declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el recurrente -actor civil-**.

SEGUNDO: Pese a lo señalado, esta Suprema Corte encontró de oficio interés casacional para desarrollo de doctrina jurisprudencial: la correcta interpretación y aplicación del principio precautorio (Artículo VII de la Ley General del Ambiente) que rige en materia ambiental, en el caso concreto y de manera general, para dilucidar la existencia de una posible contravención con el principio de *in dubio pro reo*, que rige en materia penal -fundamento jurídico quinto del apartado II del auto de calificación del recurso de casación a fojas cincuenta y nueve-. Por tanto, en aplicación del inciso 1, del artículo 432, concordado con el inciso 4 del artículo 427 e inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal declaró **Bien Concedido de Oficio** el recurso de casación.

TERCERO: Programada la audiencia de casación para el siete de octubre de dos mil quince, con la debida notificación a las partes procesales, éstas no asistieron. Lo que se debía a que se declaró inadmisibile el recurso de casación del actor civil y estamos en una casación de oficio, admitida por interés principal de este Tribunal Supremo -conforme los fundamentos jurídicos precedentes-.

CUARTO: Es necesario realizar precisiones si para la casación de oficio rigen las mismas reglas aplicables a la casación ordinaria o excepcional -reguladas en el Código Procesal Penal-. Por tanto, también resulta necesario establecer si corresponde o no, en la presente sentencia de casación de oficio, realizar algún tipo de pronunciamiento de fondo, entendiéndose por ello: 1) el desarrollo de doctrina jurisprudencial planteada, y 2) la aplicación del desarrollo de doctrina jurisprudencial en el caso concreto.

II. DE LA CASACIÓN DE OFICIO

QUINTO: El recurso de casación de oficio está previsto en el inciso 1 del artículo 432 del Código Procesal Penal, el cual señala: "(...) sin perjuicio de las cuestiones que **sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.**" (Resaltado nuestro); sin embargo, no se encuentra regulado en forma taxativa, ni se da mayor referencia cómo o cuándo debe aplicarse, ni bajo qué fundamentos se puede invocar.

SEXTO: La casación de oficio debe ser entendida como una segunda casación excepcional, toda vez que uno de sus fundamentos radica en el inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal; en la experiencia jurisdiccional se ha observado que los recursos de casación excepcionales presentados por alguna de las partes de un proceso penal (Ministerio Público, Imputado, Actor Civil, Tercero civil), se declaran inadmisibles por cuestiones estrictamente formales; es decir, por no cumplir con disposiciones del inciso 3 del artículo 430 del Código Procesal Penal -fundamentar respecto al punto que pretende se desarrolle como doctrina jurisprudencial-.

SÉTIMO: Pero qué pasa, si en efecto, la casación excepcional interpuesta -aunque defectuosa formalmente- deja ver un tema de interés casacional para la Corte Suprema, por cumplir alguno de los fundamentos ya citados en la Queja NCPP N°66-2009-La Libertad u otro debidamente justificado; o cuando interponen recurso de casación ordinaria, mas no invocan o justifican correctamente conforme a la norma procesal penal -por ejemplo el inciso 1 del artículo 430 del Código Procesal Penal- declarándose inadmisibile; pero la Corte Suprema puede advertir que sí existe la configuración de alguna de las causales del artículo 429 del citado Código. En ambos supuestos el recurso debe ser admitido para que el caso en concreto sea evaluado.

OCTAVO: Es decir, el recurso de casación de oficio se presenta como una excepción a la formalidad exigida en la norma procesal, yendo más allá, actuando en pro de los fines últimos de la casación -Nomofilaquia, Uniformización de la Jurisprudencia, y Dikelogico¹-. En el mismo sentido se pronuncia Moreno Rivera² señalando que: ***“(…) la casación oficiosa opera como excepción, en primer lugar frente al principio de limitación y, en segundo frente al carácter rogado del recurso (…)”*** asimismo la Corte Suprema -Colombiana- tiene una inexorable obligación de ***“asumir el conocimiento de la casación por vía oficiosa permitiendo la consecución de los fines señalados para el recurso”***.

NOVENO: Así, la casación de oficio para que sea admitida para desarrollo de doctrina jurisprudencial -inciso 4, del artículo 427 del Código Procesal Penal- o por casación ordinaria -inciso 1, 2, y 3 del artículo 427 del citado Código-, siempre encontrará su fundamento de admisión en la concurrencia de alguna de las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal, que denotan alguna afectación grave a garantías, o derechos constitucionales de carácter procesal o material; por tanto, encuentra sus raíces en el principio general del derecho procesal, ***iure novit curia -El Juez conoce el derecho-***.

DÉCIMO: Una de las características principales del recurso de casación de oficio es su **discrecionalidad**. Es decir, procede a exclusiva discrecionalidad del Tribunal Supremo **-y en cualquier momento del proceso-**. Lo que no está regulado taxativamente en la norma procesal penal, pero ha sido interpretado por esta Corte Suprema en otras oportunidades, por ejemplo la Casación N°148-2010/Moquegua. La discrecionalidad, la casación de oficio debe estar bien fundamentada; la calificación de oficio de determinado caso debe sostenerse en la posibilidad de una grave afectación de derechos o garantías constitucionales que se pueden haber afectado durante el proceso, que terminarían viciando la resolución arribada -se debe amparar en alguna de las causales del artículo 429 del citado código-. La justificación, para

1 Cfr. SAN MARTIN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal, INPECCP-CENALES, Lima, Perú, 2015, pg. 709.

2 MORENO RIVERA, Luis Gustavo, La Casación Penal, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, Colombia, 2013, pg. 71

ser correcta como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia no debe ser extensa, pues basta con ser precisa y coherente.

DÉCIMO PRIMERO: Ahora desarrollaremos cómo se procede con este tipo de recurso después de su admisión:

Regla General.- Nuestro Código Procesal Penal regula la interposición y admisión del recurso de casación en su artículo 431, señalando:

1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.

2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. **En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación.**

(...)" (Resaltado Nuestro)

DÉCIMO SEGUNDO: Lo resaltado precedentemente resulta de interés para establecer las particularidades del recurso de casación de oficio. Como se advierte, pese a una calificación positiva, el recurso de casación puede devenir en inadmisibile ante la incomparecencia de la parte recurrente a la audiencia de casación. Analizado fuera del marco de la casación de oficio dicha normativa guarda sentido, pues se advierte que si el sujeto recurrente -supuesto agraviado- desataca una notificación de asistir a la audiencia de casación sin mayor justificación, constituye una aceptación tácita de la sentencia u resolución inicialmente recurrida.

DÉCIMO TERCERO: La casación de oficio se promueve por interés del Tribunal Supremo, que busca más allá del caso en concreto, y las limitaciones formales del recurso, un pronunciamiento jurídico -de estricto derecho- con dos fines principales: **1)** Enriquecer la jurisprudencia y **2)** Evitar que las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos, puedan generar la vulneración de derechos o garantías constitucionales.

DÉCIMO CUARTO: La regulación que brinda el Código Procesal Penal referente a la desestimación del recurso de casación por incomparecencia de la parte interesada en el proceso, no conuerda y colisiona con los fines de la casación de oficio.

DÉCIMO QUINTO: La audiencia de casación de oficio se llevará a cabo con o sin la presencia de las partes, a quienes se cita a fin que realicen las argumentaciones que considere, siempre garantizando ampliamente el ejercicio del derecho de defensa, pero a las cuales no puede obligárseles concurrir a una audiencia que si bien fue promovida por alguno de ellos, fue declarada inadmisibles la calificación de su recurso. Es del mismo criterio la Corte Suprema Colombiana la cual, en su sentencia del 31 de agosto de 2005 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quintero Milanés donde señaló: "(...)el derecho a la prerrogativa que tienen los sujetos procesales de desistir el recurso extraordinario de casación no puede impedir a la Corte, como órgano límite de la jurisdicción ordinaria y guardiana de la Constitución Política, enmendar la irregularidades atentatorias contra los derechos fundamentales, so pretexto de la finalización o culminación de su competencia por razón del desistimiento, máxime cuando el debido proceso como máxima expresión del principio de legalidad se erige en garantía fundamental. Lo contrario implicaría una actitud permisiva e inadmisibles frente a una decisión injusta, sin sustento legal y, por lo mismo constitutiva una vía de hecho (...)".³ Es de notar que en la regulación de la casación oficiosa en Colombia, no se celebra una audiencia de casación, por considerarlo innecesario⁴.

DÉCIMO SEXTO: Por tanto, la Corte Suprema emitirá un pronunciamiento de fondo haciendo un juicio de estricto derecho en el caso concreto, que sirvan para enriquecer o cubrir espacios hasta el momento ambiguos o que no han sido tratados, en relación al caso. Mediante la casación de oficio el Tribunal Supremo puede pronunciarse en el fondo del caso concreto pese a la inconcurrencia de las partes, encontrando como límite de su pronunciamiento la garantía constitucional de la prohibición de la reforma en perjuicio. Por tanto, si se trata del imputado solo se puede arribar a una absolución o a una nulidad de la sentencia recurrida, nunca a una sentencia condenatoria, y si es el actor civil a fijar, mantener o mejorar la reparación civil establecida.

III. PRONUNCIAMIENTO DE OFICIO DE LA CORTE SUPREMA

DÉCIMO SÉTIMO: Sentado lo anterior, en el presente caso esta Corte Suprema emitirá pronunciamiento en los siguientes puntos:

1. Nos pronunciaremos sobre el desarrollo de doctrina jurisprudencial planteado acerca del *principio precautorio y el principio de in dubio pro reo*.
2. Asimismo, en esta etapa del proceso la Corte Suprema ha encontrado de interés desarrollar cuáles son y en qué consisten los elementos objetivos del tipo penal del artículo 310 del

3 RODRIGUEZ CHOCONTÁ, Orlando Alfonso, Casación y Revisión Penal, evolución y garantismo, Temis, Bogotá, Colombia, 2008, pg. 151.

4 Cfr. MORENO RIVERA, Luis Gustavo, La Casación Penal, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, Colombia, 2013, pg. 73

Código Penal -desbosque-, por advertir que dada su complejidad -por tratarse de una norma penal que se remite a definiciones en el ámbito del derecho ambiental, administrativo- su aplicación puede generar erróneas interpretaciones o aplicaciones -inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal-, y teniendo en consideración el poco o nulo desarrollo de dicho tipo penal a nivel de doctrina y jurisprudencia, es necesario su esclarecimiento.

DÉCIMO OCTAVO: Del Principio Precautorio.- Los avances de la ciencia y la tecnología a lo largo de la historia han contribuido a favor y en contra de la humanidad (entiéndase que gracias a los avances de la tecnología se pueden prevenir enfermedades, se encontraron métodos más efectivos de lucha contra diferentes males individuales y sociales; sin embargo, a su vez el avance tecnológico ha contribuido para poner en peligro el medio ambiente). En ese sentido, al encontrarnos con nuevos riesgos -imprevisibles, inciertos e incuantificables- inclusive catastróficos como los asociados al calentamiento global, organismos genéticamente modificados, etc., y en general al cambio climático, generó en la sociedad la necesidad y obligación de crear modelos de carácter preventivo; en ese sentido, tal como lo señala el informe de grupo de expertos sobre el principio precautorio (2005)⁵, se dieron tres etapas o modelos dentro de la políticas medioambientales a nivel internacional:

1.- Modelo Curativo -“el que contamina paga”: Dado el crecimiento de la población y los grandes avances de la industrialización, el medio ambiente deja de estar en condiciones de curarse a sí mismo; necesitando, la ayuda para reparar los daños que le infligían las actividades humanas (Tala de árboles, minería, etc.). Por razones de equidad y de viabilidad, los gobiernos procuraron repartir los costos económicos de esa intervención exigiendo que los que contaminaban sufragaran el gasto que suponía la contaminación.

2.- Modelo Preventivo - “más vale prevenir que lamentar”: Entendiendo que el modelo curativo solo resultaba eficiente al estar acompañado de un modelo preventivo, se marcó una nueva etapa que busca la protección del medio ambiente, la característica principal de esta nueva etapa es la idea de que la ciencia es capaz de evaluar y cuantificar los riesgos con precisión, y de que era posible utilizar el principio de prevención⁶ para eliminar o disminuir los daños futuros.

3.- Modelo Precautorio: Este tercer modelo surge por la necesidad de proteger al ser humano y a la naturaleza de riesgos inciertos resultantes de la acción del hombre. El nacimiento del Principio Precautorio⁷ marcó el paso de un control de los riesgos posteriores al daño (responsabilidad civil como instrumento curativo) al nivel de control anterior al daño (medidas preventivas).

5 Cfr. *En Informe del Grupo de Expertos sobre le Principio Precautorio*, COMEST, Paris 25 de Marzo de 2005.

6 Regulado en el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente N° 28611.

7 El Principio Precautorio se regula en el Artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente N° 28611.

DÉCIMO NOVENO: Precaución significa adoptar medidas para proteger el medio ambiente y como consecuencia al ser humano, de los eventuales peligros de daños insubsanables -grauísimos-, generados por la actividad del hombre. La idea de precaución, y su aplicación a políticas medio ambientales y de salubridad no son nuevas, pues éstas datan del siglo XVII, así lo señala el informe *Lessons from Early Warnings (Harremoës y otros, 200)*⁸; y así han sido desarrolladas a nivel internacional.

VIGÉSIMO: Definiciones del Principio Precautorio en La legislación Internacional:

- 1.- Aceptando que, a fin de proteger el Mar del Norte de los posibles efectos nocivos de la mayor parte de las sustancias peligrosas, es necesario **un criterio de precaución** que puede requerir la adopción de medidas de control de los insumos de dichas sustancias incluso antes del establecimiento de una relación causal mediante pruebas científicas absolutamente claras⁹ (Resaltado nuestro).
- 2.- Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el **criterio de precaución conforme a sus capacidades**. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación de medio ambiente.¹⁰
- 3.- “El principio de precaución puede resultar necesario cuando los datos científicos sean insuficientes, poco concluyentes o dudosos, y cuando una evaluación científica previa ponga de manifiesto que se puede razonablemente temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente o la salud humana, animal o vegetal sean incompatibles con el elevado nivel de protección buscado por la Unión Europea”¹¹.

VIGÉSIMO PRIMERO: Definición del Principio Precautorio en la legislación Nacional:

El principio precautorio en el Perú se encuentra regulado, de manera similar a la citada en la Declaración de Río de 1992, así lo encontramos en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley General del Medio Ambiente, Ley N° 28611:

Artículo VII.- Del principio precautorio. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.

8 *“El Dr. John Snow que en 1854 recomendó retirar la manijas de las bombas de agua en Londres para detener una epidemia de cólera. Las evidencias de la relación causal entre la propagación del cólera y el contacto con las bombas de agua eran débiles y de ninguna manera había una ‘prueba que no admitiera dudas razonables’. Sin embargo, esa medida sencilla y relativamente poco onerosa, resultó sumamente eficaz para impedir el contagio.” Visto en el informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio, COMEST, París 25 de Marzo de 2005, pág. 9*

9 Declaración de Londres (Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte 1987)

10 Declaración de Río (Naciones Unidas 1992)

11 Comunicación de la UE sobre el PP (UE, 2000)

VIGÉSIMO SEGUNDO: De las referidas definiciones a nivel internacional y nacional del Principio Precautorio podemos coincidir con el *Informe del Grupo de Expertos sobre el Principio Precautorio*, cuando señalan que es aplicable al cumplirse con las siguientes condiciones: La existencia de un grado apreciable de incertidumbre, de hipótesis (modelos) sobre posibles daños que resulten científicamente razonables (basados en un razonamiento plausible desde un punto de vista científico), que la incertidumbre no pueda deducirse a corto plazo sin acentuar al mismo tiempo la ignorancia de los demás factores pertinentes mediante niveles más elevados de abstracción e idealización, **que el daño potencial sea suficientemente grave o incluso irreversible para las generaciones presentes o futuras o de otro modo moralmente inaceptable**; que sea indispensable proceder de inmediato, pues cualquier medida eficaz adoptada ulteriormente para contrarrestarlo resultaría mucho más difícil u onerosa.

VIGÉSIMO TERCERO: El Principio de In dubio Pro Reo.- El principio de *In dubio pro reo*, es un principio de rango constitucional que rige en el Derecho Procesal Penal -inciso 11, del artículo 139 de la Constitución Política del Perú: **“La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflictos entre leyes penales.”**

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, Supremo Interprete de nuestra Constitución ha señalado que:

“ (...) “El indubio pro reo no es un derecho subjetivo. Se trata de un principio de jerarquía constitucional cuyo fin es **garantizar el cabal respeto del derecho fundamental a la libertad individual**, sea para resguardar su plena vigencia, sea para restringirlo de la forma menos gravosa posible, en el correcto entendido de que tal restricción es siempre la excepción y nunca la regla”. Por lo tanto su aplicación queda librada a la culminación del proceso penal correspondiente, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.”¹² (Resaltado nuestro)

VIGÉSIMO CUARTO: Mediante el citado principio se busca garantizar la aplicación del derecho penal sin contravención del derecho fundamental de la libertad personal. **Es por ello, que el proceso penal se rige por el concepto de certeza probatoria para determinar la responsabilidad penal de un sujeto imputado**, y como consecuencia impone una sanción.

En esa línea argumentativa es que existen sentencias absolutorias dictadas por duda razonable, pues pese a la existencia de elementos probatorios que acreditarían la configuración de un delito, no resultan suficientes para demostrar la responsabilidad penal del imputado, por tanto al no existir certeza jurídica, se declara la absolución.

12 STC. Exp. N.° 2103-2003-HC/TC, Caso MÉNDEZ CONDE, fundamento jurídico N.° 4

VIGÉSIMO QUINTO: Definidos y esclarecidos los conceptos de Principio Precautorio y Principio in dubio pro reo podemos afirmar que entre ellos no existe mayor conflicto o ambigüedad; en tanto el primero rige en el ámbito del derecho ambiental, y el segundo en el ámbito del derecho penal. Ambos con regímenes jurídicos totalmente distintos.

VIGÉSIMO SEXTO: Dilucidado el tema de desarrollo de doctrina jurisprudencial, resulta ahora necesario referirnos a los elementos objetivos del tipo penal regulado en el artículo 310 del Código Penal, resaltando sus peculiaridades. Presenta los siguientes elementos, tanto objetivos como subjetivos:

En primer lugar, no requiere una cualidad especial en el **sujeto activo**, por lo que cualquier persona puede cometerlo.

En segundo lugar, la **acción típica** se compone de tres elementos objetivos. **A.** La existencia de bosques u formaciones boscosas sean naturales o plantaciones. Es decir este tipo penal se circunscribe a proteger la afectación únicamente de dicho territorio, así en los artículos 27 y 28 de la reciente Nueva Ley Forestal y de Fauna Silvestre¹³, se definen las clases de bosques. **B.-** La afectación o el daño a dichas áreas naturales se debe dar mediante la destrucción, quema o tala del territorio total o parcial. Es decir para la configuración del presente ilícito debe verificarse una afectación (daño no tolerable que será definido bajo los principios del derecho ambiental¹⁴) generado por acciones de quema o tala. **C.-** Por último, debe comprobarse que las citadas acciones (destrucción, quema o tala) fueron realizadas sin el permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente. Esto implica la necesidad de la existencia de una autoridad competente para emitir estos permisos; por tanto, es necesario que el ordenamiento jurídico haya otorgado competencia a un funcionario público o institución para emitirlos para determinadas actividades lícitas, caso contrario la conducta será atípica. Los permisos, autorizaciones u otros que se otorguen por la autoridad competente al referirse a acciones que afectan al medio ambiente debenser detallados, claras, sin ambigüedades y encontrarse previamente reguladas en la normativa pertinente.

Finalmente, se advierte que se trata de un delito doloso, quedando descartada toda posibilidad de interpretar la existencia de una modalidad culposa. La configuración de uno de sus elementos objetivos, como lo es la ausencia de autorización u otro documento facultativo, forma parte del conocimiento público que toda persona diligente debe conocer y respetar.

13 Cfr. Con la similar regulación en el artículo 8 de la Ley Forestal y de Fauna N° 27308

14 Cfr. Pena Cabrera Freyre, Alonso R., Derecho Penal – Parte Especial, Tomo IV, DEMSA, Lima, Perú, 2013, pg. 316.

VIGÉSIMO SÉTIMO: El tipo penal antes mencionado establece una limitación del lugar donde se puede dar la afectación al medio ambiente, como son los bosques u otras formaciones boscosas que sean naturales o plantaciones.

El tipo penal no precisa el origen de la competencia de la autoridad que a de emitir las autorizaciones o permisos. Por lo tanto, a efectos de su configuración, interesa la competencia de la autoridad, mas no su fuente. De ahí que ésta puede provenir de las distintas disposiciones normativas en sus diferentes grados; es decir, de rango constitucional, Ley, Decretos Supremos, entre otros. Lo importante es que se trate de una disposición que, uólidamente, dote de competencia a la autoridad para emitir una autorización, permiso, u otro documento facultativo.

El tipo penal señala un número cerrado *-numerus clausus-* de actos administrativos, típicos para la configuración del delito, que son cuatro: Permiso, Autorización, Licencia, o Concesión¹⁵. Pudiendo, según sea el caso, configurarse el delito con la sola ausencia de cualquiera de dichos documentos, pese a contar con otros. **Ejemplo:** Se puede tener la **concesión** de un territorio -título que adjudica áreas del Estado a favor de un tercero-, pero no con la **autorización** de cambio de uso de tierra, título que facultaría al tercero a modificar el territorio adjudicado para otro fin.

VIGÉSIMO OCTAVO: Teniendo conocimiento de los permisos que se necesitan para el desarrollo de ciertas actividades en el medio ambiente con el fin de evitar la contaminación o destrucción ambiental, resulta necesario precisar que la autorización de desbosque, y la autorización de cambio de uso de tierra, en la legislación pasada (Ley N° 27308) y en la vigente (Ley N° 29763) tienen diferente regulación, evidenciando que son actos administrativos diferentes e independientes:

15 **Permiso.-** Es el acto de naturaleza administrativa mediante el cual la Autoridad Forestal y de Fauna Silvestre otorga derechos para el aprovechamiento forestal con fines comerciales o industriales en tierras de propiedad privada, bosques secundarios y de plantaciones forestales y en bosques locales. **Autorización.-** Es el acto de naturaleza administrativa mediante el cual la Autoridad Forestal y de Fauna Silvestre otorga el derecho al titular, para el aprovechamiento sostenible de los bosques secos de la costa; para el establecimiento de especies forestales en viveros con fines de propagación, comercialización y conservación o con fines culturales; para el manejo y aprovechamiento de fauna silvestre en zoológicos, centros de rescate y centros de custodia temporal; el cambio de uso de tierras de aptitud agropecuaria de la selva; y, para la extracción de recursos forestales y de fauna silvestre con fines de investigación científico cultural (**Artículo 3° del Reglamento de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre, aprobado mediante Decreto Supremo N°014-2001-AG**).<http://www.osinfor.gob.pe/osinfor/permisos-y-autorizaciones/>. Actualmente se encuentran regulados a lo largo de los artículos 39 (Títulos habilitantes) y 40 (actos administrativos que no constituyen títulos habilitantes) del reglamento para la gestión forestal, decreto Supremo N° 018-2015 - MINAGRI.

Así, la **Autorización de desbosque** a titulares de operaciones y actividades distintas a la forestal, se regulaban por el artículo 17 de la Ley N° 27308, por el artículo 76 del D.S. N° 014-2001-AG; por la Ley N° 27446 y el artículo 3 del D.S. N° 002-2003-AG, actualmente es por el artículo 36 de la ley N° 29763; y el caso de la **Autorización de cambio de uso** de tierras con cobertura boscosa y que tengan aptitud agropecuaria, en selva y ceja de selva se encontraba previsto por el D.S. N° 014-2001-AG, artículo 287 y el D.S. N° 010-2009-AG; y actualmente en el artículo 38 de la ley N° 29763. En dicho sentido, si bien se cuenta con un título de adjudicación, uno de cambio de uso de tierra, debe poseerse asimismo un título que faculte el desbosque.

VIGÉSIMO NOVENO: Precisado lo anterior debemos resaltar que sea cual fuese el delito que se impute en materia ambiental u otra, al estar en el marco de un proceso de derecho penal, el cual actúa siempre en *ultima ratio*, dada la fuerte intromisión que puede ocasionar en los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la libertad -de darse una sentencia condenatoria, con sanción de prisión privativa de la libertad-, debe regirse bajo los principios de certeza y seguridad jurídica. En ese sentido, el principio que rige el derecho penal como anteriormente se señaló es el *in dubio pro reo*, es decir, para determinar la concurrencia del delito y más aún la responsabilidad penal del sujeto imputado se necesita certeza (suficientes elementos probatorios que desvirtúen el derecho constitucional de presunción de inocencia), de lo contrario se absolverá por duda razonable.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

- I. **FUNDADO** el recurso de casación de oficio en el proceso que se sigue contra Héctor Eduardo DONGO MARTÍNEZ y Carlos Alberto MARCOS CASTRO por la comisión del delito contra los Recursos Naturales, en la modalidad de atentado contra los bosques o formaciones boscosas en agravo del Estado.
- II. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial, los fundamentos jurídicos **QUINTO A DÉCIMO SEXTO, Y VIGÉSIMO QUINTO A VIGÉSIMO OCTAVO** de la presente ejecutoria, los cuales se refieren a la regulación de la casación de oficio, la aplicación del principio precautorio (derecho ambiental) y principio in dubio pro reo (Derecho Penal), así como la precisión de los elementos objetivos del tipo penal regulado en el artículo 310 del Código Penal.
- III. **ORDENARON** se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el diario oficial EL Peruano, de conformidad con lo previsto en el numeral tres

del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber.

SS.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

LA CASACIÓN DE OFICIO EN LA RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CASACIÓN N° 389-2014-SAN MARTÍN

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: ALEXANDER GERMÁN SÁNCHEZ TORRES¹

1. SUMILLA:

Un tema que genera una serie de preguntas y que origina mucha controversia se dio con la emisión de la Casación N° 389-2014-San Martín, en el que, en términos generales, se estableció la casación de oficio, tema que será abordado desde una perspectiva crítica, relacionándolo con los principios generales que rigen la impugnación, a efectos de aproximarnos a una respuesta. Sin embargo, antes de ingresar a analizar la casación de oficio es indispensable tocar los aspectos generales de la casación.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA CASACIÓN

2.1. Concepto de casación

No es fácil definir el recurso de casación pues no se hallaría puntos de encuentro entre los diversos ordenamientos jurídicos²; empero, una primera aproximación nos permite señalar que es un medio de impugnación de carácter extraordinario, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo, como más alto órgano jurisdiccional del Poder Judicial, recurso que puede ser interpuesto solamente contra las resoluciones recurribles previstas en la ley y por los motivos taxativamente establecidos en ella. El fin esencial de la existencia de la casación es proteger el derecho fundamental de las personas a la igualdad en la aplicación de la ley³.

El recurso de casación cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Supremo, es un recurso extraordinario, devolutivo, suspensivo, que procede contra sentencias y autos definitivos, en los términos establecidos por la Ley Procesal⁴. Es un medio de impugnación extraordinario, que conoce el Tribunal Supremo, que se interpone exclusivamente por los motivos tasados en la ley y contra las resoluciones judiciales expresamente previstas en ella⁵.

1 Magister en Derecho Penal PUCP y Secretario de Confianza de Juez Supremo.

2 GARBERÍ LLOBREGAT, *Apelación y casación en el Proceso Civil*, p. 159.

3 GARBERÍ LLOBREGAT, *Apelación y casación en el Proceso Civil*, p. 159. En similar sentido, NEYRA FLORES, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, p. 619.

4 Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, *Recurso de Casación y de revisión penal. Control de la presunción de inocencia*, p. 61.

5 GUZMAN FLUJA, *El recurso de Casación civil*, p. 13. En igual sentido, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 910.

2.2. Notas esenciales

De la definición del recurso de casación podemos extraer 4 notas esenciales:

- A.** SU CARÁCTER EXTRAORDINARIO. Porque está limitado a los supuestos de las resoluciones recurribles en casación: objeto impugnables⁶, y a las causales legalmente previstas que limitan su admisibilidad. El Tribunal de Casación solo asume el conocimiento del recurso de casación en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el casacionista (artículo 432.1 del CPP de 2004), por ello se trata de un recurso limitado⁷.
- B.** SU CARÁCTER DEVOLUTIVO. Es el acto de elevación del expediente a la instancia inmediatamente superior para que los agravios propuestos sean resueltos por el Tribunal de Casación⁸. En este caso le corresponde a la Corte Suprema la competencia del recurso de casación por ser el órgano superior al que emitió el auto o sentencia recurrida.
- C.** SU CARÁCTER NO SUSPENSIVO. La interposición del recurso de casación no impide la ejecución provisional de la resolución impugnada, incluso las de libertad. El recurso de casación tiene un carácter extensivo en lo favorable, siempre y cuando los no recurrentes se encuentren en idéntica situación jurídica que la persona que interpuso el recurso de casación⁹.
- D.** Si bien el recurso de casación tiene lugar a pedido de parte, de ahí su función parciaria, pues mediante él las partes defienden sus derechos e intereses legítimos –*ius litigatoris*–, la función más relevante es la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: nomofláctica, y unificadora de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación judicial del derecho –*ius constitutionis*: defensa del derecho objetivo¹⁰.

2.3. Objeto impugnables

El artículo 427 del CPP de 2004 estipula cuáles son las resoluciones recurribles en casación. La admisibilidad objetiva se circunscribe a: **1.** Las sentencias definitivas; **2.** Los autos de sobreseimiento; **3.** Los autos que ponen fin al procedimiento o extingan la acción penal; y **4.** Los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena. En todos estos casos las decisiones han de haber sido expedidas en apelación por la Corte Superior (art. 427. 1 del CPP de 2004). Siempre se debe tratar de resoluciones de vista (autos y sentencias).

6 NIEVA FENOLL, *El hecho y el Derecho de la Casación penal*, p. 75.

7 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 711.

8 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 745.

9 GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, p. 745.

10 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 712.

Lo expuesto en el artículo 427.1 del CPP de 2004 es una regulación **numerus clausus** que no permite la extensión a otros supuestos. Es la regla. Se trata de una casación ordinaria. La casación ordinaria tiene dos limitaciones: la primera determina que el delito objeto de imputación inicial o de acusación tiene que tener en su extremo mínimo una pena conminada mayor a 6 años de pena privativa de la libertad (artículo 427.2.a y b del CPP de 2004)¹¹. El otro presupuesto objetivo, se refiere a la responsabilidad civil (reparación civil): cuando en la sentencia se fije un monto superior a cincuenta unidades de referencia procesal o, en su caso, el objeto de restitución no pueda ser valorado económicamente (artículo 427.3 del CPP de 2004).

Esta regla tiene una excepción, que se encuentra contemplada en el artículo 427.4 del CPP de 2004: se trata de la denominada casación excepcional.

2.4. Motivos de casación

Existen cuatro modalidades de casación y siete variedades, siempre en régimen de **numerus clausus**:

1. Vulneración de preceptos constitucionales materiales o procesales, que presenta, a su vez, tres variedades: por inobservancia, por indebida o errónea aplicación, y por ausencia o ilogicidad de la motivación.
2. Quebrantamiento de forma, que presenta, a su vez, dos variedades implícitas: vicios por defecto de tramitación y vicios por defectos estructurales de la resolución.
3. Infracción de ley material, que presenta, a su vez, dos variedades de vicios in iuris: inobservancia de ley y errores en la aplicación de la ley.
4. Infracción de doctrina jurisprudencial.

Inobservancia es no solo no aplicación, sino también aplicación errónea: la diversa formulación de los números 1, 2 y 3 del artículo 429 del CPP de 2004 (inobservancia, indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación) es meramente casual. Todos ellos, como dice De la Rúa, quedan comprendidos en el concepto de violación de la ley. Comprende, por tanto: falta de aplicación de la norma jurídica, aplicación de una norma a una hipótesis no contempladas en ella, a la abierta desobediencia o trasgresión a la norma, y en general todos los errores de derecho que constituyan el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado. En materia procesal la inobservancia se traduce en una contravención al comportamiento exterior que el juez o las partes debían observar al cumplir su actividad¹².

11 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 718.

12 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 724.

3. COMENTARIOS AL AUTO Y SENTENCIA DE CASACIÓN N° 389-2014

3.1. La Casación N° 389-2014

Mediante Ejecutoria Suprema, de 23 de febrero de 2015, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación planteado por el actor civil César Hernán Soria Viena, por las causales previstas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 429 del CPP de 2004, y de oficio “bien concedido” el recurso de casación, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

El Supremo Tribunal fundamenta su decisión en que si bien la casación interpuesta es inadmisibile porque no supera la *summa poena*, también lo es que el recurso de casación de oficio contemplado en el art. 432.1 del aludido Código Procesal, faculta al Tribunal Supremo a casar ciertas resoluciones que pueden devenir en inadmisibles, en razón de tener interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial (ver Cuarto Fundamento Jurídico). El interés casacional radica en fijar la doctrina jurisprudencial respecto de la interpretación del Principio Precautorio en materia ambiental –artículo VII de la Ley N° 28611– (ver quinto fundamento jurídico).

Deliberada la causa en secreto y votada, el Supremo Tribunal cumplió, el 7 de octubre de 2015, con pronunciar la sentencia de casación, y concluyó que la casación de oficio debe ser entendida como “una segunda casación excepcional”, toda vez que uno de sus fundamentos radica en el artículo 427.4 del CPP de 2004 (ver sexto fundamento jurídico) y procede cuando una casación excepcional o una casación ordinaria es interpuesta con defectos formales (por no cumplir con las disposiciones del artículo 430.1 del CPP de 2004 para el primer caso, y por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 430.3 del mencionado Código Procesal para el segundo caso), pero el Supremo Tribunal advierte que se configura alguna de las causales de casación contempladas en el artículo 429 del CPP de 2004, que denota una afectación grave a las garantías o derechos constitucionales de carácter procesal o material, por lo que decide admitirla y pronunciarse sobre el fondo, por el principio de *iure novit curia* (ver noveno fundamento jurídico).

Argumenta que una de las principales características de la casación de oficio es que procede a exclusiva “discrecionalidad” por parte del Supremo Tribunal, la misma que debe estar bien fundamentada (ver décimo fundamento jurídico) y que se promueve por interés del Tribunal Supremo, que busca, más allá del caso concreto, y las limitaciones formales del recurso, un pronunciamiento jurídico con dos fines principales: **i)** enriquecer la jurisprudencia, y **ii)** evitar que las malas interpretaciones, ambigüedades o vacíos legislativos puedan generar la vulneración de derechos o garantías constitucionales (ver décimo tercer fundamento jurídico).

Sostiene, finalmente, que “la audiencia de casación de oficio se llevará a cabo con o sin la presencia de las partes, a quienes se cita a fin que realicen las argumentaciones que considere, siempre garantizando ampliamente el ejercicio del derecho de defensa, pero a las cuales no puede obligárseles concurrir a una audiencia que si bien fue promovida por alguno de ellos, fue declarada inadmisibile la calificación de su recurso” (ver décimo quinto fundamento jurídico).

3.2. Concepto de casación de oficio

Conforme a lo expuesto, la casación de oficio se puede definir como la excepción a la regla, que se presenta cuando el Supremo Tribunal aborda causales distintas a las planteadas en el recurso de casación, situación que se pasa por alto la obligación de fallar *secundum petita*. Esta excepción opera: en primer lugar, frente al principio de limitación y, en segundo lugar, al carácter rogado del recurso, situaciones que impiden que el Tribunal de Casación se pronuncie por fuera del mismo o supere sus defectos, obligándolo a sujetarse en sus fallos a lo expuesto por el recurrente y fallar *secundum petita*¹³.

Los fines señalados obligan a la Corte Suprema a superar los defectos formales planteados en el escrito de casación, incluso el desistimiento no impide a la Corte Suprema, cómo órgano máximo de la jurisdicción ordinaria y guardián de la constitución, a enmendar irregularidades atentatorias contra los derechos fundamentales¹⁴.

En efecto, la casación de oficio u “oficiosa” es una casación excepcional que se justifica en tanto exista la necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial con efecto vinculante respecto a determinado contenido normativo, ya sea sustantivo o adjetivo. La casación de oficio difiere de la casación excepcional contemplada en el artículo 427.4 del CPP de 2004, en que el interés casacional no es planteado por el recurrente en su escrito de casación, sino es determinado por el Tribunal de Casación y su fundamento se encuentra contemplado en el artículo 432.1 del CPP de 2004, que establece que el recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso solo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, “sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso”¹⁵.

Es evidente que en la casación excepcional, el impugnante sabe que su recurso no se dirige contra las resoluciones establecidas para la casación ordinaria (artículo 427.1, 2 y 3 del CPP de 2004), por lo que argumenta cuál es la necesidad que tiene el Tribunal de Casación para

13 MORENO RIVERA, *La casación en la Ley 906 de 2004*, pp. 71-72.

14 MORENO RIVERA, *La casación en la Ley 906 de 2004*, pp. 71-72.

15 IBERICO CASTAÑEDA, *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 241.

el desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a un tema concreto¹⁶. Por el contrario, en la casación de oficio el casacionista puede haber planteado una casación ordinaria o extraordinaria, pero el Tribunal Supremo lo rechaza por diversos motivos: no se ajusta al material casable, no se ha invocado o fundamentado adecuadamente la causal adecuada o no se ha justificado el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, pero verifica que algunos temas planteados en el escrito de casación o situaciones que vulneran derechos fundamentales contenidas en la resolución impugnada, ameritan ser conocidos por el Supremo Tribunal, con la finalidad de desarrollar la doctrina jurisprudencial con efectos vinculantes¹⁷.

3.3. Análisis crítico de la casación materia de comentario

La casación materia de comentario entiende, que “el recurso de casación de oficio está previsto en el inciso 1 del artículo 432 del Código Procesal Penal”, artículo que señala que: “(...) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso” (ver quinto fundamento jurídico), aunque de manera contradictoria sostiene que “no se encuentra regulado en forma taxativa” (ver quinto fundamento jurídico). Más allá de que la Ejecutoria Suprema afirme que la casación de oficio se encuentra regulado en el acotado artículo del CPP de 2004 y luego sostenga lo contrario, el punto controvertido gira en torno a dos preguntas fundamentales: ¿cómo se debe entender el artículo 432.1 del CPP de 2004? y ¿en nuestra legislación es posible aplicar la casación de oficio?

El artículo 432.1 del CPP de 2004 textualmente expresa que: “el recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso solo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso”.

Existe consenso en entender que los primeros párrafos del mencionado artículo aluden a que la competencia del Tribunal de Casación se circunscribe a examinar la concepción causal del fallo, pero dentro de las causales o motivos de casación expresamente invocados por el recurrente¹⁸.

Se puede afirmar, por lo tanto, que la impugnación solo tiene lugar por las resoluciones recurribles en casación (art. 427 del CPP de 2004) y por las causales consagradas en el artículo 429 del CPP de 2004. Si el recurrente en su recurso de casación no ajusta su escrito a las causales normadas y a los contenidos valorativos que caracterizan e identifican cada causal, no procede la impugnación. Se prohíbe que el casacionista invoque causales no contempladas normativamente, como hacer pregonación de sustentos valorativos que no

16 IBERICO CASTAÑEDA, *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 242.

17 IBERICO CASTAÑEDA, *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 242.

18 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 713.

corresponde a los rigores de la casación¹⁹.

Queda claro que no existe mayor discusión en la interpretación de las primeras frases del artículo materia de comentario; sin embargo, el problema se presenta cuando se ingresa a analizar la siguiente frase: "(...) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso". Aquí surge otra interrogante: ¿al incorporar este párrafo el legislador tuvo como objetivo regular la casación de oficio?

La pregunta debe ser contestada de manera negativa, pues dicha regulación debe entenderse como un control de oficio, aplicable a las nulidades con defectos absolutos: artículo 150, primera frase, del CPP de 2004²⁰, que procede en casos extremos y comprobados, en que acredite la infracción del ordenamiento procesal, trascendencia del acto y la indefensión que se genera. La decisión anulatoria debe darse en un alto grado de certeza, de lo contrario ha de conservarse el *Statu quo ante*²¹. Es de precisar, que la anulación de oficio solo procede en caso de nulidades absolutas o insubsanables no advertidas por el recurrente, de relevancia constitucional y a favor de él (artículo 409.1 del CPP de 2004) –excepción al principio dispositivo–²². Entonces, y a partir de lo expuesto, resulta evidente que nuestro Código Procesal Penal no regula la casación de oficio.

Ahora bien, es de rigor contrastar la casación de oficio con los principios generales del recurso para poder determinar si en nuestra legislación es posible aplicar la casación de oficio²³.

En primer lugar, es indispensable señalar que el derecho al recurso se encuentra limitado en su ejercicio a su configuración y desarrollo legal en la legislación ordinaria; entonces, no es absoluto pese a que el derecho al recurso emana de la Constitución²⁴. Corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos –en el caso del recurso de casación sean declarados bien concedidos–, además de establecer el procedimiento que se debe seguir²⁵. Entonces, si solo se puede interponer los recursos expresamente previstos en la ley²⁶ y la casación de oficio “no se encuentra regulado en forma taxativa, ni se da mayor referencia cómo o cuándo debe aplicarse, ni bajo qué

19 PABÓN GÓMEZ, *De la casación y al revisión penal*, pp. 124-125.

20 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 790.

21 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 788.

22 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 651.

23 Cfr. SANCHEZ CÓRDOBA, “La casación de oficio: un buen primer paso”, p.45, Quien sostiene que el artículo 432. 1, del CPP de 2004, autoriza la casación de oficio. En igual sentido, BERNAL CAVERO, “Desarrollo de la doctrina jurisprudencial a través de la casación de oficio: la casación N° 389-2014-San Martín”, pp. 30-31.

24 YAIPÉN ZAPATA, *Recurso de casación Penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*, p. 141.

25 STC Exp. N.º 4235-2010-PHC/TC, de 11 de agosto de 2011.

26 IBERICO CASTAÑEDA, *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 81.

fundamentos se puede invocar²⁷, es evidente que no puede admitirse, de lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad.

En segundo lugar, en virtud del principio dispositivo: "Las partes, emitido el fallo, se adueñan del proceso delimitando las pautas de juego. Rige su voluntad, que condiciona la etapa de impugnación. Solo ellas pueden impugnar voluntariamente y según sus propias expectativas procesales"²⁸. La revisión o el reexamen de la resolución que se recurre solo tiene lugar cuando alguno de los sujetos legitimados interpone recurso. Consecuentemente, el reexamen de la sentencia o auto impugnado tendrá como límite la pretensión del impugnante²⁹. Este principio imposibilita al Tribunal de casación a exceder la propuesta formulada por el recurrente en su escrito de casación, por lo que queda prohibida la posibilidad de suplir, rectificar o complementar las inconsistencias, imprecisiones o falencias detectas, así como considerar las causales diferentes a las propuestas³⁰. De allí que la llamada congruencia recursal derive de este principio, por tal razón, el órgano superior solo puede pronunciarse con respecto a lo que es objeto o materia de impugnación³¹. No puede, entonces, prosperar la casación de oficio en virtud de este principio.

En tercer lugar, es un límite de la extensión del conocimiento del Tribunal revisor el principio de *tantum devolutum quantum appellatum*. Es en este aforismo que el Tribunal Superior encuentra su límite y decisión tanto en la sentencia o auto recurrido como en aquellos puntos cuestionados en la impugnación, esto es, en los motivos del agravio, aun cuando se advierta errores no planteados por el recurrente (art. 409.1 del CPP de 2004)³². Lo expuesto lleva a afirmar que la casación es un recurso limitado³³ debido a que el Tribunal revisor, para absolver el grado, solo puede conocer aquellos temas planteados por el recurrente y la única excepción en la que se puede pronunciar más allá de lo peticionado por el recurrente es el caso de las nulidades absolutas. Este principio también permite rechazar la casación de oficio.

En cuarto lugar, no cabe duda que los recursos deben plantearse conforme lo prescrito en el Código Procesal, lo que significa que solo pueden interponerse recursos legalmente establecidos y de conformidad a las reglas establecidas en la ley. El cumplimiento de las formalidades debe ser asumido por el recurrente –es su carga procesal–; su incumplimiento

27 Vid. Sentencia de Casación N° 389-2014-San Martín, de 7 de octubre de 2015.

28 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 650.

29 YAIPÉN ZAPATA, *Recurso de casación Penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*, p. 142.

30 MORENO RIVERA, *La casación en la Ley 906 de 2004*, p. 70.

31 YAIPÉN ZAPATA, *Recurso de casación Penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*, p. 142.

32 SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, p. 651.

33 ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, p. 466.

acarrea la declaración de inadmisibilidad o improcedencia³⁴. Esto significa que la casación debe cumplir con los presupuestos objetivos, subjetivos y formales, cuyo incumplimiento acarrea su inadmisibilidad. Otra causal de inadmisibilidad es recurrir una resolución que no sea recurrible en casación y por motivos no contemplados en la ley, conforme lo estipula el artículo 428.1.a.b.c del CPP de 2004. En suma, es contradictorio tener un recurso de oficio, pues el recurso es un pedido de parte procesal para que una resolución adversa pueda ser revisada³⁵. En efecto, “no se trata, por consiguiente, de una impugnación de oficio inaceptable jurídicamente y no contemplada en nuestro sistema procesal penal: una cosa es el carácter rogado del recurso de casación (artículo 404 del Código Procesal Penal), que es de la esencia de todo medio de impugnación, y otra es la potestad de la Sala de Casación de trascender al motivo admitido y pronunciarse sobre ‘...las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso’ (artículo 432 numeral 1 del Código Procesal Penal)”³⁶. En otras palabras, por regla general, “en sede de casación no existe una revisión oficiosa del fallo recurrido, porque la valoración de la sentencia se circunscribe a los cargos planteados por el casacionista”³⁷.

Por otro lado, el Tribunal Supremo acude al principio *iure novit curia* para pronunciarse por la casación de oficio. Es cierto que el Supremo Tribunal puede desvincularse (por imperio del mencionado principio) de los motivos alegados por el recurrente –no es posible declarar inadmisibile el recurso de casación cuando la motivación del recurso interpuesto por el recurrente debe tener otro significado–³⁸. Sin embargo, no se puede invocar dicho principio fuera de los motivos de casación para casar una sentencia y estimar el recurso interpuesto pese a que el recurrente no lo invocara³⁹. Entonces, el Supremo Tribunal no puede casar una sentencia ni declarar bien concedido por motivos que el recurrente “no quiso impugnar”⁴⁰.

Comentario aparte, y que guarda relación con el tema materia de análisis, merece lo afirmado por la sentencia en el extremo que señaló que la audiencia de casación de oficio puede llevarse a cabo con o sin la concurrencia de las partes, criterio que lo asemeja con lo resuelto por la Corte Suprema colombiana (ver décimo quinto fundamento jurídico). Sobre este punto debemos precisar que la misma Sentencia de casación materia de comentario afirmó “que en la regulación de la casación oficiosa en Colombia, no se celebra una audiencia de casación, por considerarlo innecesario”. Lo expuesto nos lleva a dos conclusiones: **i)** que la

34 IBERICO CASTAÑEDA, *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, p. 82.

35 Cfr. CHINCHAY CASTILLO, “Sobre la necesidad de protagonismo ante todo problema jurídico habido y por haber. Para que el recurso sea recurso tiene que ser recurso (o el intento de buscarte cinco pies al gato)”, p. 12.

36 Auto de calificación de casación N° 799-2017/Callao, de 8 de setiembre de 2017.

37 Casación Penal de Colombia N° 365-2016, de 26 de octubre de 2016.

38 Cfr. GUZMAN FLUJA, *El recurso de Casación civil*, p. 133.

39 GUZMAN FLUJA, *El recurso de Casación civil*, p. 129.

40 GUZMAN FLUJA, *El recurso de Casación civil*, p. 134.

casación de oficio se encuentra regulado en la legislación colombiana; y **ii)** que si no se cita a una audiencia en la casación de oficio es porque así se encuentra normado en Colombia. Es cierto que no es posible obligar a concurrir a alguna de las partes cuando el escrito de casación que planteó fue declarado inadmisibile mediante auto de calificación, pero también es verdad que no es posible realizar un análisis y hacer suya propuestas a partir de la legislación comparada (legislación colombiana) cuando, como hemos señalado, nuestra legislación nacional no regula la casación de oficio ni permite la instalación de audiencia sin presencia de las partes recurrentes. Así lo entendió el artículo 431.2 del CPP de 2004 al señalar que: “la audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada (...) de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación”.

Por lo demás, es claro que cada ordenamiento jurídico tiene su propia fisonomía, por tanto, es imposible utilizarlos por analogía, ni resulta factible aplicarlo a supuestos que no se encuentren previstos en la Ley⁴¹. En consecuencia, queda concluir que no es posible que la audiencia de casación se lleve a cabo sin la concurrencia de las partes.

4. CONCLUSIONES

4.1. La casación de oficio es la excepción a la regla y se presenta cuando el Supremo Tribunal aborda causales distintas a las planteadas en el recurso de casación, situación que se pasa por alto la obligación de fallar *secundum petita*. Se justifica en tanto exista la necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial con efecto vinculante respecto a determinado contenido normativo, ya sea sustantivo o adjetivo.

4.2. La casación de oficio difiere de la casación excepcional en que el interés casacional no es planteado por el recurrente en su escrito de casación, sino es determinado por el Tribunal de Casación y su fundamento se encuentra contemplado en el artículo 532.1 del CPP de 2004 que establece que el recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso solo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.

4.3. En la casación de oficio el casacionista puede haber planteado una casación ordinaria o extraordinaria, pero el Tribunal Supremo lo rechaza por diversos motivos: no se ajusta al material casable, no se ha invocado o fundamentado correctamente la causal adecuada o no se ha justificado el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, pero verifica que algunos temas planteados en el escrito de casación o situaciones que vulnere derechos fundamentales

41 YAIPÉN ZAPATA, *Recurso de casación Penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*, p. 143.

contenidas en la resolución impugnada, ameritan ser conocidos por el Supremo Tribunal, con la finalidad de desarrollar la doctrina jurisprudencial con efectos vinculante.

4.4. La siguiente frase: “(...) sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso” debe entender como un control de oficio, aplicable a las nulidades con defectos absolutos: artículo 150, primera frase, del CPP de 2004 que procede en casos extremos y comprobados, en que acredite la infracción del ordenamiento procesal, trascendencia del acto y la indefensión que se genera. Solo procede en caso de nulidades absolutas o insubsanables no advertidas por el recurrente, de relevancia constitucional y a favor de él (artículo 409.1 del CPP de 2004).

4.5. Nuestra legislación nacional no regula la casación de oficio ni permite la instalación de audiencia sin presencia de las partes recurrentes. Así lo entendió el artículo 431. 1 y 2 del CPP de 2004.

13

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 413-2014
LAMBAYEQUE

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, siete de abril de dos mil quince.-

VISTOS; el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Homero Gonzalo Duárez Sáenz contra la sentencia de vista de fojas quinientos veinte, del dieciocho de marzo de dos mil catorce, que declaró nula la sentencia de fojas doscientos ochenta y uno, del once de noviembre de dos mil trece, que lo absolvió de la acusación fiscal formulada por la comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de parricidio, en agravio de María Del Carmen Requejo Chanamé. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I.- ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: Al encausado Homero Gonzalo Duárez Sáenz se le inculpó como coautor por delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de parricidio, en agravio de María Del Carmen Requejo Chanamé. En la etapa de Juggamiento, el Ministerio Público formuló requerimiento acusatorio complementario para que se le juzgue como cómplice primario, petición amparada por el Juggado Penal Colegiado por resolución del dieciocho de octubre de dos mil trece, tal como se aprecia del acta de registro de audiencia de juggamiento de fojas doscientos setenta y dos [*véase cuaderno de debate*].

SEGUNDO: En el curso del Juicio de primera instancia el Juggado Penal Colegiado Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque por sentencia de fojas doscientos ochenta y uno, del once de noviembre de dos mil trece, absolvió a Homero Gonzalo Duárez Sáenz de los cargos formulado por el Ministerio Público como coautor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de parricidio, en agravio de María Del Carmen Requejo Chanamé.

TERCERO: Contra la referida sentencia, la Parte civil *-ver fojas cuatrocientos dieciséis-* y el Ministerio Público *-ver fojas cuatrocientos treinta y ocho-* interpuso recurso de apelación;

emitiéndose el auto de fojas cuatrocientos cuarenta y siete, del veintiuno de noviembre de dos mil trece, concediendo dicha impugnación a favor de la Parte Civil y declaró inadmisibles por extemporáneo la impugnación del representante del Ministerio Público.

II.- TRÁMITE IMPUGNATIVO EN SEGUNDA INSTANCIA.

CUARTO: El Superior Tribunal, culminado la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas quinientos once, del veinte de enero de dos mil catorce *-del cuaderno de debate-*, y realizada la audiencia de apelación, cumplió con emitir y leer en público la sentencia de vista de fojas quinientos veinte, del dieciocho de marzo de dos mil catorce *-del cuaderno de debate-*.

QUINTO: La sentencia de vista declaró nula la sentencia de primera instancia que absolvió a Homero Gonzalo Duárez Sáenz de los cargos formulados como coautor del delito de parricidio, en agravio de María del Carmen Requejo Chanamé.

III.- TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN.

SEXTO: Leída la sentencia de vista, el imputado Homero Gonzalo Duárez Sáenz interpone recurso de casación mediante escrito de fojas quinientos treinta *-del cuaderno de debate-*, e introdujo como motivo el desarrollo de doctrina jurisprudencial en relación al principio de congruencia procesal, la legitimidad del actor civil para activar una persecución penal cuando el Ministerio Público no apela una absolución y el derecho de defensa en la audiencia de apelación.

SÉTIMO: Declarado inadmisibles el recurso de casación por la Sala de Apelaciones, mediante auto de fojas quinientos cuarenta y seis, del diecinueve de mayo de dos mil catorce, el encausado Homero Gonzalo Duárez Sáenz interpone queja de derecho ante esta Suprema Corte de Justicia de la República contra la precitada resolución.

OCTAVO: Declarado fundado el recurso de queja de derecho por resolución de fojas quinientos ochenta, del catorce de julio de dos mil catorce, se elevó la causa a este Supremo Tribunal.

NOVENO: Cumplido el trámite de los traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas setenta y ocho, del diez de noviembre de dos mil catorce *-del cuadernillo de casación-* admitió a trámite el recurso de casación para determinar la infracción al principio de congruencia recursal, la legitimidad del actor civil para activar una persecución penal cuando el Ministerio no impugna una sentencia absolutoria y el ejercicio de derecho de defensa en la audiencia de apelación y, además, entendió que debía desarrollarse doctrina jurisprudencial respecto de dichos temas.

DÉCIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública *-con las partes que asistan-* se realizará por la Secretaría de la Sala, el martes cinco de mayo de dos mil quince a horas ocho y treinta de la mañana.

IV.- AGRAVIOS DEL RECURSO DE CASACION

DÉCIMO SEGUNDO: La defensa del encausado Duárez Sáenz fundamenta su recurso de casación a fojas quinientos treinta, esgrimiendo que: i) el artículo 95.1 literal d) del CPP le otorga al agraviado, por ende, al actor civil el derecho de impugnar una sentencia absolutoria, pero esta apelación debe estar referida únicamente a lo que es propio de su legitimidad procesal, esto es, la acción civil por los daños producidos; ii) el ejercicio de la acción penal es monopolio del Ministerio Público, por tanto, el actor civil puede impugnar una sentencia absolutoria, pero únicamente para discutir la existencia de un daño indemnizable; iii) la acción penal fue decidida por el Juzgado Colegiado de forma firme (por no haber apelado el representante del Ministerio Público), de manera tal, que no es posible variar de pronunciamiento por medio del ejercicio, por vía apelación, del actor civil; iv) la sentencia de vista ha violado el carácter firme de la sentencia absolutoria en su extremo penal, pues el Ministerio Público, titular exclusivo de la acción penal, consintió la absolucón; v) la sentencia de vista declaró la nulidad de la sentencia absolutoria alegando que el Juzgado Colegiado no valoró la prueba consistente en el reporte de llamadas telefónicas entrantes y salientes y de las celdas respectivas, de los teléfonos celulares de la agraviada [979932595] y el encausado [970959107], indicando que tal documental era importante para establecer la real ubicación del acusado momentos previos o durante el tiempo en que se habría producido el hecho delictivo; sin embargo, considera que aquella resulta impertinente e inconducente para probar un acto de participación en el delito, pues lo único que ese reporte probaría es la ubicación aproximada con base en las celdas receptoras de las llamadas celulares, pero no lo que se hacía en ese momento; vi) existe una manifiesta violación al principio de correlación entre la acusación y la sentencia porque se exige que el Juzgado Colegiado valore un reporte de llamadas telefónicas que no tiene ninguna relación con la tesis fáctica del Ministerio Público, ya que no tiene virtualidad de probar algo nuevo en términos de participación en el deceso de la occisa; vii) el actor civil interpuso recurso de apelación, sin embargo, ni su escrito de impugnación ni en la exposición realizada durante la audiencia de apelación, mencionó la prueba consistente en el reporte de llamadas entrantes y salientes y de las celdas respectivas, de los teléfonos celulares de la agraviada [979932595] y el encausado

[970959107], tampoco, aludió a la real ubicación del imputado momentos previos o durante el tiempo en que se habría producido el hecho delictivo como sustento de sus agravios; viii) los integrantes de Sala de Apelaciones y el representante del Ministerio Público que intervinieron en la audiencia de apelación, no hicieron mención al reporte de llamadas telefónicas; y, ix) la defensa absolvió el traslado de todos los puntos alegados como agravios por el actor civil en su recurso de apelación; no habiéndose efectuado ninguna observación ni planteado nada referido al informe de reporte de llamadas telefónicas, lo cual lesiona de forma insubsanable el derecho de defensa; por consiguiente, pretende que se establezca si un Tribunal Superior puede, en un proceso acusatorio de corte garantista, resolver sin haber dado la posibilidad a la defensa técnica de pronunciarse sobre el punto que es decisivo en la decisión judicial sobre el fondo.

V.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO FACTICO.

DÉCIMO TERCERO: La sentencia de vista de fojas quinientos veinte, del cuaderno de debate, del dieciocho de marzo de dos mil catorce, en su fundamento sétimo, sostiene lo siguiente: *"(...) pese a que el Ministerio Público ofrecía, entre las pruebas de cargo el reporte de llamadas entrante y saliente y de las celdas respectivas, de los teléfonos celulares, tanto de la agraviada [979932595] como del acusado [970959107], tal documental no ha sido objeto de análisis y valoración de parte del A quo, a fin de establecer la real ubicación del acusado en los momentos previos y durante el tiempo en que se habría producido el hecho delictivo, en horas de la mañana del seis de enero de dos mil once, máxime si el acusado ofreció en su descargo una pericia de parte para explicar aspectos técnicos de la comunicación celular y ubicación del móvil (...) cuestión que merece ser debatida y analizada prolijamente, dada la transcendencia de tal medio de prueba respecto de la imputación de coautoría en el delito (...)".*

DÉCIMO CUARTO: Tal delimitación implicó que el Tribunal de Revisión centrara su censura en el reporte de llamadas telefónicas entrantes y salientes y de las celdas respectivas, de los teléfonos celulares, de la agraviada [979932595] y el encausado [970959107], lo cual no ponía en cuestión las partes procesales, y pese a que, precisamente, ese no era el ámbito estricto del recurso de apelación, se declaró nula la sentencia absolutoria.

VI.- DELIMITACION DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO.

DÉCIMO QUINTO: Conforme ha sido establecido en la Ejecutoria Suprema de fojas setenta y ocho, del diez de noviembre de dos mil catorce -del cuaderno de casación-, el motivo de casación admitido es para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, específicamente referidos a la legitimidad del actor civil para activar una persecución penal cuando el Ministerio Público no impugnó una sentencia absolutoria, principio de congruencia recursal y el ejercicio de defensa en la audiencia de apelación.

A.- DE LAS FACULTADES DEL ACTOR CIVIL Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO.

DÉCIMO SEXTO: El derecho a impugnar está consagrado por el inciso sexto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, que preceptúa como garantía del debido proceso, la pluralidad de instancia en cualquier proceso jurisdiccional o administrativo; sin embargo, la normatividad legal que regula estos procesos, en nuestro caso, el Código Procesal Penal, señala a los sujetos procesales legitimados para que este derecho pueda ser ejercido.

DÉCIMO SÉTIMO: El artículo ciento cuatro del Código Procesal Penal establece que las facultades del actor civil son: *deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé*; correspondiendo precisar que sin perjuicio de aquellos derechos, también le son atribuidos los derechos que le asiste al agraviado; así, tenemos que el artículo noventa y cinco de la citada norma señala como derechos -entre otros en su inciso d)- impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

DÉCIMO OCTAVO: De lo anotado precedentemente, se tiene que existe una definición clara del rol protagonista que le corresponde al actor civil. Esta línea jurisprudencial se plasma en la **Casación N° 353-2011-Arequipa**, del cuatro de junio de 2013, que en su fundamento jurídico 4.5, señala que: *"(...) el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actúe con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión (...)"*; por consiguiente, no existe duda que al actor civil le asiste el derecho de apelar en resguardo de sus intereses, pues bajo ese contexto está legitimado para impugnar la sentencia absolutoria.

DÉCIMO NOVENO: De otro lado, habiéndose establecido que si es facultad del actor civil el recurrir una sentencia absolutoria, queda por establecer si existe legitimidad del actor civil para activar una persecución penal cuando el Ministerio Público no impugna una sentencia absolutoria.

VIGÉSIMO: Al respecto, debe precisarse que el Tribunal Constitucional en el expediente número dos mil cinco - dos mil seis -PHC/TC, señala que: *"(...)La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin. (...) Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del*

Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo (...)”.

VIGÉSIMO PRIMERO: Estando a lo expuesto, se debe tener en consideración que emitida una sentencia absolutoria, y leída la misma en audiencia pública o privada (según el caso), cuando el único impugnante sea el actor civil, y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma, deberá verificarse si, el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación, reitera su conformidad con la sentencia absolutoria.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que la Sala de Apelaciones no tiene más que confirmar la absolución; toda vez que, el inciso cinco del artículo ciento cincuenta nueve de la Constitución Política del Estado, establece que corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, mientras que el artículo catorce del Decreto Legislativo número cero cinco dos, de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba, y el artículo once de la precitada norma regula que el titular de la acción penal es el representante del Ministerio Público; aunado a ello, se debe tener presente que el artículo quinto de la Ley Orgánica aludida, establece la autonomía del Ministerio Público y preceptúa que están jerárquicamente organizados y deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

VIGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, este Supremo Tribunal considera que no puede sostenerse el cumplimiento del principio acusatorio cuando el Fiscal Superior en la audiencia de apelación -sin tener la condición de impugnante, sino parte del proceso- discrepa con la sentencia absolutoria emitida en primera instancia; en tal situación, el Tribunal de Apelación esta expedito para analizar el fondo del asunto en los términos de los agravios expresados por las partes procesales recurrentes en su escrito impugnatorio.

B. CAPACIDAD NULIFICANTE DE LA SALA Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA RECURSAL.

VIGÉSIMO CUARTO: El artículo cuatrocientos nueve del Código Procesal Penal, dispone la competencia del Tribunal Revisor en los siguientes casos: ***“(…)1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. 2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas. 3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución***

aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio (...)". En tal sentido, se tiene que la mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor.

VIGÉSIMO QUINTO: La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar dos garantías básicas del proceso penal. La primera es el derecho de defensa, pues si el Tribunal Revisor modifica, sea aumentando o retirando parte de los actos procesales no impugnados, deja en indefensión a una de las partes que no planteó sus argumentos antes que el pronunciamiento sea emitido. La segunda es el derecho a la seguridad jurídica, pues podría afectarse resoluciones que tienen el carácter de consentidas, lo que resulta sumamente lesivo para esta institución.

VIGÉSIMO SEXTO: La presente regla general tiene dos grandes excepciones. La primera, dispuesta por el art. 409 del C.P.P. en la segunda parte de su numeral 1, respecto a que se trate de actos procesales que tengan vicios que conlleven a una nulidad absoluta. La segunda es la declaratoria de nulidad de actos procesales conexos al objeto de impugnación. Ambos serán tratados en la siguiente sección.

VIGÉSIMO SÉTIMO: Asimismo, el art. 409 del C.P.P. en la segunda parte de su numeral primero, establece la excepción a la regla general antes mencionada. Esta excepción dispone que -incluso cuando no hubiere sido advertido por el impugnante- el Tribunal Revisor puede pronunciarse sobre puntos distintos al objeto de impugnación, si se trata de nulidades absolutas o sustanciales.

VIGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, debe precisarse que la nulidad de un acto procesal implica que el mismo se encontraba viciado y por tanto debe dejar de existir en el ordenamiento jurídico; y, en atención a la gravedad de la causal de nulidad es que se puede hablar de nulidades absolutas y de nulidades relativas.

VIGÉSIMO NOVENO: La diferencia entre ambos tipos radica en la gravedad del vicio que origina a la nulidad. Si se trata de vicios leves, los cuales naturalmente podrían ser susceptibles de convalidación, entonces nos encontramos frente a una nulidad relativa. Por el contrario, si nos hayamos frente a vicios muy graves, no convalidables, entonces nos encontraremos frente a la nulidad absoluta.

TRIGÉSIMO: El Código Procesal Penal define la nulidad absoluta en su art. 150, en los términos siguientes: "(...) a) *A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;* b) *Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;* c) *A la promoción de la acción*

penal y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución(...)". El criterio seguido en esta definición es que la protección de los derechos fundamentales es parte de la esencia del ordenamiento jurídico y, por tanto, labor del Magistrado. Entonces podemos señalar que una grave afectación a los mismos será entendible como un vicio grave que acarrea la nulidad del acto procesal que la originó.

TRIGÉSIMO PRIMERO: El Magistrado del Tribunal Revisor tiene la capacidad para declarar de oficio, una nulidad absoluta, incluso cuando la misma no sea parte del ámbito de impugnación, pues este tipo de nulidad puede conllevar a que otros actos procesales puedan ser viciados al ampararse en ella. Por tanto, atendiendo al rol de garante que cumple el Magistrado al interior del proceso penal, está facultado normativamente a intervenir en estos casos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: La segunda excepción, estrechamente vinculada al caso de las nulidades absolutas, es la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre aquellos actos procesales que no formaron parte de la impugnación presentada. En este sentido, a juicio de este colegiado, es posible un pronunciamiento del Tribunal Revisor más allá del objeto de impugnación, si se trata de una declaratoria de nulidad de oficio, y, exista actos procesales vinculados a que sea declarado nulo, los cuales -consecuentemente- también deben ser declarados nulos, por más que estos últimos no formen parte del objeto de la impugnación.

TRIGÉSIMO TERCERO: También cabe recordar que el ejercicio de la competencia del órgano jurisdiccional se encuentra sujeto a determinados límites, siendo uno de ellos, el principio dispositivo de los medios impugnatorios: **TANTUM DEVOLTUM QUANTUM APPELLATUM**, es decir, sólo puede pronunciarse acerca de los hechos alegados por las partes, siempre que estos hayan sido invocados. De acuerdo con las normas precitadas al resolver una apelación, el Tribunal de Mérito no puede fundamentar el fallo en temas que no han sido materia de contradicción oportuna ni alegados por los sujetos procesales, más aún si el Ministerio Público en lo atinente a la responsabilidad penal consistió tal extremo; pues caso contrario, se estaría violando el deber de congruencia, con repercusiones en el derecho de defensa de las partes.

TRIGÉSIMO CUARTO: Los agravios expresados en los recursos impugnatorios van a definir y delimitar el pronunciamiento del Tribunal Revisor, atendiendo al principio de congruencia recursal, concebido como encaje o ensamble entre lo impugnado y la sentencia, en el contexto de exigencia de concordancia o armonía que obliga establecer una correlación total entre los dos grandes elementos definidores: la expresión de agravios y la decisión

judicial; por tanto, la expresión de agravios determina las cuestiones sometidas a decisión de este Supremo Tribunal, estando vedado pronunciarse fuera del alcance de las pretensiones impugnativas que no fueron oportunamente planteadas, en tanto la congruencia es una exigencia lógica que está presente en todo el proceso, del que dimana que en el presente sólo se emitirá pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos, que fueron concedidos; toda vez que el libro IV del Código Procesal Penal, referido a la impugnación, otorga a los justiciables el modo, forma y plazo para fundamentar los concretos agravios que a su parecer le causó la resolución judicial que cuestiona, lo cual supone el señalar la insatisfacción total o parcial de cualquiera de sus pretensiones (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso; de ahí que, admitir y emitir pronunciamiento sobre nuevos agravios postulados con posterioridad a los expresados en el escrito de impugnación sería vulnerar el principio de preclusión y de igualdad que debe existir entre las partes en un proceso, pues significaría modificar el orden preestablecido de los actos procesales e incorporar nuevas peticiones o argumentos que no podrían ser contradichos por los otros sujetos procesales.

TRIGÉSIMO QUINTO: En tal sentido, las Salas de Apelaciones y los Tribunal Revisores deben circunscribir su pronunciamiento respecto a los agravios expresados en los recursos impugnatorios efectuados en el plazo legal y antes su concesorio y no los efectuados con posterioridad a ello, mucho menos, evaluar una prueba no invocada; pues de ocurrir ello, se está vulnerando el principio de congruencia recursal con afectación al derecho de defensa.

C. DERECHO DE DEFENSA EN LA AUDIENCIA DE APELACION.

TRIGÉSIMO SEXTO: El derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en ningún estado del proceso. Este derecho tiene una doble dimensión: *una material* referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y, *otra formal*, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (Cfr. STC N.º 06260-2005-HC/TC).

TRIGÉSIMO SÉTIMO: El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando a los titulares de los derechos e intereses legítimos se les impide ejercer los medios legales suficientes para su defensa; pero no cualquier imposibilidad de ejercer estos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. ***Este hecho se produce cuando al justiciable se le impide, de modo injustificado argumentar a favor de sus***

derechos e intereses legítimos (Exp. N.º 0582-2006-PA/TC; Exp. N.º 5175-2007-HC/TC, o entre otros)
-el resaltado es nuestro-

TRIGÉSIMO OCTAVO: El derecho de defensa en el proceso penal se constituye como un derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer al proceso a fin de responder con eficacia la imputación existente.

TRIGÉSIMO NOVENO: El derecho de defensa está regulado por distintos ordenamientos jurídicos en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales; así, en el numeral catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado de 1993, se establece como garantía de la Administración de Justicia, el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. Los numerales 1 y 3, literal b, del artículo 14 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** reconoce el derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa. En efecto: **1. (...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías (...) en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...). 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección**". Asimismo, el artículo 8 numeral 1, y el literal "c" numeral 2 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** también reconoce estas garantías, así: **"Artículo 8. Garantías judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa"**. La "defensa procesal" como garantía fundamental es reconocida por el artículo 11 numeral 1 de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, al expresar lo siguiente: **1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, con forme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El "aseguramiento de todas las garantías necesarias para su defensa" a la que alude la Declaración Universal de los Derechos Humanos, implica el otorgamiento de los medios adecuados para la preparación de la defensa.**

CUADRAGÉSIMO: El **Derecho de Defensa** en el nuevo Código Procesal Penal está regulado en el Art. IX del Título Preliminar, estableciendo que: Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que:

- **Se le informe de sus derechos.**
- **Se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra.**

- *Ser asistido por un abogado defensor de su elección o de oficio, desde que es citado o detenido por la autoridad.*
- *Se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa.*
- *Ejercer su autodefensa material.*
- *A intervenir en plena igualdad, en la actividad probatoria y en las condiciones previstas por la ley.*
- *A utilizar los medios de prueba pertinentes.*

En el mismo artículo se especifica que el ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala. Como se aprecia, el imputado tiene derecho a defenderse desde que se le hace la imputación, con el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso penal y siempre asistido de un defensor de su elección o defensor público; quien puede informarse de los cargos, intervenir en las iniciales diligencias de investigación, participar de las mismas, presentar pedidos, ofrecer la actuación de pruebas y demás posibilidades que la ley le permite en igualdad de condiciones.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: El artículo cuatrocientos veinticuatro del Código Procesal Penal, regula el desarrollo que debe seguir la audiencia de apelación; allí se expresa, entre otras cosas, que se dará oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como ratifiquen los motivos de la apelación.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: En tal sentido, es obligación de la parte recurrente esgrimir los agravios expresados en su escrito de fundamentación del recurso de apelación en la respectiva audiencia, para los efectos que la parte contraria pueda examinarla, discutirla o rebatirla en pleno ejercicio de su derecho de defensa, de esa manera no se le vulnerará sus derechos constitucionales y no se le dejará en indefensión.

VII.- ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS ANTES ESBOZADOS EN EL CASO CONCRETO.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Sobre la base de los fundamentos antes esgrimidos es necesario determinar si la sentencia de vista que declaró nula la sentencia absolutoria se ajusta o no a los criterios esbozados en los fundamentos jurídicos precedentes, específicamente sobre los puntos señalados por el imputado HOMERO GONZALO DUAREZ SUÁREZ.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Previo análisis sobre el particular, se debe acotar que en el caso autos se emitió sentencia absolutoria de fojas doscientos ochenta y uno, del once de noviembre de dos mil trece, el representante del Ministerio Público conforme se advierte del acta de audiencia de lectura de sentencia -fojas doscientos setenta y nueve-, luego de leída

la misma, interpuso recurso de apelación, el mismo que fundamentó por escrito de fojas cuatrocientos treinta y ocho, pero fuera del plazo establecido por ley, razón por la cual se emitió el auto de fojas cuatrocientos cuarenta y siete, del veintiuno de noviembre de dos mil trece, declarando inadmisibles por extemporáneas la referida impugnación; y elevados los autos a la Sala Superior, respecto del recurso de apelación del actor civil, llevándose a cabo la audiencia de apelación conforme el acta de audiencia oída, en la que se advierte que aun cuando no era parte recurrente el Fiscal Superior expresó en sus alegatos finales que la sentencia en cuestión debía ser declarada nula por transgresión del inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado respecto a la motivación de las resoluciones judiciales considerando que la sentencia absolutoria resultaba ser contradictoria.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: En ese sentido, el primer paso es delimitar el objeto de impugnación que determinará el ámbito de pronunciamiento del Tribunal Revisor en el caso concreto. Al respecto, podemos observar que el actor civil delimitó su impugnación contra la sentencia de primera instancia que absolvió a Homero Gonzalo Duárez Sáenz de la imputación por delito de parricidio, en agravio de María Del Carmen Requejo Chanamé. En efecto, el actor civil señala que la sentencia impugnada carecía de motivación suficiente, al no valorar adecuadamente la prueba testifical, construyendo una estructura lógica que no permitió condenar al imputado. Por tanto, el ámbito de pronunciamiento del Tribunal de Mérito, en principio, sólo se encontraba limitado a realizar un control de la precitada decisión judicial del Juez de Primera instancia expresada en el cuestionamiento de la prueba testifical; sin embargo, la sentencia de vista del dieciocho de marzo de dos mil catorce, obrante a fojas quinientos veinte, centró su decisión en el reporte de llamadas telefónicas entrantes y salientes y de las celtas respectivas de los teléfonos celulares de la agraviada y el encausado, motivo por el cual declara nula la sentencia de primera instancia, sin considerar que ese no fue el ámbito estricto del recurso de apelación por parte del actor civil.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Si bien el Tribunal Revisor tiene la facultad de revisar el fallo apelado, también lo es que ello debe circunscribirse al ámbito del recurso de apelación que se encuentra delimitado por el principio de congruencia recursal; por tanto, la utilización de un planteamiento que no fue objeto de contradicción en la audiencia de apelación constituye un argumento sorpresivo; más aún, si en el caso de autos, al ser preguntado el actor civil por la directora de debates si deseaba oralizar alguna prueba documental actuada en primera instancia, éste refirió que ninguna -ello se afirma luego de escuchar el audio que obra en autos-; asimismo, no se tuvo en cuenta lo preceptuado en el numeral dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, en el extremo que dispone que la Sala Penal sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada; en consecuencia, se evidencia

infracción al deber de congruencia; así como, vulneración del derecho de defensa a la parte no impugnante, pues correspondía a la Sala de Apelaciones circunscribirse únicamente al análisis de los agravios expuestos contra la resolución impugnada, conforme al principio TANTUM APELLATUM QUANTUM DEVOLUTUM derivado del principio de congruencia que orienta la actuación del órgano jurisdiccional, y que implica que al resolver la impugnación el órgano revisor sólo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el escrito de su propósito, ya que se considera que la expresión de agravios es como la acción (*pretensión*) de la segunda instancia.

CUADRAGÉSIMO SÉTIMO: Conviene destacar que en este proceso solo se concedió apelación al actor civil, y la audiencia de apelación discurrió sin aportación de prueba alguna por ninguna de las partes procesales; sin embargo, el Superior Jerárquico se pronunció sobre una prueba documental que no fue invocada en el recurso de apelación [reporte de llamadas entrantes y salientes], la misma que no pudo ser examinada, discutida o rebatida por el recurrente, siendo utilizada como motivo para anular el fallo absolutorio, desconociendo que sólo era materia de cuestionamiento la prueba testifical y no la documental; por tanto, el fallo de vista trascendió a materia que no fue objeto de contradicción en la audiencia de apelación, con lo cual extralimitó sus funciones al declarar nulo el fallo absolutorio, evidenciándose que dicho pronunciamiento no fue acorde ni congruente entre lo cuestionado por la Parte Civil y lo resuelto por la Sala Penal Superior; por lo que, dentro del marco de la ley se debe proceder a casar la sentencia de vista.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: De otro lado, en el caso de autos se verifica que no es de aplicación el principio acusatorio, en tanto que los representantes del Ministerio Público en dos instancias han discrepado con la sentencia absolutoria, no existiendo una uniforme comunicación pública de un desinterés en proseguir con la persecución penal; situación distinta sería el caso en que los representantes del Ministerio Público hubiesen mostrado su conformidad con la absolución y únicamente el actor civil hubiese sido el impugnante.

DECISIÓN

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado Homero Gonzalo Duárez Sáenz; fijando como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos décimo sexto al cuadragésimo segundo de la presente sentencia.

II. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista del dieciocho de marzo de dos mil catorce, obrante a fojas quinientos veinte, y, **SIN REENVIO** actuando como órgano de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que

absolvió Homero Gonzalo Duárez Sáenz de la imputación por delito de parricidio, en agravio de María Del Carmen Requejo Chanamé.

III. MANDARON que la presente sentencia sea publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal. Hágase saber

S.S.

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

LA LEGALIDAD DEL PROCESO IMPUGNATORIO CASACIÓN N° 413- 2014-LAMBAYEQUE

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

SUMILLA:

La Casación 413-2014, es equívoca, ha dado lugar a la práctica de un procedimiento no regulado por el CPP; así se habilita a la Fiscalía Superior a sostener un objeto punitivo, no obstante que este extremo quedó firme con la conformidad del Fiscal Provincial. Con ello se afectan varios principios, centralmente el principio de congruencia recursal, pues los Jueces Superiores se pronuncian respecto de un objeto penal no impugnado por la Fiscalía Provincial, utilizando como vehículo la pretensión impugnatoria del objeto civil interpuesta por el actor civil o al agraviado.

1. LA GARANTÍA DE LA LEGALIDAD PROCESAL RECURSAL

Configurado un conflicto punitivo se materializa una contradicción entre: **i)** el interés punitivo estatal expresado en la persecución punitiva y **ii)** el interés libertario expresado en la oposición o resistencia del imputado. Son intereses contrapuestos; por un lado, se pretende el castigo del imputado; por otro, el imputado resiste/opone al castigo. Este conflicto **debe** ser resuelto, en un Estado democrático de Derecho, en el marco de la ley procesal, configurada desde la Constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conforme a derecho, única forma legítima de resolver el conflicto punitivo. Así, la ley se erige en el límite al poder punitivo.

Sin embargo, el concepto poder punitivo presenta cierta indeterminación, y dado que su resultado se expresa materialmente en castigo y dolor del imputado, entonces existe necesidad de controlar su ejercicio para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad; empero, no se puede controlar lo etéreo, difuso o meras abstracciones; solo se controla lo que tiene definición o materialidad; de ahí la necesidad de determinar el modo como se configura el poder punitivo y su ejercicio. En efecto, el ejercicio del poder punitivo se concreta en actos específicos realizados por personas investidas de titularidad punitiva, que ejercen el cargo de fiscales y policías, y por personas investidas de jurisdicción para adjudicar castigo. Los operadores punitivos están vinculados -conforme a su rol- al ejercicio del poder punitivo y por ello expresan un interés punitivo estatal; pero, ese interés debe tener cobertura legal, para controlar el desborde del pulsante voluntarismo punitivo individual. Así se manifiesta

La dimensión de la ley procesal como límite garantía; y materializa la tensión entre la ley procesal como límite-garantía para controlar la pulsión del poder punitivo.

La toma de posición para asumir como postulado, que el principio de legalidad procesal opera como garantía límite, es central. En ese orden, es cuestionable pretender encontrar el fundamento y la ratio de la persecución punitiva en la ley procesal. La ley no es fundamento del proceso punitivo, la ley es su límite; la ley es garantía limitante del proceso punitivo. Esta es la opción constitucional, y por consecuencia, está prohibida la analogía fundamentada en la ley penal y en las normas que restrinjan derechos¹, pues la ley penal no es fundamento sino límite. En ese orden, el art VII numeral 3 del Título Preliminar del CPP, establece **La prohibición** de interpretaciones extensivas y de la analogía, precisamente porque la ley penal no es fundamento sino límite; la ley penal solo es fundamento si favorecen la libertad o los derechos del imputado². La ley procesal es una garantía central; es **un medio jurídico-institucional de Derecho Público que la Constitución y la ley contemplan para hacer posible el ejercicio controlado del poder punitivo y el ejercicio de los derechos y libertades de los imputados**.

La garantía de la ley procesal -legalidad procesal- es el medio por excelencia, que los operadores jurisdiccionales aplican para impartir castigo. La legalidad procesal modula la tensión contradictoria entre la pretensión punitiva y la resistencia libertaria del imputado. Opera como una garantía límite a la emotividad punitivista del operador penal, pues no se debe impartir castigo fuera de un límite legal como contexto de garantía. La emotividad de la “malas personas” o “buenas personas”, tienen un límite infranqueable en la garantía de la legalidad penal. Son ajenos al proceso penal, cualquier tipo de “emotividades punitivas”, “justicia mediática” “sentimientos de justicia colectiva”, “moralidades críticas” “creencias religiosas”, “justicia popular”, etc. Los jueces penales son nombrados para **decir derecho** conforme a ley procesal penal, no conforme a sus pulsiones o sentimientos intensificados por vivencias punitivistas, por más intensas que sean estas.

En síntesis, la garantía del principio de legalidad procesal se constituye en un estándar de racionalidad mínima para que los operadores punitivos decidan con seguridad. En ese orden, el principio de legalidad recursal especifica el principio de legalidad procesal; se erige en **límite garantía** para el ejercicio de la acción penal con la interposición de la pretensión impugnatoria. Por tanto, el proceso impugnatorio deberá sujetarse estrictamente a los límites establecidos en la ley.

1 Artículo 139 numeral 9 de la Constitución Política, señala: “Son principios de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las demás normas que restrinjan derechos.”

2 “(...) La interpretación extensiva y la analogía quedan **PROHIBIDAS** mientras no favorezca la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.”

2. CONCEPTOS PROCESALES BÁSICOS

2.1 Acumulación de pretensiones.

Es necesario asumir procesalmente que en el Proceso Común se conoce dos objetos: un objeto punitivo y un objeto civil. Estos objetos tienen en común un mismo hecho histórico, empero, un enfoque jurídico diferente: penal o civil determinante en la construcción de proposiciones fácticas conforme a los elementos exigidos por el supuesto de hecho penal o civil, y con efectos punitivos o resarcitorios. Esta acumulación de pretensiones principales debe destacarse de inicio; no existe una relación de accesoriedad, subordinación o alternatividad jurídica. Esa conexión entre ambas pretensiones se debe al mismo hecho histórico; empero se diferencian en su “construcción jurídica”³ en la configuración jurídica de las proposiciones fácticas.

En ese orden, las partes se vinculan procesalmente a uno de los objetos; y, la única forma de vincularse a estos objetos es conforme al interés y legitimidad procesal atribuida por la Constitución y por la ley. El Ministerio Público ejerce por mandato constitucional la legitimación constitucional del objeto punitivo; en efecto, corresponde solo al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal en los delitos de persecución pública; no existe posibilidad de extender esa legitimación a otros sujetos procesales, pues el artículo 159.5 de la Constitución prevé que “Corresponde al Ministerio Público (...) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte” y está desarrollada en el art. 11 del Dec. Leg 052 la Ley Orgánica del Ministerio Público, y establece que “el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio o a petición de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley le concede expresamente”. Este dispositivo está desarrollado también en el art. IV del Código Procesal Penal, que establece en el numeral 1 que “El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba” nuevamente en el art. 60 del CPP, establece que “El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal, actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por la noticia criminal”. En síntesis, el objeto punitivo es de persecución exclusiva por el Ministerio Público, pues, es quien tiene el monopolio de la acción penal.

2.2. Estructura de la pretensión impugnatoria.

Por otro lado, es necesario remarcar que la pretensión impugnatoria es una pretensión procesal, por tanto, participa de sus elementos; en ese orden, la pretensión impugnatoria está compuesta por elementos subjetivos y objetivos. Para el caso, es necesario sentar las bases de los conceptos procesales que corresponden a los elementos objetivos. Los elementos objetivos de la pretensión son: **i)** el petitorio y **ii)** los fundamentos o agravios. La pretensión

3 Pues cada proposición fáctica está vinculada a un elemento del supuesto de hecho.

procesal se concreta, de manera excluyente, a dos efectos: **a)** revocatoria, y **b)** nulidad. Cada efecto pretendido, debe tener coherencia lógica con los fundamentos que lo sustentan. Los fundamentos -agravios- que corresponden a un efecto jurídico son cualitativamente distintos a los que corresponden al otro efecto jurídico; los fundamentos de una pretensión de **nulidad** se sustentan en razones de invalidez de la relación procesal que impide a los jueces pronunciarse sobre el mérito o fondo del proceso; los fundamentos de la pretensión **revocatoria**, se sustentan en razones de valoración probatoria, y su objeto es el mérito del proceso, y tiene como presupuesto la validez de la relación procesal. Por tanto, es un error considerar que las razones de una pretensión de nulidad puedan fundamentar una pretensión de revocatoria pues son razones esencialmente distintas. Sin embargo, es una práctica recurrente. La operatividad de los sujetos procesales ha desnaturalizado la configuración de la pretensión impugnatoria, pues con frecuencia se propone de manera alternativa, una pretensión de revocatoria o de nulidad con base en los mismos fundamentos.

2.3. Legitimidad e interés impugnatorio.

El proceso impugnatorio debe configurarse como un debido proceso impugnatorio legal. Este proceso para ser debido -válido- debe cumplir con requisitos de procedencia y admisibilidad expresamente previstos en la ley penal. En ese orden, cuando se trata del inicio de un proceso impugnatorio, requiere de una pretensión impugnatoria configurado en el contexto de los presupuestos procesales y dentro del marco de los límites legales. Los presupuestos procesales del proceso impugnatorio están referidos a: **i)** el interés procesal o recursal, que se configura con la denominada voluntad impugnatoria; **ii)** la legitimidad procesal o recursal, que habilita el proceso impugnatorio, solo para quién afirme agravios con la resolución judicial de primera instancia; **iii)** la delimitación del ámbito de competencia sujeto estrictamente al ámbito de lo decidido por los jueces de primera instancia; **iv)** la propuesta en forma de la pretensión impugnatoria, conforme a las exigencias legales previstas en el art. del CPP; y **v)** la capacidad procesal de las partes.

Dos de los presupuestos legales de procedencia son: **i)** la legitimidad y **ii)** el interés impugnatorio⁴; así está expresamente previsto en el art. 404.2 del CPP, con el texto siguiente: “El derecho de impugnación corresponde **sólo a quién La Ley se lo confiere expresamente (...)**”; en ese orden, el art. 405.1.a) del CPP, prescribe como requisito de admisibilidad que el recurso: “que sea presentado por quién resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado para ello”; por tanto, son exigencias normativas y no extensiones conceptuales que realiza la dogmática procesal.

4 Además de los otros presupuestos de capacidad procesal, competencia y pretensión propuesto en forma.

3. LEGITIMIDAD E INTERÉS IMPUGNATORIO DEL ACTOR CIVIL Y EL AGRAVIADO

El actor civil tiene “facultad” para “interponer los recursos impugnatorios que la ley prevé”, así se encuentra regulado en el art. 104 del CPP el art. 407.2 del CPP, establece que “el actor civil **sólo** podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución”; la legalidad es expresa y no existe duda que solo está habilitado para impugnar ese extremo. Empero, es con la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento que el órgano jurisdiccional se pronuncia respecto del objeto civil; entonces, obuiamente corresponde impugnar la resolución de sobreseimiento o de la sentencia absolutoria, pero en estricta correspondencia con la legitimidad atribuida al actor civil, solo respecto del objeto civil⁵.

Sin embargo, los problemas interpretativos se presentan con relación a los alcances de la legitimidad del agraviado con la impugnación del sobreseimiento o la sentencia absolutoria. El agraviado también tiene derecho para interponer recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, así está previsto legalmente en el artículo **art. 95 del Código Procesal Penal**: respecto a los derechos del agraviado en el inciso 1 literal “d” señala: el agraviado tendrá derecho a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria (...), claro está solo respecto del objeto civil, dado que la legitimidad punitiva de manera exclusiva habilita únicamente al Ministerio Público para que ejercite la acción penal. El agraviado no tiene legitimidad para impugnar el objeto punitivo. Si bien es cierto, tiene el “derecho a la verdad”, empero, este derecho no traduce necesariamente en una sentencia condenatoria; es suficiente con una sentencia, cualquiera sea su sentido, que exprese sus razones para efectos de realizar el derecho a la verdad.

Una interpretación literal podría hacer considerar que el agraviado tendría legitimidad para impugnar incluso respecto del objeto penal. Empero, una interpretación sistemática y conforme a la Constitución permitía superar cualquier duda. Por imperativo constitucional, quien ejerce el monopolio de la acción penal, dentro de los límites de la legalidad procesal es el Ministerio Público. En consecuencia, ese ejercicio de la acción penal está delimitado en oportunidad y tiempo; así el ejercicio de la acción penal tiene sus propios límites establecidos en la configuración del los presupuestos procesales y los límite legales previstos en la normatividad penal y procesal del art 339 del CPP.

En tal sentido, la **CASACIÓN NRO.353-2011-AREQUIPA**⁶, de fecha 04/06/2011, en su fundamento 4.5, reconoce al agraviado legitimidad para impugnar una resolución que

5 Es necesario diferenciar la resolución como acto continente, de los objetos que se decide; en efecto, son frecuentes las resoluciones con decisiones múltiples que atienden a objetos distintos; así una sentencia absolutoria, resuelve tanto el objeto punitivo como el objeto civil.

6 Emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del 04 de Junio del 2013.

dispone el sobreseimiento del proceso penal; asimismo, señala que "(. . .) se advierte con claridad que el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario **que el agraviado actué con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión**⁷ (. . .)", añadiendo que por ello se le faculta a impugnar el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria.

4. LA CASACIÓN N° 413-2014 LAMBAYEQUE

La Casación desarrolla las facultades del actor civil en un contexto acusatorio; así con relación que el Código Procesal Penal, señala a los sujetos procesales legitimados para que este derecho pueda ser ejercido⁸; y enuncia las atribuciones del actor civil prevista en el art 104 del CPP, precisando que también le son atribuidos los derechos que le asiste al agraviado conforme al art. 95, entre otros, el derecho a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria⁹. Además, se resalta el claro rol protagónico que le corresponde al actor civil (Casación N° 353-2011-Arequipa)¹⁰. En síntesis, se concluye que al actor civil le asiste el derecho de apelar en resguardo de sus intereses, pues bajo ese contexto está legitimado para impugnar la sentencia absolutoria¹¹.

Pero el problema se encuentra planteado de manera clara en el fundamento décimo noveno, así se plantea:

(...) habiéndose establecido que sí es facultad del actor civil el recurrir una sentencia absolutoria, queda por establecer si existe legitimidad del actor civil para actuar una persecución penal cuando el Ministerio Público no impugna una sentencia absolutoria.

Un primer cuestionamiento es que la Casación comentada crea un procedimiento impugnatorio no establecido por la ley procesal; en efecto, en el fundamento vigésimo

7 **Casación Nro. 353-2011-AREQUIPA, Fundamento 4.3.:** " el Estado debe garantizar y establecer las condiciones mínimas de los derechos de las víctimas y/o agraviado, debiendo de facultar su activa participación dentro del proceso **para lograr el resarcimiento de su pretensión, esto es, resarcimiento del daño** causado por parte del autor de la comisión del delito".

8 Fundamento Décimo Sexto.

9 Fundamento Décimo Séptimo

10 En su fundamento 4.5, señala que: "(...) el agraviado del delito se encuentra en condiciones de ser un protagonista del proceso penal, encontrándose facultado por el Código Procesal Penal para participar activamente en el desarrollo del proceso, siendo necesario que el agraviado actué con todos los derechos y garantías que le aseguran la satisfacción de su pretensión (...)"

11 Fundamento Décimo Octavo

primero se indica que emitida una sentencia absolutoria cuando el único impugnante sea el actor civil, y el Fiscal Provincial exprese su conformidad con la misma: **“deberá verificarse si, el Fiscal Superior al momento de llevarse a cabo la audiencia de apelación, reitera su conformidad con la sentencia absolutoria”**; este trámite es inexistente en el CPP, y tiene correspondencia con la fórmula inquisitiva del Código de Procedimientos Penales, que preveía siempre la posibilidad de la “vista fiscal” para que dictamine; obviamente ese trámite era coherente con el modelo inquisitorial.

Para comprender el problema es necesario realizar una distinción entre: **i)** el acto procesal **continente** (la resolución de sobreseimiento o sentencia absolutoria) y **ii)** el acto contenido, esto es el pronunciamiento respecto del objeto penal o civil; en ese orden, si se expide una sentencia absolutoria, entonces, esta abarca ambos objetos; por tanto, el actor civil está facultado para impugnar la sentencia absolutoria, pero respecto del objeto civil.

Si el Ministerio Público es conforme con la sentencia absolutoria, entonces la decisión sobre el objeto penal, queda firme con autoridad de cosa juzgada; no obstante, el actor civil -o el agraviado- tienen legitimidad para interponer recurso de apelación de la sentencia absolutoria, respecto del objeto civil; empero, no tiene legitimidad impugnatoria respecto del objeto penal. Desde esta perspectiva procesal, es irrelevante la discrepancia que pueda tener el Fiscal Superior en la audiencia de segunda instancia.

Sin embargo, el fundamento **Vigésimo Tercero**, textualmente precisa que:

“Ahora bien, este Supremo Tribunal considera que no puede sostenerse el cumplimiento del principio acusatorio cuando el Fiscal Superior en la audiencia de apelación -sin tener la condición de impugnante, sino parte del proceso- discrepa con la sentencia absolutoria emitida en primera instancia; en tal situación, **el Tribunal de Apelación esta expedito para analizar el fondo del asunto en los términos de los agravios expresados por las partes procesales recurrentes en su escrito impugnatorio**”¹².

Plantea como: **i)** supuesto que el Fiscal Superior en la audiencia de apelación discrepa de la sentencia absolutoria, entonces, **ii)** le asigna la consecuencia procesal de que el Tribunal de Apelación tiene atribuciones para analizar el fondo del asunto; empero, el enunciado: **“en los términos de los agravios expresados por las partes procesales recurrentes en su escrito impugnatorio”** es equívoco y plantea problemas interpretativos. ¿Qué alcance significativo tiene este enunciado de la Casación? Al respecto, se han desarrollado dos líneas de aplicación operativa.

12 Las negritas son nuestras.

4.1 El pronunciamiento de segunda instancia se sujeta a los extremos del objeto civil.

Toma como base conceptos procesales básicos, y desde esa perspectiva si solo el actor civil o el agraviado interponen recurso de apelación de la resolución de sobreseimiento o de la sentencia absolutoria, entonces, el proceso impugnatorio se limita solo al objeto civil, por varias razones procesales:

- **El interés procesal** del actor civil o el agraviado, se limita al objeto civil contenida en la resolución judicial. (art. 405.1.a del CPP)
- **La legitimidad procesal** del actor civil o el agraviado, se limita al objeto civil contenida en la resolución judicial (art. 404.2 y 407.2 del CPP)
- **El interés procesal de la fiscalía** se extinguió al no impugnar el objeto punitivo contenido en la resolución judicial.
- **La legitimidad del Ministerio Público**, respecto del objeto penal es exclusiva, y no habilita a ninguna otra parte procesal a su ejercicio (art.IV del TP, art. 1 del CPP)
- **La Cosa Juzgada**, de la decisión sobre el objeto punitivo, contenida en la resolución judicial, determinó la extinción del interés punitivo (art. 6.1.c. del CPP)
- **Principio de congruencia recursal**, impide el pronunciamiento *ultra petita* de los jueces revisores respecto del objeto penal que no fue impugnado (art.409 del CPP).
- **El principio de legalidad procesal**, que establece que las resoluciones judiciales son impugnables solo por los **medios** y en los casos expresamente establecidos por ley (Art. I.4 del CPP)

4.2. El pronunciamiento de segunda instancia puede abarcar el objeto punitivo, aún cuando no haya sido impugnado.

Un sector de la judicatura, consideran que si el Fiscal Superior discrepa de la sentencia absolutoria, y esta no es impugnada por la fiscalía, entonces, los jueces de segunda instancia estarían habilitados para revisar incluso la decisión sobre el objeto punitivo. Pero, esta opción entra en conflicto no solo con conceptos procesales básicos, sino, es contraria a la base normativa procesal que regula el proceso impugnatorio; así se tiene:

- **Atribuye interés procesal** punitivo al actor civil o el agraviado, no obstante que expresamente el art. 405.1.a del CPP, limita su interés al objeto civil.
- **Atribuye legitimidad procesal punitiva** al actor civil o el agraviado, no obstante, el artículo 404.2 y 407.2 del CPP limita su legitimidad al objeto civil contenida en la resolución judicial. La legitimidad recursal del actor civil está limitada a la impugnación del objeto civil. No existe base legal para extender el ámbito de la legitimidad punitiva del Ministerio Público a otros sujetos procesales, de manera directa o indirecta -apelación del agraviado del extremo que sobresee la acción penal-. El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución. El agraviado o el actor

civil, no tiene legitimidad punitiva dado que el monopolio del ejercicio de la acción penal es exclusivo del Ministerio Público, en ese orden, considerar que el agraviado puede apelar el objeto punitivo, es darle una legitimidad punitiva que es exclusiva del Ministerio Público.

- **La legitimidad del Ministerio Público**, respecto del objeto penal, es exclusiva, y no habilita a ninguna otra parte procesal a su ejercicio (art. IV del TP, art. 1 del CPP). Ciertamente el Ministerio Público tiene legitimidad constitucional, para promover la persecución punitiva pero esta legitimidad requiere de un desarrollo procesal, no puede plantearse de cualquier forma pues su ejercicio está regulado en el CPP.
- **La Cosa Juggada**, se afecta la decisión sobre el objeto punitivo, contenida en la resolución judicial, que quedó firme (art. 6.1.c. del CPP). El interés procesal sobre el objeto punitivo se extinguió al no impugnar la decisión sobre el objeto punitivo, **contenido en la resolución judicial**. En efecto, la decisión sobre el objeto penal -contenida en la sentencia absolutoria-, quedó firme, pues el Fiscal Provincial consintió con la decisión sobre el objeto punitivo que es contenida en la sentencia absolutoria; por tanto, el interés procesal punitivo se extinguió. El Actor Civil sólo tiene legitimidad impugnatoria respecto del objeto civil; por tanto, su pretensión impugnatoria no tiene la virtud de recobrar vigencia el interés punitivo con la conformidad del Fiscal Provincial.
- **El Principio de congruencia recursal**, se vería afectado, pues los jueces superiores emitirían una resolución *ultra petita* al abarcar el objeto penal pese, a que no fue impugnado (art. 409 del CPP). Se viola el principio de congruencia recursal, dado que los jueces de segunda instancia solo están habilitados para pronunciarse respecto del objeto apelado. Si el Ministerio Público no interpuso recurso de apelación, no tiene pretensión punitiva que sostener y defender y los Jueces Superiores nada que decidir
- **El principio de legalidad procesal**, es afectado, pues se crea un procedimiento de un *“previo pronunciamiento fiscal”*, que no está regulado por ley; pues las resoluciones judiciales son impugnables solo por los **medios** y en los casos expresamente establecidos por ley (Art. 1.4 del CPP). Habilitar una adhesión extemporánea al Ministerio Público es contrariar un principio elemental del proceso: el principio de legalidad procesal, dado que de manera extemporánea se estaría habilitando al Ministerio Público para adherirse, en tanto, que los otros sujetos procesales carecerían de esta atribución.

5. LA CASACIÓN N° 413-2014 LAMBAYEQUE Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se consigna en la Casación un fundamento del Tribunal Constitucional en el expediente número dos mil cinco-dos mil seis-PHC/TC, que señala que:

“(…) La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo

ciento cincuenta y nueve de la constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin. (...) Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no haber lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciara en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo (...)"

Nótese que corresponde al trámite previsto en el art. 220 del Código de Procedimientos Penales, que establecía que "si el fiscal opina que no hay mérito para pasar a juicio oral, el Tribunal podrá alternativamente: (c) elevar directamente la instrucción al Fiscal Supremo", y con el pronunciamiento del Fiscal Supremo quedan los autos para que el Tribunal expida la resolución correspondiente. En ese orden, el Tribunal Constitucional estableció que: ***Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no haber lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciara en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo (...)***. Es claro que la cita a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es pertinente, porque está relacionado a otro contexto normativo.

6. LA RECTIFICACIÓN DE LA FISCALÍA. ¿ADHESIÓN DIFERIDA?

Es correcto afirmar que la Fiscalía Superior puede rectificar o ratificar el requerimiento de sobreseimiento de la Fiscalía Provincial; empero, esta atribución solo puede realizarse siempre y cuando el Juez de Investigación Preparatoria habilite el "forzamiento de la acusación", previsto en el artículo 346 del Código Procesal Penal¹³; en el caso concreto, el Juez de investigación Preparatoria no ha aplicado esta institución y ha declarado fundado el requerimiento de Sobreseimiento, en consecuencia, ha caducado y se ha clausurado el trámite del forzamiento de acusación; por consiguiente, no se puede habilitar una figura análoga al forzamiento a través de un recurso impugnatorio interpuesto por el agraviado respecto a la habilitación de la acción penal del que no es titular. En consecuencia, no se puede crear un procedimiento distinto al previamente establecido por ley, conforme a la propuesta del fiscal superior en la audiencia de apelación.

La adhesión recursal está regulado en el art. 404.4 del CPP, prescribe que: "Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente

13 El Tribunal Constitucional ha señalado en el Exp. N.º 10612-2006-PHC/TC "(...)que si bien el dictamen emitido por el Fiscal Provincial tiene contenido absolutorio, dicho pronunciamiento no es suficiente para concluir el proceso, ya que es necesario tener un dictamen de similar contenido por el órgano jerárquico superior, cosa que en el presente caso no ocurre. En ese sentido, el órgano jurisdiccional se encuentra facultado legalmente para elevar en consulta lo actuado al órgano fiscal superior, a efectos de que haga un análisis detallado a partir de la investigación realizada por la instancia inferior (...)"

se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición”. Empero, esta adhesión tiene sus límites temporales, dado que la oportunidad procesal para su postulación, es el momento inmediatamente posterior a la apelación. Sin embargo, cuando el fiscal requiere el sobreseimiento y el Juez ampara este pedido, entonces es claro que el interés impugnatorio se extingue para el Ministerio Público **-voluntad impugnatoria-**. No se configura el interés procesal si es el mismo Ministerio Público quién requirió el sobreseimiento; por tanto, la ausencia del presupuesto del interés impugnatorio, determinaría la improcedencia de la pretensión impugnatoria¹⁴.

En segunda instancia, no existe posibilidad de una adhesión extemporánea por parte del Ministerio Público, no solo porque se trata de una ausencia de interés impugnatorio por el propio sentido del pedido de sobreseimiento en primera instancia, sino porque además se ha configurado la autoridad de cosa juzgada respecto del objeto punitivo. En síntesis, así la Fiscalía Superior pretenda adherirse a los fundamentos impugnatorios del agraviado, sosteniendo que existe razones para la formulación de la acusación; el pronunciamiento respecto del objeto punitivo ha quedado firme, y no puede habilitarse **por salto** una legitimación extraordinaria que afecte la autoridad de cosa Juzgada.

Habilitar una adhesión extemporánea al Ministerio Público en audiencia de segunda instancia es quebrantar el principio de legalidad procesal, pues de manera extemporánea se estaría habilitando al Ministerio Público adherirse, sin que exista regulación procedimental previa.

14 Se pueden presentar casos extremos en los que si bien es cierto las partes pueden estar conformes con el sentido de la parte resolutive, sin embargo, no lo están respecto de las razones o considerandos de la resolución judicial; estimo que en esos supuestos si se puede impugnar el sentido de la decisión precisamente para que los considerandos sean revisados. Denegar la apelación por que el sentido de la decisión favoreció al impugnante es una perspectiva formal.

14

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 454-2014
AREQUIPA

SUMILLA:

El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, sólo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de octubre dos mil quince.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por el encausado Alexis Gamarra Palomino contra la sentencia de vista del veintisiete de junio de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta y cuatro-, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la misma que revoca la sentencia de primera instancia del doce de setiembre de dos mil trece, que lo absolvió de la acusación fiscal por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado; y, reformándola lo condenaron como autor del delito antes referido, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por un plazo de un año y seis meses e impusieron como reparación civil el monto de quinientos nuevos soles a favor del agraviado.

Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I.- ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.

1.1. El encausado Gamarra Palomino fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal; siendo que el representante del Ministerio Público, mediante el requerimiento de fojas dos, del catorce de febrero de dos mil trece, formuló acusación contra el antes referido encausado por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento

falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado.

1.2. Llevado a cabo la audiencia de control de acusación, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la sede Cerro Colorado de la Corte Superior de Arequipa emitió auto de citación a juicio del seis de junio de dos mil trece, obrante a fojas quince.

1.3. Seguido el juicio de primera instancia, el Juzgado Penal Unipersonal de Cerro Colorado de la Corte Superior de Arequipa dicta la sentencia del doce de septiembre de julio de dos mil trece a fojas cincuenta y dos, que declaró absolver a Alexis Gamarra Palomino de la acusación fiscal por delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado.

1.4. Contra la referida sentencia el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación -fojas ochenta y cuatro-.

II.- ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA.

2.1. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, culminada la fase de traslado de la impugnación, emplazo a las partes a fin de que concurran a la audiencia de apelación de sentencia.

2.2. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta del trece de junio de dos mil catorce -fojas ciento cincuenta y cuatro-, se declaró cerrado el debate y suspendió la audiencia para la expedición y lectura de la sentencia de vista para el veintisiete de junio de dos mil catorce.

2.3. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emitió la sentencia de vista del veintisiete de junio de dos mil catorce -fojas ciento cincuenta y nueve- que revocó la sentencia de primera instancia del doce de setiembre de dos mil trece, que lo absolvió de la acusación fiscal por delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado; y reformándola lo condenaron como autor del delito antes referido, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por un plazo de un año y seis meses, e impusieron como reparación civil el monto de quinientos nuevos soles a favor del agraviado.

III.- DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

3.1. Emitida la sentencia de vista, el encausado Gamarra Palomino interpuso recurso de casación -fojas ciento ochenta y dos-, el cual fue concedido por resolución del quince de julio de dos mil catorce -fojas ciento noventa y tres-.

3.2. Elevados el auto a esta Suprema Instancia y cumplido el respectivo trámite de traslado, esta Sala de Casación mediante auto de calificación del veintiséis de febrero de dos mil quince -fojas cuarenta y cinco del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo- declaró bien concedido el recurso de casación interpuesta por el encausado Alexis Gamarra Palomino por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, respecto al contenido del artículo cuatrocientos veinticinco, apartado tres, literal b) referida a la condena del absuelto e inobservancia de las normas legales de carácter procesal y de normas procesales.

3.3. Instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el veinte de octubre de dos mil quince. Instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de las partes, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

3.4. Deliberada la causa en secreto y votada con arreglo a ley, esta Sala Suprema cumple con emitir la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública se realiza por la Secretaría de la Sala el veintiuno de octubre de dos mil quince, a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV.- DELIMITACION DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO.

4.1. Conforme se señaló líneas arriba mediante Ejecutoria Suprema del veintiséis de febrero de dos mil quince -fojas cuarenta y cinco del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo-, se admitió a trámite el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, para determinar “el contenido del artículo cuatrocientos veinticinco, apartado tres, literal b) referida a la condena del absuelto e inobservancia de las normas legales de carácter procesal y demás normas procesales”.

CONSIDERACIONES PREVIAS: NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL

4.2. La Constitución Política del Estado en su artículo ciento treinta y nueve, inciso seis, consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de instancia. Tal norma está redactada en clave de principio, esto es, que sus condiciones de aplicación no están expresamente definidas, por lo que corresponde al intérprete efectuar un desarrollo de su contenido.

4.3. Sin embargo, conforme lo establece el artículo cincuenta y cinco de nuestra Constitución: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, y en su cuarta Disposición y Transitoria, prescribe que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. Perspectiva normativa desde la cual es posible afirmar que el contenido del principio de la pluralidad de la instancia, regulado así por nuestra Constitución, está integrado con lo establecido por el artículo catorce, inciso quinto, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por cuanto al respecto establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley”; y lo fijado en el artículo ocho de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto sostiene que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

4.4. A lo expuesto en líneas arriba emerge con claridad que específicamente en materia criminal el principio de la pluralidad de instancia despliega su mayor alcance garantista, exigiendo más allá de cuál sea la configuración del sistema impugnatorio interno de cada país que una decisión condenatoria tenga siempre la posibilidad de ser revisadas por un Tribunal jerárquico superior al que la emitió.

4.5. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, respecto al derecho de pluralidad de instancias, señaló que “La sentencia plural queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas”, y fijó ello de modo genérico, pues en lo particular a la materia penal, reafirmó sobre la base de la normatividad de los Tratados Internacionales antes glosados, el derecho que tiene toda persona a recurrir las sentencias que impongan una condena penal y, en general una medida de coerción personal. Por otro lado, como puede verse del fundamento veinte, para el Tribunal Constitucional se encuentra fuera de discusión que un fallo condenatorio sea recurrible, además de las medidas de coerción personal; por lo que, concluyendo que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancias, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra la sentencia que imponga una condena penal.

4.6. Asimismo, la jurisprudencia internacional también ha tenido la oportunidad de establecer el contenido del derecho a la instancia plural en materia penal. Así, la Corte Internacional de Derechos Humanos, el Caso N° 11618, Caso Mohamed us. Argentina, donde además de sostener que la garantía del artículo octavo, apartado, segundo literal

1 Expediente N° 4235-2010-PHC/TC

h) de la CADH se establece con el fin de que sentencia condenatoria sea revisada por un Tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia, añadió que para el derecho internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser oportuno. Asimismo, debe ser un recurso eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia.

4.7. Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico señala en el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado dos, del Código Procesal Penal, que “La Sala Penal Superior sólo valora independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documento, pre constituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia”.

4.8. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver, con fecha catorce de setiembre de dos mil diez, la Consulta número dos mil cuatrocientos noventa y uno guión dos mil diez, elevado por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la que por considerar inconstitucional, declaró inaplicable el citado artículo cuatrocientos veinticinco, apartado tres, literal b) del Código Procesal Penal. En aquella oportunidad dicho Tribunal Supremo desaprobó la resolución consultada, justificando la constitucionalidad de la norma en mención, al indicar que: “Tal disposición es reconocida en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el *Ad Quem* sólo pueda absolver al condenado cuando éste cuestione la condena, pero no puede condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso tal absolución (...) que el recurso de apelación no permite arribar a una conclusión que implique una reformatio in peius para el procesado(...)”.

4.9. De lo antes expuesto, tenemos que el derecho a recurrir al fallo es una garantía esencial en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un Juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía a efectos de otorgar la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio brindando de esta manera mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado; en consecuencia, la condena del absuelto, habilitado por las normas procesales no es per se incompatible con la Constitución Política del Estado.

PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTE TRIBUNAL SUPREMO SOBRE “LA CONDENA DEL ABSUELTO”

4.10. Cabe destacar que el tema de la condena del absuelto como facultad del Tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándolo lo condena, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Supremo Tribunal. Así tenemos:

4.11. La Sentencia de **Casación N° 195-2012-Moquegua**, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto al cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas que faculta al juzgador de segunda instancia a revocar la sentencia absolutoria de primera instancia y al reformarla emite pronunciamiento condenatorio, en el cual realizó un análisis amplio de los dispositivos normativos internacionales, concluyendo que la condena del absuelto no es incompatible con la Constitución Política del Estado, respecto del derecho a recurrir el fallo, siempre que la sentencia adversa pueda ser revisada por un Juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía, a efectos de otorgar la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, brindando mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado; asimismo, enfatizó la necesidad de la actuación de nueva prueba para los efectos de condenar al absuelto en virtud del principio de inmediación, pese a que no se pueda efectuar reproche alguno, en tanto la prueba actuada deba tener entidad suficiente para enervar el *status* de inocencia del encausado. En ese sentido, existió pronunciamiento únicamente sobre el tema doctrinal, y en cuanto al caso concreto (delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado, seguido contra Jorge Manuel Sotomayor Vildoso), declaró nula la sentencia de primera y segunda instancia, y se dispuso la realización de un nuevo juzgamiento, para lo cual el Tribunal Superior debía tener en consideración los fundamentos esgrimidos en la propia sentencia de casación, al verificar que la cuestionada no cumplía con las exigencias plasmadas; precisando que esta sentencia de casación contiene fundamentos adicionales del Juez Supremo Morales Parraguez, en tanto consideró que la condena en sede de apelación constituía *“una condena en instancia única”*; por lo que, expresó su discrepancia en cuanto se sostiene que no es incompatible con la Constitución Política del Estado, precisando que se debe garantizar que la decisión de condenar al absuelto pueda ser recurrida.

4.12. En la **Sentencia de Casación N° 280-2013 Cajamarca**, se marcó aún más la diferencia existente entre el recurso de apelación y la casación como recursos impugnatorios, rechazando de este modo la casación penal como solución para salvaguardar el derecho a recurrir del condenado, ya que no es un recurso impugnatorio de carácter ordinario, precisando que la condena del absuelto limita el derecho a recurrir, pero que ésta sí puede ser amparable, estableciendo la necesidad de crear un órgano judicial que pueda realizar el juicio de hecho y de derecho de la condena dictada en segunda instancia, contra una persona

que previamente había sido absuelta; asimismo, se solicita se convoque a Sala Plena para adicionar un artículo al rubro del sistema de recursos que habilite el medio impugnatorio de carácter ordinario que dé lugar a la intervención de dicho órgano.

4.13. Asimismo, la *Sentencia de Casación 385-2013 San Martín*, se afianzaron las posturas anteriores, respecto a que una decisión condenatoria debía tener la posibilidad de ser revisada por un Tribunal jerárquico superior al que lo emitió, enfatizando las facultades de la Sala Penal Superior, en cuanto a la actuación de nueva prueba en vía de apelación; asimismo, en la línea interpretativa de que como Estado Parte de la Organización de las Naciones Unidas - ONU y suscribientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estamos obligados a cumplir con dichos instrumentos de protección de derechos humanos, razón por la cual se consideró que para no emitir una condena en instancia única se debe habilitar la revisión del fallo en otra instancia.

4.14. Además, uno de los últimos pronunciamientos sobre este tema específico, lo recoge la *Sentencia de Casación N° 194-2014 Ancash*, en el proceso seguido contra Mohamed Raúl Salazar Eugenio, por delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado, en agravio del Estado, por el cual se precisa que existen pronunciamientos previos concluyendo que no está en debate si condenar en segunda instancia es posible, sino que dicha condena pueda tener a su disposición un recurso devolutivo, donde el juzgador tenga facultadas amplias de control. En consecuencia, debido a que es el recurso de apelación el medio habilitado para dicho fin, al descartar que dicha posibilidad la satisface el recurso de casación, reitera la necesidad de crear Salas Revisoras; por lo que, se concluye que ante la ausencia hasta la fecha de un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad.

4.15. Con lo anterior expuesto, se concluye que si bien esta Sala Suprema tiene mayor jerarquía y rango que la Sala Penal de Apelaciones, siendo por tal razón un órgano judicial distinto; sin embargo, esta máxima instancia judicial no tiene competencia para poder realizar una revisión integral, independientemente de la denominación que se le pueda dar al recurso, ya que su competencia resolutoria está limitada producto de la interposición y fundamentación del recurso extraordinario de la casación penal, no siendo este último recurso uno de carácter eficaz para el caso en concreto por limitarse al análisis de los aspectos formales y legales de la sentencia expedida, esto es, de control de constitucionalidad y de legalidad, así como de unificación jurisprudencial.

4.16. Asimismo, bajo la línea jurisprudencial anotado y con el objeto de garantizar el derecho a impugnar el fallo -toda vez que con ello se protege el derecho de defensa en la medida que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un

procedimiento viciado-, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal -Órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto-, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación.

V.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

5.1. En el caso concreto nos encontramos ante un imputado que fue absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia, sin que se haya actuado pruebas nuevas en la audiencia de apelación, conforme se aprecia en el acta de audiencia de fojas ciento cincuenta y cuatro, que sea capaz de variar la verdad procesal sobre la que descansaba el fallo absolutorio de primera instancia. En ese sentido, nos encontramos ante el instituto jurídico de la condena de un absuelto; aquí el procesado no cuenta con un recurso impugnatorio con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a recurrir ese fallo condenatorio ante un juzgador con facultades de control amplias. Tampoco existe una Sala Especializa que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia.

5.2. Por tanto, conforme los fundamentos precedentes, la falta de un presupuesto procesal de existencia impone la anulación de todo el proceso hasta el juicio oral de primera instancia. De este modo, si el procesado es encontrado responsable del ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria podrá ser revisada por un tribunal superior con facultades amplias de control mediante la apelación del fallo condenatorio, respetando de esta manera sus derechos fundamentales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal excepcional de desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesta por la defensa técnica de encausado Alexis Gamarra Palomino.

II. CASARON las sentencias: **i)** de primera instancia de fojas cincuenta y dos, del doce de setiembre de dos mil trece en el extremo que absolvió a Alexis Gamarra Palomino por el delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en agravio del Estado; y **ii)** la sentencia de segunda instancia, de fojas ciento cincuenta y nueve, del veintisiete de junio de dos mil catorce, en el extremo que revocó la apelada que lo absolvió del delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso, en agravio del Estado; y, reformándola lo condenó como autor del delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público del

Poder Judicial, y Simón Máximo Cahui Rivero, imponiéndole dos años de pena privativa de libertad, suspendida a un año y seis meses.

III. ORDENARON la realización de un nuevo juicio oral por un juzgado distinto del que dictó la sentencia anulada.

IV. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial los puntos 4.15 y 4.16 de la presente Ejecutoria Suprema. Se publique en el diario oficial “El Peruano”, conforme al inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

V. MANDARON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la Instancia, incluso a las no recurrentes. Cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

LA CONDENA DEL ABSUELTO CASACIÓN N° 454-2014-AREQUIPA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: RAÚL PARIONA ARANA¹

SUMILLA:

El objetivo de la incorporación de la “condena del absuelto” en nuestro ordenamiento jurídico fue superar el problema de la inseguridad y la dilación del proceso debido a las reiteradas declaraciones de nulidad en los casos donde el tribunal de segunda instancia al revisar la sentencia absolutoria de primera instancia, consideraba que había elementos de responsabilidad. Sin embargo, la puesta en práctica de la “condena del absuelto” presenta dificultades, además de poner en peligro la vigencia de las garantías del debido proceso. La solución de la Corte Suprema dada en la Casación N° 454-2014 - Arequipa es correcta, sin embargo, no resuelve el problema. La solución requiere necesariamente una reforma legislativa que elimine la posibilidad de la condena del absuelto.

I.- INTRODUCCIÓN

- 1.- La “condena del absuelto” es uno de los aspectos más controvertidos que trae consigo el proceso penal peruano, puesto que la situación de la persona que ha sido absuelta en primera instancia y posteriormente condenada en segunda instancia, dada la configuración de nuestro ordenamiento jurídico, pone en cuestión la vigencia de principios y derechos fundamentales que componen el debido proceso, como los de pluralidad de instancias, plazo razonable y derecho defensa.
- 2.- Precisamente esta problemática ha sido objeto de pronunciamiento en la Casación N° 454-2014 – Arequipa emitida el 20 de octubre de 2015, donde la Corte Suprema, luego de desarrollar los presupuestos constitucionales y legales de esta institución, ha establecido que si bien la condena del absuelto es legítima, debe habilitarse la posibilidad de su revisión, pero que al no contar en nuestro ordenamiento jurídico con un vehículo procesal que lo habilite, se debe declarar nulo los fallos anteriores y procederse a un nuevo juzgamiento.

1 Abogado. Doctor y Magister en Derecho por La Universidad de Múnich de Alemania. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de San Martín de Porres. Socio del Estudio Pariona Abogados – Especialistas en Derecho Penal.

- 3.- En las líneas que siguen se presentan algunas consideraciones sobre la problemática de la condena del absuelto y la Casación N° 454-2014-Arequipa a la luz de los fines del proceso y las garantías constitucionales que lo enuuelven.

II.- ITER DEL CASO

- 4.- La sentencia casatoria *in comento* fue emitida en el marco del proceso penal que se siguió contra Alexis Gamarra Palomino a quien se absolvió en primera instancia y se le condenó en segunda por la comisión del delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, previsto en el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal.
- 5.- El juicio de primera instancia, llevado a cabo ante el Juzgado Penal Unipersonal de Cerro Colorado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, concluyó con una sentencia absolutoria. Contra dicha sentencia el Ministerio Público interpuso recurso de apelación.
- 6.- En segunda instancia, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante sentencia del 27 de junio de 2014, revocó la sentencia absolutoria y, reformándola, condenó a Alexis Gamarra Palomino como culpable del delito imputado, imponiéndole dos años de pena privativa de libertad suspendida y ordenando el pago de una reparación civil de quinientos nuevos soles a favor del agraviado. Se debe anotar que la condena en segunda instancia se dio sin que se haya actuado pruebas nuevas en la audiencia de apelación que habilite variar la verdad procesal sobre la que descansaba el fallo absolutorio primigenio.
- 7.- Alexis Gamarra Palomino interpuso recurso de casación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia amparando su impugnación en la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Concedida la casación, la Corte Suprema delimitó su pronunciamiento a la interpretación del artículo 425, apartado 3, literal b) referida a la condena del absuelto.

III.- DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

- 8.- La Corte Suprema, en su ejecutoria de fecha 20 de octubre de 2015, se pronunció en dos sentidos. De un lado, resolvió el caso específico del condenado Alexis Gamarra Palomino, por lo que declaró fundado el recurso y casó la sentencia de primera y segunda instancia, ordenando la realización de nuevo juicio oral por un juzgado distinto del que dictó la sentencia anulada.

- 9.- Por otro lado, en el marco de esta decisión, la Corte Suprema estableció como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos 4.15 y 4.16 de la Ejecutoria, a saber:

«4.15. Con lo anterior expuesto, se concluye que si bien esta Sala Suprema tiene mayor jerarquía y rango que la Sala Penal de Apelaciones, siendo por tal razón un órgano judicial distinto; sin embargo, esta máxima instancia judicial no tiene competencia para poder realizar una revisión integral, independientemente de la denominación que se le pueda dar al recurso, ya que su competencia resolutoria está limitada producto de la interposición y fundamentación del recurso extraordinario de la casación penal, no siendo este último recurso uno de carácter eficaz para el caso en concreto por limitarse al análisis de los aspectos formales y legales de la sentencia expedida, esto es, de control de constitucionalidad y de legalidad, así como de unificación jurisprudencial».

“4.16. (...) mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal -órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto-, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación”.

- 10.- En consecuencia, frente a la problemática de la condena del absuelto la Corte Suprema resuelve (con carácter vinculante): **¡anulación de ambas sentencias, reenvío a primera instancia e inicio de nuevo juicio!**

IV.- **CONSIDERACIONES SOBRE LA CASACIÓN 454-2014-AREQUIPA**

- 11.- La problemática de la condena del absuelto, objeto de pronunciamiento en la casación bajo comentario, está íntimamente vinculada a la vigencia de la garantía de la pluralidad de instancias (Art. 139 de la Constitución). En efecto, dado que nuestro ordenamiento jurídico prevé dos instancias ordinarias en el proceso penal, posibilitando la revisión de la condena por un tribunal superior, en los supuestos de condena del absuelto, dada la configuración de nuestro ordenamiento jurídico, no se contaría con la posibilidad de revisión de la sentencia por un tribunal superior con las competencias propias que supone un recurso de apelación. En tal sentido, en la práctica, se limita la posibilidad de estos condenados a acceder a una instancia que revise su fallo, tanto de forma como de fondo.

En efecto, dado que se trata de una decisión condenatoria de segunda instancia, no cabe más una apelación, sino que, el único recurso existente pasible de ser accionado es el recurso de casación. Sin embargo, el recurso de casación, en la práctica, se torna ineficaz para resolver el problema de la condena del absuelto: **i)** debido a la **naturaleza de la instancia** que se va aperturar (la Corte Suprema dirige una instancia extraordinaria; lo que conlleva a que no se encuentre facultado de revisar el contenido integral del fallo y las pruebas que las sostienen, sino se atiende al principio de intangibilidad de los hechos); y, **ii)** debido a la **naturaleza del recurso** (al ser un recurso extraordinario, tiene causales taxativamente definidos en el Código Procesal Penal y su examen se limita a revisar y controlar la constitucionalidad y legalidad de la decisión impugnada).

- 12.-** En la Casación comentada, se señala que la Corte Suprema, pese a tener mayor jerarquía y rango que la Sala Penal de Apelaciones, no tiene competencia para poder realizar una revisión integral de la sentencia de segunda instancia, y, por tanto, la casación no puede ser un recurso de carácter eficaz para resolver la problemática de la condena del absuelto (Fundamento N° 4.15).

Lo afirmado por la Corte Suprema es correcto, toda vez que el recurso de casación al constituirse como un medio impugnatorio extraordinario apunta a un control **questio iuris**, es decir, de las cuestiones jurídicas, no permitiendo un control total e integral de la sentencia recurrida (por ejemplo nueva valoración de pruebas). Más aún, porque mediante la casación se busca la correcta interpretación de la norma (**nomofilaxis**), que permita la uniformidad de los pronunciamientos judiciales (unificación de la jurisprudencia).

- 13.-** La Corte Suprema señala, además, que en tanto no se implementen sus propuestas (dadas en anteriores pronunciamientos que están orientadas a la necesidad de implementar una sala que tenga competencia para revisar las condenas de los absueltos), lo adecuado es anular los dos fallos, es decir, los fallos dictados en primera y segunda instancia. Según la Corte Suprema, esto permitiría que si en un nuevo juicio se encontrara culpable al acusado, este tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación. (Fundamento 4.16).

La solución dada por la Corte Suprema es correcta, sin embargo, resulta insuficiente. En efecto, si bien con esta medida se estaría tutelando el derecho del condenado por primera vez en segunda instancia a recurrir la sentencia que lo encuentre culpable posibilitando, luego de la anulación de las sentencias, un nuevo pronunciamiento de primera instancia por un nuevo juzgado, sin embargo, el problema que justamente

generó la condena del absuelto no es resuelto y se mantiene latente. En efecto, en el nuevo proceso podría repetirse el camino ya recorrido, por ejemplo que se absuelva al acusado nuevamente en primera instancia y luego en segunda instancia se le condene, evidenciándose un fenómeno procesal que podríamos denominar como el **“eterno retorno”**.

- 14.- Esta situación -de dilación del proceso debido a las reiteradas declaraciones de nulidad- que posibilitaba el art 301 del Código de Procedimientos Penales, fue justamente la que motivo que en la nueva ley procesal se introdujera la posibilidad de la condena del absuelto. Lamentablemente, la ley no contempló la implementación de un mecanismo procesal para posibilitar la revisión de este tipo de sentencias, situación que ha generado un peligro para la plena vigencia de algunas garantías procesales. Por ello, ante este escenario, y más allá de la solución “momentánea” presentada por la Corte Suprema, se hace necesario impulsar una reforma legislativa orientada a resolver definitivamente el problema.
- 15.- Una línea de solución que se ha planteado es habilitar competencia a la Corte Suprema para revisar las condenas de los absueltos. En esta línea se puede observar incluso el proyecto de Ley N° 150/2016-CR que propone la modificación de diversos artículos del Código Procesal Penal a efectos de implementar un **recurso de apelación suprema**, que posibilitaría que una Sala de la Corte Suprema, vía recurso de apelación, revise la sentencia condenatoria de segunda instancia. Esta propuesta, en la práctica, constituye una apelación especial **sui generis** que habilita una instancia más, a nivel de la Corte Suprema.

Sin embargo, si se atiende a los principios procesales y a las ideas políticas que orientaron la reforma procesal penal, no es viable una apelación ante la Corte Suprema. En primer lugar, porque supondría la desnaturalización de los cometidos de la Corte Suprema que debería limitarse a la revisión de las sentencias expedidas en segunda instancia cuando estas son planteadas mediante recurso de casación a efectos de cumplir con su fin **nomofiláctico** y de uniformización de la jurisprudencia. En segundo lugar, esta propuesta también va en contra de la idea de hacer excepcional la intervención de la Corte Suprema. Si se habilita una apelación suprema la carga procesal de esta Corte se incrementaría aún más, pues a la actualidad la Corte Suprema ya tiene una carga procesal proveniente de la revisión de casaciones, juzgados y salas para altos funcionarios, además de los Recursos de Nulidad en virtud de las competencias que emanan del Código de Procedimientos Penales. En tal medida, adicionar a la Corte Suprema la competencia de revisar las sentencias donde

se ha producido una condena del absuelto, supondría una sobrecarga procesal que afectaría aún más la celeridad procesal de esta alta instancia.

16.- Según nuestra opinión, una reforma legislativa orientada a resolver esta problemática, debería partir de las siguientes consideraciones: **Primero**, no se debería habilitar mayores competencias a la Corte Suprema, por el contrario, se debe resguardar sus funciones actuales (de **nomofilaxis** y unificación de la jurisprudencia), evitando la sobrecarga procesal. **Segundo**, la Corte Suprema no debería conocer de recursos de apelación que posibiliten un re-examen de hecho y de derecho, por el riesgo que supone de convertir a la Corte Suprema en una instancia ordinaria más. **Tercero**, cualquier solución que se presente, debe evitar en absoluto la intervención de la Corte Suprema, por las razones ya expuestas, pero, además, porque si la Corte Suprema interviene en la apelación...¿cómo así podría intervenir en un recurso de casación?, recurso que por su carácter extraordinario y formal, podría correr el riesgo de ser desnaturalizado. **Cuarto**, si bien lo que se busca es garantizar la “pluralidad de instancias”, el reconocimiento de la apelación en sede de la Corte Suprema podría generar efectos contrarios, incluso, lesivos al mismo principio que se busca garantizar, pues la Corte Suprema se constituiría como única instancia para conocer no solo el fondo (en apelación), sino la casación que sobre ella se interponga, en otras palabras, la suerte del recurrente estaría al conocimiento de una misma y única instancia. Se presentaría el supuesto donde la Corte Suprema interviene como tribunal de instancia y luego también como tribunal de casación, con los peligros que esta situación supone.

17.- Considero que debería consolidarse el criterio que afirma que el tribunal de apelación no debe encontrarse habilitado para condenar al absuelto en primera instancia. En caso que el tribunal de apelaciones observe elementos que podría llevar a una condena, solo debería poder anular la sentencia y ordenar un nuevo pronunciamiento indicando la atención de los elementos que ameritan una nueva valoración por parte de juez de primera instancia. De esta manera, el nuevo juggingamiento deberá implicar necesariamente la absolución de los vicios procesales cuestionados, además de integrar los elementos de prueba que ameritan nueva valoración. Sin embargo, para evitar el problema de las nulidades reiteradas, la reforma legislativa debería limitar el contenido de la apelación de la nueva sentencia de primera instancia para limitar la revisión a la **questio iuris**, no pudiendo modificarse los hechos.

V.- CONSIDERACIÓN FINAL

18.- La incorporación de la condena del absuelto en nuestro ordenamiento jurídico

es producto de la reforma procesal penal vivida en nuestro país que intentaba así superar el problema de la dilación del proceso debido a las reiteradas declaraciones de nulidad en los casos donde el tribunal de segunda instancia al revisar la sentencia absolutoria de primera instancia, consideraba que había elementos de responsabilidad. Sin embargo, la puesta en práctica de esta posibilidad se ha enfrentado con diversas dificultades y ha evidenciado, además, el peligro para la plena vigencia de las garantías del debido proceso. La solución de la Corte Suprema dada en la Casación N° 454-2014 – Arequipa es correcta, sin embargo, no resuelve el problema, pues deja latente la posibilidad de un círculo vicioso con una reiterada condena del absuelto, sin límite alguno. La solución de esta problemática pasa necesariamente por una reforma legislativa que elimine la posibilidad de la condena del absuelto.

15

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 628-2015
LIMA

IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIA EN LA PRUEBA INDICIARIA

SUMILLA. 1. La Motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto en el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y *quantum* de la reparación. **2.** El examen de la presunción de inocencia importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la correlación de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad. **3.** El contraindicio, que es la contraprueba indirecta, consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación interpuesto por el encausado JORGE RICARDO APARICIO NOSSELLI contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO: Que tanto la Jueza del Tercer Juzgado Penal Especializado de Lima cuanto la Sala Penal de Apelaciones de Lima declararon probado que el encausado Aparicio Nosselli cometió el delito de negociación incompatible y, como tal, le impusieron la pena y reparación indicadas en el introito de esta Ejecutoria.

Cabe destacar que se condenó igualmente por el referido delito a Raúl Emilio Del Solar Portal como autor y a Luis Felipe Izaguirre Uribe como cómplice primario. De otro lado, se absolvió cuatro funcionarios de Banmant del cargo de autoría del aludido delito y a dos *extraneus* del cargo de complicidad primaria.

SEGUNDO: Que los hechos declarados probados, en segunda instancia –que son los que sustentan, desde la perspectiva jurídica, el recurso de casación materia de examen de fondo-, son los siguientes:

- A.** El diecisiete de enero de dos mil cinco el encausado Aparicio Nosselli, en su condición de Gerente General del Banco de Materiales, emitió la Resolución número cero uno ocho guión cero cinco guión GG guión BM, en cuya virtud designó al Comité del Proyecto Techo Propio y Proyectos Integrales de Desarrollo Habitacional, que le correspondía efectuar el seguimiento para la liquidación de ciertos programas.
- B.** Tres días después, el veinte de enero de dos mil cinco, el sentenciado Del Solar Portal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, emitió el Memorando número ciento dos guión cero cinco guión GIC, con el visto bueno del Jefe del Departamento de Riesgos del Banco de Materiales -en adelante Banmat- dirigido al encausado recurrente Aparicio Nosselli, que tenía como asunto “Modificaciones al Procedimiento del Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario”.
- C.** El veintidós de enero de dos mil cinco el Jefe del Departamento de Evaluación de Proyectos Sandro Rivero Gonzáles emitió el Informe número cuarenta y dos guión cero cinco guión GT guión DEP, dirigido al Gerente Técnico Rosario Ramírez Rojas. En él se indicó que a solicitud de la Gerencia General se determinó la necesidad de realizar la revisión integral del procedimiento P, guión cero, cero, tres, guión, cero, tres, diagonal GT. El mencionado informe, a su vez, generó el Informe número cero nueve cuatro guión cero cinco diagonal GT de la Gerencia Técnica, a cargo de Ramírez Rojas, con copia a la Gerencia General y al Departamento de Evaluación de Proyectos.

- D.** Todos lo realizado dio lugar a que el cuatro de abril de dos mil cinco se apruebe el Procedimiento “Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario” con Código P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT. El encausado Aparicio Mosselli aprobó dicho procedimiento.
- E.** En el nuevo Procedimiento se introdujo el requisito de suscribir un contrato preparatorio para vincular la futura venta del terreno. Se trató de un aspecto nuevo, introducido en la Revisión cero dos, que lo hacía diferente al anterior, Revisión cero uno.
- F.** De otro lado, el acusado Aparicio Mosselli dispuso que el Jefe de Imagen Luis Sigler Flores proporcione al Consorcio Los Álamos el logo de Banmat para sus impresos de promoción. Ello ocurrió en marzo de dos mil cinco.
- G.** El veintiocho de junio de dos mil cinco, mediante Memorando número cinco nueve dos guión cero cinco guión GICk, Roberto Mc. Farlane Vidal, Gerente de Inversiones y Colocaciones, por encargo del Gerente General, convocó al Comité de Colocaciones para el mismo día a las cinco de la tarde a fin de evaluar y aprobar la solicitud de financiamiento planteada por Consorcio Los Álamos, en relación al referido Proyecto. En esa fecha, a través del Acta del Comité de Colocaciones número cero cuatro guión cero cinco, se aprobó el financiamiento del Programa de Construcción del citado Proyecto, en la modalidad de promotor inmobiliario, hasta por la suma de diecisiete millones cuatrocientos veinticinco mil sesenta soles, y se dispuso que la Gerencia General suscriba el convenio de financiamiento correspondiente. Los titulares del terreno en cuestión eran el Banco de Crédito y el Banco Financiero, con los que las empresas Contratistas La Unión Sociedad Anónima y R&G Contratistas –integrantes del Consorcio Los Álamos- con fecha uno de marzo de dos mil cinco formalizaron un acuerdo preparatorio de venta del terreno, en el que se estipula que Banmat financiera esa adquisición.
- H.** Sobre esa base fáctica, se estimó que está acreditado el interés indebido de los funcionarios de Banmat a favor de Consorcio Los Álamos. El interés indebido se consideró probado porque se inició desde el proceso de contratación con la presentación del citado Proyecto en la Mesa de Partes de Banmat el día trece de mayo de dos mil cinco. La materialización de este interés tuvo como antecedente las tratativas previas de intervención e injerencia (reuniones, comunicaciones por correo electrónico, actos de promoción, etcétera).

- I. El interés en la contratación privada de compromiso de compra-venta de terreno celebrada por el Consorcio respecto del terreno en donde se ejecutó el Proyecto y el financiamiento para la compra del mismo por el Banmat, se acreditó con los aportes fácticos y valorativos citados en la prueba documental y testimonial actuadas en primera y segunda instancia.

TERCERO: Que contra la sentencia de vista interpusieron recurso de casación Jorge Ricardo Aparicio Mosselli, Raúl Emilio Del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe.

Si bien el Tribunal Superior concedió el recurso de casación de dos de los imputados, como aparece de la resolución de fojas seiscientos treinta y seis, de tres de agosto de dos mil quince, este Tribunal Supremo, en la estación procesal correspondiente, con arreglo al artículo 430° apartado 6 del Nuevo Código Procesal Penal, solo aceptó el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli, según el auto de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince -del cuadernillo de casación-.

CUARTO: Que, si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Aparicio Mosselli de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por el auto supremo de fojas ciento cincuenta y uno, de veinte de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A. El motivo de casación está vinculado a la inobservancia de la garantía constitucional de motivación (artículo 429° apartado 4 del Nuevo Código Procesal Penal), al no seguirse los presupuestos para el uso de la prueba indiciaria: hecho base probado, pluralidad de indicios, concomitancia al hecho indicado, interrelación indiciaria e inferencia razonable –respecto de lo cual existe una sentencia vinculante: 1 guión dos mil seis diagonal ESV guión veintidós, de trece de octubre de dos mil seis-.
- B. Denuncia al respecto que en la sentencia de vista se contabilizó dos veces un mismo hecho probado: autorización para el uso del logo de Banmat por Consorcio Los Álamos; y, se reputa que el cambio del Procedimiento que sustentó la aprobación del Proyecto presentado por el Consorcio Los Álamos, fue dispuesta para favorecerlo, denotando con ello un interés indebido en su aprobación y ejecución -el interés se concretó desde antes de la aprobación del aludido proyecto en la negociación con la empresa interesada, dato que se obtuvo de un correo electrónico que se encontraba en el archivo de la secretaria del imputado recurrente-.

- C. La doctrina jurisprudencial que se pretende es que se concreten las reglas metodológicas de la prueba indiciaria, pues en el **sub-lite** medió una falta de justificación en la elección de la premisa menor -no se superó la exigencia del hecho a probar en el uso de ciertos indicios de intervención delictiva-.

QUINTO: Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia de la resolución anterior, se profirió el decreto de fojas doscientos setenta y uno, de ocho de abril de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día veintiocho de abril último.

SEXTO: Que realizada la audiencia de casación con la intervención del abogado defensor del acusado, el señor Fiscal Adjunto Supremo y el abogado de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Procedida, tras la deliberación, a la votación respectiva, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que, en principio, la motivación descansa tanto en la declaración de hechos probados cuanto en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad cuanto las reglas sobre la medición judicial de la pena, así como los criterios de imputación civil y **quantum** de la reparación civil. Es de distinguir, por tanto, entre motivación sobre los hechos y motivación sobre la aplicación del derecho.

No existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penalmente antijurídico y culpable.

SEGUNDO: Que el delito objeto de acusación, enjuiciamiento y condena es el de “negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo”, previsto y sancionado por el artículo 399° del Código Penal. Esta norma prevé como incurso en sus disposiciones al “...**funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo...**”.

Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El tipo legal exige como requisito típico, primero, el estatus formal de funcionarios o servidor público, y, segundo, que la actuación realizada debe estar en razón al ejercicio de su cargo (relación funcional específica o ámbito de su competencia funcional)-. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero -no se atiende a la causa que impulsa la actuación torcida del funcionario-. Lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización sino que su actuación produzca un provecho en favor de terceros o de él. El interesarse debe implicar que el agente público es al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato y funcionario que interviene en él por razón de su cargo -se trata de un interés económico- [FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII, 2da. Edición, Abeledo guión Prelot, Buenos Aires, mil novecientos ochenta, página trescientos treinta y siete]; el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. Es un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la Administración Pública [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, página 362].

TERCERO: Que, en el caso de autos, según la sentencia de vista, se arribó a una conclusión condenatoria a partir de prueba indirecta, circunstancial o indiciaria -no medió confesión o una declaración de un delator o colaborador que exprese haber sido testigo de actuaciones indebidas, interesadas, de funcionarios de Banmat en coordinación y para favorecimiento del Consorcio Los Álamos en orden al financiamiento solicitado y posteriormente obtenido por aquél-. Esto último implica que se estimó acreditados hechos circundantes al hecho principal o típico -los denominados “hechos indicadores, hechos base o indicios”-, que a partir de una inferencia -sustentada en máximas de experiencia y/o leyes de la lógica- se arribó al “hecho indicado o hecho consecuencia”, constitutivo este último propiamente del tipo legal de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo.

CUARTO: Que en clave de motivación debe recordarse:

- A.** Los Tribunales de Mérito, desde luego, tienen la facultad de valorar racionalmente las pruebas practicadas en el juicio -de primera instancia y de apelación, con los límites legalmente reconocidos en armonía con el principio procedimental de inmediación-, pero tienen el deber de razonar expresamente tal valoración en el propio texto de la sentencia, cumpliendo así el deber de motivación impuesto por el artículo 139º inciso 5 de la Constitución.

- B.** Esa motivación constitucionalmente exigida ha de comprender necesariamente la mención expresa en el propio texto de la sentencia de los medios de prueba utilizados y el razonamiento sobre el valor de éstos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados -siempre en relación con el delito atribuido-.
- C.** La motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exige especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio. Debe razonarse el proceso de persuasión del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado, plasmando su razonamiento en la sentencia.

QUINTO: Que, en atención a la relación entre motivación fáctica y presunción de inocencia, es de acotar que el examen de esta última garantía importa un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad. La corrección de la prueba indiciaria se encuentra en el juicio sobre la suficiencia probatoria, mientras que la corrección de la motivación se encuentra en el juicio de razonabilidad.

En materia de prueba indiciaria, para que la conclusión incriminatoria pueda ser tenida por válida es preciso: **1.** Que los hechos indicadores o hechos-base sean varios y viertan sobre el hecho objeto de imputación o nuclear -deben estar, por lo demás, interrelacionados y ser convergentes: deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho a probar-. **2.** Que los indicios estén probatoriamente bien y definitivamente acreditados. **3.** Que la inferencia realizada a partir de aquéllos, por su suficiencia, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables -entre los hechos indicadores y su consecuencia, el hecho indicado, debe existir una armonía que descarte toda irracionalidad de modo que la deducción pueda considerarse lógica: el enlace ha de ser preciso y directo-. **4.** Que cuente con motivación suficiente, en cuya virtud el órgano jurisdiccional deberá expresar en la motivación los grandes hitos o líneas que lo condujeron a la deducción conforme al artículo 158º apartado 3 del Nuevo Código Procesal Penal -tiene que exteriorizar los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes (STCE ciento veinticuatro diagonal dos mil uno, de cuatro de junio)-.

A final de cuentas, la deducción realizada por el tribunal sentenciador debe implicar un raciocinio lógico e inteligible que a través de varios indicios objetivos sobre hechos no delictivos -datos objetivos fiables-, permite llegar al hecho consecuencia ya conculcador del precepto penal (STSE de quince de abril de mil novecientos noventa y siete).

En la conformación del análisis integral para la configuración de la prueba indiciaria, desde luego, no puede dejarse de tener presente lo que se entiende como “prueba en contrario” y “contraprueba”. En este último supuesto se ubica el contraindicio, que es la contraprueba indirecta, y que consiste en la prueba de algún hecho con el que se trata de desvirtuar la realidad de un hecho indiciario, al resultar incompatibles tales hechos entre sí o al cuestionar aquel hecho la realidad de éste, debilitando su fuerza probatoria [CLIMENT DURÁN, CARLOS: *La prueba penal*, 2da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil cinco, páginas novecientos treinta y siete guión novecientos cuarenta y uno].

A los efectos del presente caso, y del motivo de casación aceptado, es especialmente importante tanto el sub-punto tercero como el cuarto.

SEXTO: Que, sobre este punto, la sentencia de vista apreció que el interés indebido de Del Solar Portal y Aparicio Mosselli se produjo cuando se interesaron en el Proyecto Los Álamos de forma previa a la presentación del Proyecto en el Banmat, ocurrida el día trece de mayo de dos mil cinco. De esta manera, según el Tribunal Superior, indebidamente permitieron que el Proyecto “Los Álamos” usara el logotipo del Banmat en su material impreso de promoción como entidad financiera, así como el logotipo del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, lo que tuvo lugar el día veintiuno de marzo de dos mil cinco. Igualmente, el interés indebido se expresó en el hecho de que, a través del Gerente de Inversiones y Colocaciones, Roberto Mc Farlane Vidal, se convocó al Comité de Colocaciones para evaluar y aprobar, el día veintiocho de junio de dos mil cinco, la solicitud de financiamiento planteada por la empresa Consorcio Los Álamos.

El interés indebido se articuló desde antes que el proyecto ingresó a la Mesa de Partes de Banmat, el trece de mayo de dos mil cinco. Además, en un primer momento Banmat, cuyo objetivo institucional era otorgar créditos bajo la modalidad de construcción de viviendas a personas de escasos recursos a promotores privados, tenía establecido que los promotores debían ser propietarios del terreno donde se iba a realizar el proyecto de construcción de viviendas (Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres diagonal GT) –el acuerdo del Directorio de Banmat número veintiocho guión cero cinco guión cero dos, de diecinueve de marzo de dos mil dos, así lo establecía-. Esa condición, empero, se modificó el cuatro de abril de dos mil cinco para que Banmat también financie al promotor la adquisición del terreno –el inicio del procedimiento de modificación tuvo lugar el seis de enero de dos mil cinco cuando Del Solar Portal solicitó la modificación de las condiciones generales para el otorgamiento de financiamiento por Banmat-.

SÉPTIMO: Que los hechos indiciarios, indicadores o base, respecto de los cuales no existe controversia, son: **1.** La autorización para figurar el logo de Banmat y del Ministerio de

Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda del Consorcio Los Álamos, antes de la aprobación del financiamiento del proyecto de viviendas. **2.** El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno materia del proyecto de construcción de viviendas. **3.** La citación para la reunión del Comité de Colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión.

A partir de estos hechos se entendió que medió un interés indebido en provecho del Consorcio Los Álamos para otorgarle la aprobación de su proyecto de construcción de viviendas. Se aplicó máximas de experiencia, generales o comunes, en cuya virtud si se realizan conductas de coordinación o, en todo caso, de concertación con los promotores antes de la presentación formal de un proyecto de financiamiento, variando el procedimiento de otorgamiento de créditos y autorizando la utilización de logos oficiales para la difusión del proyecto, su carácter indebido resulta manifiesto.

El tema en debate es entonces, primero, ¿son esos todos los indicios terminantes para una tal conclusión inculpativa?; y, segundo, ¿son esas las máximas de experiencia a las que debió acudir?

OCTAVO: Que, al respecto, es importante tener presente que la sentencia de primera instancia estableció que no se probó: **1.** Que el imputado Aparicio Mosselli ordenara la modificación del Procedimiento P guión cero cero tres guión cero tres guión GT para incluir en él la posibilidad de financiamiento del terreno en proyectos inmobiliarios. **2.** Que dicho encausado se interesó directamente en la aprobación por el Comité de Colocaciones del proyecto inmobiliario del Consorcio Los Álamos, obviando el cumplimiento de una serie de requisitos previos. **3.** Que el referido acusado se interesó directamente en firmar las adendas uno, dos y tres del Convenio de Financiamiento entre el Banmat y el Consorcio Los Álamos.

El fallo de primera instancia solo resaltó las gestiones previas a la aprobación del proyecto, incluso antes de la presentación formal de la solicitud de financiamiento, las que estimaron indebidas y significativas de una negociación incompatible con la imparcialidad y objetividad en la actuación de un funcionarios público.

NOVENO: Que, sobre el particular, es de subrayar algunos puntos relevantes de cara al análisis inculpativo. **1.** Que el Acuerdo del Directorio de Banmat número veintidós guión cero dos, de diez de diciembre de dos mil dos, se suprimió la obligación del promotor de entregar como aporte inicial el terreno, de modo que –aun cuando sobre su interpretación existen declaraciones variadas de varios de los Directores [fundamentos cuarenta y uno y cuarenta y nueve de la sentencia de primera instancia]-. **2.** Que la fecha de presentación del Proyecto de Vivienda Los Álamos fue el trece de mayo de dos mil cinco y éste se aprobó en la sesión

del Comité de Colocaciones el veintiocho de junio de dos mil cinco, aunque es verdad que la orden de agendarlo para la sesión del Comité, la realización de la sesión del Comité y la aprobación ocurrió en un mismo día: veintiocho de junio de dos mil cinco –aunque el convenio se firmó el once de julio de dos mil cinco-. **3.** Que los pasos para modificar el Procedimiento del “Programa de Vivienda Básica a través de Promotor Inmobiliario” se iniciaron el seis de enero de dos mil cinco y culminaron con la efectiva reforma el cuatro de abril de dos mil cinco –antes de la fecha de presentación formal del Proyecto de Vivienda Los Álamos (trece de mayo de dos mil cinco)-, aunque con anterioridad a la intervención del Banmat en la celebración del acuerdo preparatorio de compromiso de compra venta del terreno donde se realizaría el Proyecto de Vivienda –celebrado el día uno de marzo de dos mil cinco-. **4.** Que la autorización para la utilización del logo institucional se produjo el veintiuno de marzo de dos mil cinco, después de la celebración del acuerdo preparatorio con los Bancos de Crédito y Financiero y antes de la presentación formal del Proyecto por parte de Consorcio Los Álamos ante el Banmat.

DÉCIMO: Que, ahora bien, es de precisar que en materia de hechos declarados probados y no probados en primera instancia, si la sentencia no es absoluta y no observa o cuestiona sus términos el Ministerio Público, no cabe al Tribunal de Apelación declarar probados hechos que fueron excluidos del *factum* condenatorio por el Tribunal de Primera Instancia. El juicio histórico del fallo condenatorio recurrido, salvo observaciones puntuales de la Fiscalía actuante en ese grado, o de error patente, de mero carácter material, o que revelen ambigüedad o contradicción interna evidente, del órgano jurisdiccional en el relato fáctico, no puede ser ampliado en lo esencial para incorporar lo que el Tribunal de Primera Instancia excluyó desde la *questio facti*.

De procederse en sentido contrario, la sentencia de vista sería *extrapetita* y violaría el principio de congruencia procesal.

Por ende, debe estarse a lo señalado en el fundamento jurídico séptimo.

DÉCIMO PRIMERO: Que si lo relativo a la modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat no puede ser atribuido a un acto de interés irregular o incompatible, tanto más si el Directorio no tenía prohibida tal posibilidad –que el financiamiento del Proyecto incluya la adquisición del terreno- desde mucho antes, a fines de dos mil dos [fundamento jurídico octavo, punto uno]. Además, si no se interesó en la citación del Comité de Colocaciones para la aprobación del Proyecto del Consorcio Los Álamos, resulta notoriamente insuficiente poder deducir, sin fisuras ni lagunas fácticas –presencia de otros indicios alrededor del hecho indicado-, que se perpetró una negociación incompatible.

De otro lado, el Procedimiento del Banmat exigía por parte del promotor privado la presentación de la solicitud de financiamiento con el cumplimiento de los requisitos fijados; y, para su concreción –tratándose de una entidad financiera–, era obvio reuniones previas y coordinaciones constantes entre el promotor y los responsables del Banmat, precisamente para garantizar que los documentos solicitados no presenten omisiones y contengan todas las pautas legal y financieramente exigibles. Por lo demás, si era del caso financiar la adquisición del terreno, el vendedor –dueño del bien– debía asegurar el pago y el Banmat tener firme que ese terreno se utilizaría para el proyecto y que estaba garantizada la operación de compra-venta.

Es de resaltar que no puede calificarse de “inusual” lo concerniente a la aprobación del proyecto de financiamiento presentado Consorcio Los Álamos. El análisis de ese punto requiere tener presente **(i)** que la documentación técnica se había completado y que la solicitud se presentó cuarenta días antes; **(ii)** que es pauta regular en órganos colegiados cuando se agenda un punto resolverlo en ese momento si tiene consistencia en los informes técnicos correspondientes –nada de eso se declaró probado que no existía–, y **(iii)** que, luego, el convenio se firmó trece días después. Si se afirma que fue inusual, entonces, esa afirmación sostenida desde un juicio de comparación de la actividad del Comité respecto de los tiempos utilizados requería de un fundamento probatorio específico. La regla de experiencia técnica estaba necesitada de prueba y esta prueba debía aportarla la acusación por imperio de la garantía de presunción de inocencia, lo que no hizo.

DÉCIMO SEGUNDO: Que Banmat es, como quedó expuesto, una entidad financiera. El financiamiento de proyectos de vivienda tiene sus propias reglas y pautas de gestión; no se está, en estos casos, ante un proyecto de inversión pública o una licitación para la adquisición o venta de bienes o servicios por la Administración. El banco debía cumplir sus metas de colocaciones y financiar proyectos de vivienda de acuerdo a su objeto social. Los responsables del mismo debían procurar el interés de la institución y el cumplimiento de los fines públicos o de política social del Estado, luego, no toda reunión o entrevista, previa a la presentación formal de la documentación, puede tildarse de indebida. Lo será cuando vulnere sus disposiciones internas, no cuida la corrección de la documentación aportada por el promotor, se financien proyectos distintos de los fijados institucionalmente, se prefiera proyectos deficientes en desmedro de otros social y financieramente inadecuado, que por falta de cuidado o por omisión dolosa se incorporó documentación falsa o deficiente o que no se incorporó la necesaria información o estudios técnicos para asegurar la viabilidad de la colocación de fondos, que la ejecución del convenio se interrumpió con perjuicio al Banmat y que éste quedase imposibilitado de recuperar su acreencia, que existió algún vínculo mercantil precedente entre los integrantes del Consorcio y los responsables del Banmat.

DÉCIMO TERCERO: Que es verdad que se autorizó, con carácter previo, la utilización del logo institucional para la difusión de un proyecto de vivienda aún no aprobado, así como que, antes de formalizar el cambio del procedimiento de otorgamiento de financiamiento, mediaron reuniones previas con el Banco de Crédito y el Banco Financiero para garantizar el financiamiento de la adquisición de terreno por parte de Consorcio Los Álamos.

Tales hechos, sin embargo, deben analizarse en el ámbito de la totalidad de gestiones realizadas entre el Consorcio y Banmat, de la naturaleza de la actividad financiera y de las exigencias para el financiamiento y de un proyecto de viviendas para personas de escasos recursos. Las máximas de experiencia son técnicas, no comunes, vinculadas al ámbito financiero.

No es, en sí mismo, irregular adelantar pasos antes de culminar el trámite de la concesión de un financiamiento. Cuando se autorizó la utilización del logo ya se contaba con el acuerdo preparatorio para la adquisición del terreno y, además, ese negocio se concretó en sus primeros pasos al aprobarse ulteriormente el financiamiento del proyecto del Consorcio. El aseguramiento del financiamiento del proyecto se produjo, en un primer paso firme, con el acuerdo preparatorio de compra venta del terreno. Examinar aisladamente ambos hechos excluyendo el contexto en que se produjeron y la naturaleza de la actividad bancaria, aun cuando del Estado, no permite definir la gravedad de los indicios exigibles e identificar la máxima de experiencia que debe utilizarse.

DÉCIMO CUARTO: Que, en consecuencia, los indicios no son lo plural y convergentes para dar por acreditados los cargos objetos de acusación, delimitados en por la sentencia de primera instancia, y las máximas de experiencia utilizadas no son las que debían aplicarse en supuestos de actividades financieras y del sector construcción. Existen, además, conraindicios no tenidos en cuenta y hechos que en segunda instancia se dieron por probados cuando en primera instancia se excluyeron por falta de pruebas. Todo ello hace que el juicio de culpabilidad no se corresponda con las exigencias normativas en materia de reglas de prueba penal en relación con los elementos del tipo legal de negociación incompatible. La motivación no es suficiente y el juicio de razonabilidad en orden a la inferencia no supera el baremo de lo constitucionalmente exigible para justificar que, en efecto, se enervó la presunción constitucional de inocencia.

Siendo así, la conclusión debe ser absoluta y hacerlo sin reenvío –juicios rescindete y rescisorio-. Si las exigencias de la prueba indiciaria no se han cumplido procede la absolución, no la nulidad del fallo.

DÉCIMO QUINTO: Que, en vista que el delito de negociación incompatible no ha sido acreditado más allá de toda duda razonable, la absolución no solo corresponde a uno de los imputados: al recurrente Aparicio Nosselli, sino también a su coimputado Del Solar Portal y al titular, como cómplice primario, del Consorcio Los Álamos, encausado Izaguirre Uribe. Los tres están en la misma situación jurídica en relación al hecho acusado.

El efecto extensivo en lo favorable del recurso de casación para los encausados no recurrentes -o, por extensión, cuyo recurso fue desestimado por razones formales- se encuentra contemplado en el artículo 408º numeral 1 del Nuevo Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado JORGE RICARDO APARICIO NOSSELLI de fojas quinientos cuarenta y siete, de veintiuno de julio de dos mil quince. En consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y siete, de siete de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, lo condenó como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado a dos años de pena privativa de libertad efectiva y cuatro años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil; con costas. **II.** Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ciento cuarenta y tres, de trece de febrero de dos mil quince, que condenó al recurrente como autor del delito de negociación incompatible en agravio del Estado; con lo demás que contiene; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada en su contra por el referido delito en agravio del Estado. En tal virtud, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en lo que él respecta, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. **MANDARON** se proceda a su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanado de autoridad competente; oficiándose. **III. EXTENDIERON** los efectos de esta decisión a los encausados Raúl Emilio del Solar Portal y Luis Felipe Izaguirre Uribe, condenados por delito de negociación incompatible en agravio del Estado y les impuso al primero cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, y cuatro años de inhabilitación, y al segundo y tres años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de dos años, y tres años de inhabilitación, así como fijó en cien mil soles el pago solidario por concepto de reparación civil. En consecuencia: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos, al primero por autoría y al segundo por complicidad primaria, por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. **DECRETARON** se archive el proceso definitivamente en lo que a ellos concierne, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. **IV. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines legales

correspondientes y se levanten las medidas de coerción dictadas en su contra. Hágase saber a las partes apersonadas en esta sede suprema. Intervienen los señores jueces supremos José Antonio Neyra Flores y César Hinostroza Pariachi por licencia de los señores jueces supremos Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas, respectivamente.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

Lima, cinco de mayo de dos mil dieciséis.-

AUTOS y VISTOS: conforme a la fecha de vista programada y la lectura de sentencia. **CONSIDERANDO: Único.** Que, este Supremo Colegiado emitió la ejecutoria suprema de fecha cinco de mayo de dos mil dieciséis, de la cual se advierte que por error material no se consignó correctamente el apellido materno del recurrente. En ese sentido, teniendo las facultades que tienen los jueces de completar e integrar las resoluciones judiciales, como lo dispone el artículo 298, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 126, en concordancia con el artículo 172 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al Proceso Penal, conforme lo establece su Primera Disposición Final: **ACLARARON** la sentencia casatoria respecto al apellido materno del encausado siendo lo correcto JORGE RICARDO APARICIO MOSSELLI –y no como erróneamente se ha consignado en dicha sentencia casatoria “NOSELLI”-, en el proceso seguido en su contra por delito de negociación incompatible en agravio del Estado. **MANDARON** que la presente resolución sea parte integrante de la mencionada Ejecutoria Suprema. **Hágase saber** y archívese.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

LA MOTIVACIÓN EN LA PRUEBA INDICIARIA CASACIÓN N° 628-2015-LIMA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: PEDRO ANGULO ARANA

SUMILLA:

I.- El deber de motivación. II.- Motivación y prueba indiciaria. III.- Indicios base plurales. IV.- Interrelación indiciaria. V.- La Casación N° 628-2015/Lima. VI.- Evaluación de los indicios. VII.- La Tipicidad Supuesta. VIII.- La Unicausalidad.

I. EL DEBER DE MOTIVACIÓN

En cualquier Estado de Derecho, los funcionarios públicos resultan obligados a motivar sus pronunciamientos y decisiones, para el efecto de desterrar la arbitrariedad, en relación a otros servidores públicos o ciudadanos particulares, sobre los cuales recaen esas decisiones.

Los jueces, es decir las autoridades que imparten justicia, en tanto terceros ajenos a las partes, respecto cualquier conflicto jurídico, resultan sumamente obligados a motivar sus decisiones y, más aún, las que ponen fin al conflicto. Entre nosotros tal es un mandato constitucional¹.

Entre todos los jueces, los de la especialidad penal, son los que más pueden afectar a las personas en sus derechos fundamentales y, por ende, sus pronunciamientos y decisiones, deben ser especialmente razonados y motivados.

Ahora bien, toda resolución de fondo, sabemos que debe ser especialmente elaborada en su motivación y sin menoscabo de las sentencias absolutorias, en tanto pronunciamiento final de un juez, diríamos que una sentencia condenatoria, debería ser muy rigurosamente motivada.

Finalmente, tratándose de sentencias condenatorias; bien podríamos agregar que si tales se sostuvieran a partir de pruebas indiciarias, deberíamos también afirmar que ellas requerirían de algunas líneas más todavía de fuerza motivacional.

1 Artículo 139 de la Constitución vigente, inciso 5: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan."

Lo referido debemos recalcarlo a partir de la idea que la prueba indiciaria² no es algo que se percibe de modo claro y concluyente ab initio, sino que constituye una elaboración de la inteligencia a partir de elementos indirectos al hecho que se pretende explicar, en su producción y autoría.

Por tanto, la probanza a través de indicios, obliga a realizar un trabajo del entendimiento, especialmente detallista y pormenorizado, que debe ofrecerse al auditorio jurídico mediante una debida motivación, en la que se explicita de modo convincente el razonamiento efectuado para lograr la conclusión.

II. MOTIVACIÓN Y PRUEBA INDICIARIA

Respecto aquello que se motiva³, bien cierto es que resulta parecido en cualquier sentencia condenatoria. Ello es así puesto que se motivan los hechos probados, en cuanto la realidad del ilícito penal, también la interpretación y aplicación de las normas que rigen al injusto penal y lo que atañe a la culpabilidad, la medición de la pena, la imputación civil y la reparación.

En realidad, puede advertirse que, en los casos de condenas hay coincidencias en la exigencia de motivación cuando se logró reunir prueba directa o prueba indirecta, en todos los niveles o rubros mencionados; pero, la exigencia para el segundo caso, se hará a nivel de la prueba del hecho ilícito y de la que vincule la autoría.

Lo referido es así, puesto que lo usual es que los primeros hechos, que deben probarse son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar la producción del hecho antijurídico o culpable. En principio, sin que necesariamente se indique al autor.

El conocimiento del hecho delictivo, generalmente, precede al conocimiento del autor del mismo. Respecto tal hecho, solo debe quedar claro, inicialmente, que aquél es obra de

2 "También llamada indirecta, circunstancial o conjetural, es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados –indicios- y el que se trate de probar –delito-. Rives Seva, Antonio Pablo, Director. Colaboradores: Manuel Marchena Gómez, Antonio del Moral García, Jaime Moreno Verdejo, Pablo Langarote Martínez. La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Aranzadi S.A., 2008, p. 233.

3 "El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esa razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso." Exp. N° 03433-2013-PA/TC Lima, Servicios Postales del Perú, Fundamento 4.4.3

una persona humana. Así, un robo, un homicidio, una falsificación, quedan materialmente delineados como delitos, antes de conocerse al autor.

Solo conocemos un caso en Estados Unidos, en que el hecho delictivo, un homicidio, en cuanto al cuerpo del delito, se consideró demostrado mediante indicios. Tal hecho consistió en el homicidio de una mujer, cuyo cuerpo no se encontraba y se procedió a hacer una última búsqueda exhaustiva en la casa donde había vivido.

Se sospechó de una zona de la casa, en la que se había renovado la alfombra y sacándola se examinaron las pequeñas separaciones entre la madera y con luminol se encontró sangre. Se levantaron por ello las maderas de su sitio y se encontró una gran huella de sangre seca por debajo de las maderas.

Un perito, trató de reproducir el suelo de cemento, sobre el cual colocaron la madera y encima la alfombra y derramaron líquido con el espesor de la sangre humana y esperaron. Levantaron a los días la madera para esperar una difusión como la encontrada en verdad y se dedujo que la sangre real, para dejar la huella existente, tendría que corresponder a cuatro litros de sangre.

Estando a la estatura y peso de la mujer desaparecida, a esa huella de sangre se le consideró cuerpo del delito, y que como tal acreditaba la muerte a pesar de no tener el cadáver, puesto que la víctima no hubiera podido seguir viviendo, luego de perder tal cantidad de sangre. Solo en ese caso, se ha acreditado indiciariamente el hecho delictivo, homicidio. La regla sigue siendo que el delito debe quedar acreditado antes.

Entonces se dice que, en el caso de la prueba indiciaria, debe especialmente darse un esfuerzo para vulnerar la presunción de inocencia y, ello se hace a partir del razonamiento realizado, que se expresará como motivación.

Por ende, bien se dice que se debe tomar un triple control: juicio sobre la prueba, juicio sobre la suficiencia y juicio sobre la motivación y su razonabilidad.

Así, en principio, se verificará, en ausencia de elementos de convicción, la presencia de elementos indiciarios, que sumados podrían erigir una prueba indiciaria de la autoría.

Seguidamente, distinguida y recogida la suma de indicios, se analizará crítica y valorativamente aquella, para hacer valer su suficiencia, lo que generará decir por ejemplo, que no existe presencia de contra indicios suficientes como para que debiliten los hallazgos.

De ser así, se habrá aquilatado la suficiencia de lo reunido como para atribuir la autoría y declararlo así.

Finalmente, se podrá elaborar la fundamentación global de la convicción formada en el juez y sólo tal se aplicará en juicio sobre la motivación trabajada y su razonabilidad. En España, el TC precisamente, ante la falta de motivación, ha declarado la vulneración del artículo 24.2 de la constitución española⁴.

III. INDICIOS BASE PLURALES

La casación, tuvo una motivación razonable, como es que se concreten las reglas para que se pudiera tener por configurada la prueba indiciaria.

Así, el hecho es que en lo teórico, para que exista la probanza por indicios, se tienen que dar ciertas condiciones que vienen a ser: la presencia de datos, que puedan servir de indicios base, una vez que pueda dárseles por debidamente probados, es decir que no exista duda de su concreción.

Un indicio, se convierte en base de la prueba indiciaria, cuando su existencia y vínculo indirecto que es capaz de consolidar, ya no admite duda; pero, lo cierto es que un solo indicio, aunque hubiera sido comprobado en ambas condiciones, tampoco tiene fuerza suficiente como para probar en solitario⁵.

4 "En el caso examinado, el TC, en la fundamentación de la sentencia impugnada, después de afirmar que la prueba indiciaria o conjetural es muy valiosa y perfectamente valorable, con tal que entre el hecho acreditado y el que se trata de probar haya el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano a que se refiere el artículo 1253 del Código Civil, se limita a enumerar las diligencias de prueba que obran en la causa, practicadas tanto en la fase sumarial como en el juicio oral. Prescinde por completo de su contenido exculpatorio o inculpatorio, incluyendo diligencias de contenido intrascendente; no indica qué hechos pueden calificarse de indicios ni analiza si están suficientemente probados, ya que no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades y, finalmente, no hace referencia alguna al proceso mental –que ha de ser razonado– que le habría permitido apreciar la existencia del enlace preciso y directo que el propio Tribunal se refiere, conduciéndole a estimar probados los hechos constitutivos del delito y, en consecuencia, a considerar desvirtuada la presunción de inocencia.

En consecuencia, al no haber verificado el TC si la prueba indiciaria en la que se basa la sentencia condenatoria satisfacía o no las exigencias constitucionales, es preciso concluir que se ha vulnerado el art. 24.2 de la constitución." Sentencia del Tribunal Constitucional 229/1988, de 1 de diciembre de 1988, FJ 1, BOE 23-12-88). Pastor Alcoy, Francisco; Prueba de Indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia; Tirant Lo Blanch, "Abogacía Práctica", Valencia, 2003, p. 112 y 113.

5 En La Biblia, en el Libro I De los Reyes (3: 16 al 28), se trata del Juicio de Salomón, narrándose que dos mujeres se disputaban a un niño. Salomón manda partir al niño en dos y entregará al mismo a la mujer que renunció a él, con tal que no le quitaran la vida. Salomón en tal caso, con su acto de violencia, generó las respuestas de ambas: tales fueron los indicios y a uno de ellos aplicó una regla de la experiencia: el sacrificio que es capaz de realizar una madre verdadera, por el bien de su hijo. Del otro lado, la respuesta fue, exactamente lo contrario.

En otras palabras, no podemos hablar de un solo indicio base, que pueda generar una prueba indiciaria, sino que tienen que presentarse varios indicios consolidados como bases y, además, tales indicios deben de ser de distinta especie y, por ende, solo sumados aquellos se tendrá la prueba indiciaria.

Obvio será, además, que cada uno de tales indicios deben vincularse al hecho ilícito penal y al imputado, vinculándolos en una situación temporal y espacial que podría ser a modo de antecedente, concomitancia o posterioridad.

Precisamente, se ha establecido que sólo de modo excepcional, un solo indicio base podría configurar la prueba indiciaria. Tal podría ser el caso de un examen de ADN, en un caso de violación sexual, cuando el presunto autor negara los hechos.

Aquel imputado, quedará desmentido en sus afirmaciones que negaran su responsabilidad, al decir que jamás tuvo contacto sexual con aquella, si de la vagina de la víctima se extrajera semen y el ADN de aquel coincidiera con el suyo.

En tal caso, tenemos un indicio de excepcional fuerza probatoria; pero, lo normal en casos de prueba indiciaria es que los indicios base deben de ser varios, es decir plurales.

IV. INTERRELACIÓN INDICIARIA

Los indicios deben ser coincidentes al vincular una sola persona o conjunto de personas en su presunta autoría; siendo por ello que se dice que deben ser convergentes y coherentes (a ello se llama interrelación indiciaria) e independientes entre ellos.

En tal sentido, si existiera que uno o más indicios de los que fueran base apuntaran hacia otra persona, ello generará en favor de la primera, un contraindicio, y la divergencia de los indicios, generará en favor de ambos, contraindicios atendibles, que impedirán que se configure la prueba indiciaria, en contra de cualquiera de ellas.

Solo cuando los indicios base, se interrelacionen en todas sus posibilidades de modo coincidente, será que podrá desarrollarse la inferencia, que es el razonamiento deductivo, capaz de concluir válidamente el vínculo causal y la autoría del imputado.

Así quedará razonablemente motivada la sentencia, en contra del imputado, lo que será examinado como juicio de razonabilidad.

Ello eliminó la duda y generó certeza. La situación exhibe una gran fuerza de convicción en virtud que la regla de la experiencia es conocida y aceptada.

En tal caso, cabe recalcar, como se dice en la casación en comento, lo cual es doblemente válido para la probanza por indicios, que: “no existe, pues, motivación en sí, sino aquella referida básicamente a un tipo legal, a sus exigencias normativas y al juicio de adecuación típica, entre otros.”

V. LA CASACIÓN N° 628-2015/LIMA

En el caso examinado, concretamente en la casación, la sentencia de vista condena al procesado recurrente a partir de la prueba indiciaria, quedando para la sala superior demostrado que funcionarios de Banmat coordinaron con el Consorcio Los Alamos, y le favorecieron.

El favorecimiento consistió en que financiaron su proyecto y para establecer ello, dieron por acreditados hechos indirectos que presuntamente sirvieron para configurar una negociación incompatible⁶ o aprovechamiento indebido del cargo.

La Sala, para tener por probados los hechos, debía razonar los hechos que vinculaban a los imputados con el ilícito, debiendo exponer los hechos base encontrados, mencionar los vínculos de aquellos con el ilícito penal y los imputados.

Conforme se ha dicho, tratándose de prueba indiciaria, era exigible un razonamiento debidamente elaborado, como para demostrar los vínculos, entre los indicios base y el hecho inferido, vale decir la responsabilidad de los imputados, como autores del delito.

Para ello, se deben exteriorizar o exhibir en la motivación los engarces lógicos, bajo el criterio humano o a partir de reglas de la experiencia o leyes científicas.

En el caso examinado, se precian los siguientes hechos respecto los cuales puede decirse que son indicios base: 1. La autorización para que figure el logo de Banmat y del Ministerio de Vivienda en los folletos y comunicaciones de difusión y propaganda del consorcio Los

6 En el artículo 399 del Código Penal, en la Negociación Incompatible, se indica: “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.” Por lo genérico de la figura, hay autores que indican que para la comisión del ilícito penal no se requiere necesariamente hacer algo contrario al desempeño del cargo ni realigar en sí mismo alguna concertación ni la existencia del perjuicio, tal refiere Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos Contra la Administración Pública*, Editorial Grijley, Lima, 2015, p. 565 citando a José Luis Castillo Alva, quien a su vez, cita a Luzón Peña, Manuel, en “El Delito de Negociación Incompatible”, en *Cuestiones actuales del sistema penal –Crisis y desafíos-*, Ara Editores, Lima, 2008, p. 565.

Álamos, antes de la aprobación del financiamiento para autorizar el financiamiento del proyecto de viviendas. 2. El cambio del procedimiento para autorizar el financiamiento del terreno, materia del proyecto de construcción de viviendas. 3. La citación para la reunión del comité de colocaciones en un mismo día, en el que también se aprobó el proyecto en cuestión.

La pregunta es si los indicios mencionados pueden tenerse como indicios de diferente especie, los cuales se pudieran tener como indicios base y considerarlos plurales, para seguidamente analizarlos en su coherencia, concordancia y coincidencia.

También se debería examinar el criterio que les distinguió o las máximas de la experiencia apreciadas y la razonabilidad de la inferencia y su conclusión.

Adicionalmente, en el caso concreto, la sala superior incurrió en un grave error, por cuanto habiendo sido condenatoria la sentencia de primera instancia y habiendo excluido ciertos hechos, al no declararlos probados, de la *questio facti*; y sin que la fiscalía observara ello, no cabía que el superior los incorporase, como materia de pronunciamiento, lo cual se hizo.

En ese último sentido, la sentencia de primera instancia estableció que no se probaron tres cosas: 1. Que el imputado recurrente ordenara la modificación del procedimiento, para incluir en él, la posibilidad de financiar el terreno para proyectos inmobiliarios. 2. Que el mismo imputado recurrente se interesó en la aprobación por el Comité de Colocaciones del proyecto inmobiliario del consorcio Los Alamos, obviando el cumplimiento de requisitos. 3. Que el mismo recurrente se interesó directamente en financiar adendas del Convenio de Financiamiento. El fallo de primera instancia solo resaltó las gestiones previas a la apropiación del proyecto y las estimó indebidas y significativas de negociación incompatible.

VI. EVALUACIÓN DE LOS INDICIOS

Como es de verse, de lo apuntado hasta ahora, la sala superior no desarrolló una debida motivación, por lo siguiente:

a) La modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat, no puede necesariamente (como debería ser para tener el indicio por consolidado) atribuirse a un interés irregular o incompatible, pues el Directorio no tenía prohibido incluir la adquisición del terreno, como parte del financiamiento del proyecto.

b) En la sentencia de primera instancia quedó claro que el imputado recurrente, no se interesó en citar al Comité de colocaciones, para aprobar el proyecto con el Consorcio Los Alamos. Y tal acción hubiera sido coherente con el supuesto interés y al no haberlo hecho,

aparece como algo contradictorio. Tampoco se ha argumentado un motivo razonable para que tal cosa no se hiciera, si existía el interés, y no existiendo ello, actuaría como conraindicio.

c) El procedimiento original o modificado, se establece que incluía reuniones o coordinaciones constantes, entre representantes de Banmat y los promotores, por lo cual no es posible identificar que tales solo fueran para efectos ilegales.

d) La “inusual” aprobación del proyecto, no resulta ser un indicio base, pues se dio en el tiempo, luego de un procedimiento que tampoco fue tan veloz y hubiera requerido de comprobación; pero, no se había consolidado en tal condición. Es decir, hubo apresuramiento y confusión en el manejo de tal prueba.

e) La autorización previa, para el uso del logo institucional y la difusión cierto es que no suele ser lo normal y quizá adecuado; pero, tampoco se revela por sí mismo irregular y debe indicarse que, en tal momento de ceder al logo, ya se había adelantado un acuerdo preparatorio.

En todo caso, los citados no bastaban para ser indicios bases del delito. Así pues, no existieron indicios de diferente tipo o naturaleza que se les pudiera sumar y entender como base suficiente cada uno.

En el presente caso, se advierte que el mismo hecho delictivo resulta discutido, en cuanto sus elementos componentes, lo que impide que se pueda decir, inclusive, que hubiera insuficiencia probatoria, pues el trabajo, desde un comienzo debió intentar configurar primero el hecho ilícito.

VII. LA TIPICIDAD SUPUESTA

En los casos de prueba mediante indicios, queda claro que lo que ha de demostrarse no es exactamente la tipicidad que se hace evidente mediante elementos de convicción. Ya hemos visto que una violación queda demostrada por encontrarse semen y el ADN del imputado en la vagina de la agraviada, siendo evidente que ello mismo no reproduce la tipicidad de una violación; pero, se le supone.

Igualmente, cuando un individuo huye con un cuchillo ensangrentado y es detenido, será obvio que nadie vio la agresión a su víctima; pero, se supone al saber que juró asesinarle y se aprecia que huyó, de dónde tal fue acuchillado y no tiene manera de explicar que le salpicó la sangre de la víctima, del modo que típicamente sucede, cuando alguien es acuchillado.

Así pues, apreciamos que la tipicidad es supuesta, lo que se condice con lo afirmado por Javier Sánchez-Vera: "...la prueba de indicios entendida en un sentido clásico trata de demostrar la certeza de unos hechos (o indicios) que no son los constitutivos del delito (no son los elementos típicos), pero de los que se entiende que deberían inferirse éstos mediante un razonamiento basado en el nexo lógico y normativo existente entre los hechos probados -los indicios-, los hechos típicos, y todos ellos entre sí."⁷

También se dice: "La actividad probatoria indiciaria recae, por definición, no sobre los hechos directamente determinantes de la responsabilidad criminal, sino sobre otros, a partir de los cuales y mediante un razonamiento lógico puede establecerse la existencia de aquellos."⁸

En tal sentido, en la motivación, deben exhibirse y detallarse los indicios a partir de los cuales se realiza la inferencia, vale decir el salto expreso desde los indicios hacia los elementos típicos suficientes como para dar por acreditada la comisión del ilícito y su autoría.

Los hechos que se han de presumir, lo han de ser a nivel de certeza, lo cual tiene, evidentemente, una máxima exigencia, que debe ser satisfecha y exhibida como parte de la motivación, en cuanto una tipicidad suficiente. Lo que cabe descartar de modo obligado es la ambigüedad o duda, pues ello impide generar la deducción.

VIII. LA UNICAUSALIDAD

En la probanza por indicios, resulta sumamente relevante para construir la prueba y tiene que ser parte de la motivación que se exhiba, que un hecho solo pueda haber sido originado por una causa y no por otra o cualquiera de varias causas indistintamente o un grupo de algunas en combinación. Las últimas situaciones quitan peso y significado al indicio.

Por lo dicho se dice: "Cuanto más seguro resulte que, según las máximas de la experiencia correspondientes, un efecto tenga solo una causa, o una causa solo un efecto, más fuerte será el indicio. Al contrario, cuanto más sencillo sea que un efecto tenga otra u otras causas distintas al delito (pudo ser sangre porque se manchó al tratar de ayudar), o que una causa tenga otro u otros efectos no necesariamente delictivos (pudo pedir dinero prestado a un amigo), menor valor -más debilidad- tendrán esos respectivos pretendidos indicios."⁹

7 Sánchez - Vera Gómez - Trelles, Javier; Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal. Ediciones jurídicas y sociales S.A.; Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 67

8 Ovejero Puente, Ana María; Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 84.

9 Sánchez - Vera; ob. Cit., p. 68.

Si acaso, equivocadamente, se hace una inferencia atribuyendo un resultado a un fenómeno, identificado como indicio; pero, se mencionan las otras posibles causas del mismo, tenemos que la atribución no poseerá ninguna fuerza vinculante y en tal caso, se habla de una inferencia débil, abierta, indeterminada, no concluyente y, por ende, el indicio carece de relevancia.

“El hecho presunto -idea o representación mental-, en este caso y, es una hipótesis que explica satisfactoriamente los hechos percibidos -indicios-. Dicho de otra manera, nos encontramos ante una inferencia que supone pasar de una determinada evidencia a una explicación que le confiere sentido. El hecho pasado u oculto, para nosotros hecho presunto, es explicativo del hecho observado o percibido, en tanto en cuanto, existe una conexión decisiva entre ambos, de tal modo que si el hecho pasado u oculto fuera cierto, sería totalmente comprensible y razonable la presencia del hecho observado o percibido.”¹⁰

En el caso concreto de la casación estudiada, apreciamos que las reuniones o coordinaciones que se hicieron, en cuanto no estaban prohibidas y, más aún, se debían de dar como parte de las tratativas y el procedimiento, no podían atribuirse a ilegalidades y, en el peor de los casos, no pudo identificarse a las que podrían haberse dado con motivación ilícita.

Lo mismo sucede con la cesión del logo, que prima facie, no puede ser atribuido a un acto ilícito sin más posibilidad explicatoria. Lo mismo sucede con la modificación del procedimiento de actuación de los órganos ejecutivos del Banmat en cuanto la única causa atribuible, no era la ilicitud penal. En todos estos casos eran fórmulas abiertas que no obedecían a indicios únicos identificables.

10 Miranda Vásquez, Carlos de; La Prueba indiciaria: ¿Deducción? ¿Inducción? ¿Abducción? ¿O inferencia a la mejor explicación?, artículo en Prueba y Razonamiento Probatorio en Derecho. Debates sobre abducción. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bononino, coordinadores. Editorial Comares, Granada, 2014, p. 199.

16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 631-2015
AREQUIPA

EL ARRAIGO COMO PRESUPUESTO DEL PELIGRO DE FUGA

SUMILLA:

Los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están vinculados al arraigo, el mismo que tiene tres dimensiones: **1)** La posesión, **2)** el arraigo familiar y **3)** el arraigo laboral. De presentarse estas circunstancias, desincentivan la fuga del imputado. Otro criterio relevante del peligro de fuga está relacionado con la moralidad del imputado, esto es, la carencia de antecedentes. La pena podrá ser relevante, pero si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva. Asumir un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de diciembre de dos mil quince.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía de motivación y por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado CARLOS RÍOS SÁNCHEZ contra el auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, dictó mandato de prisión preventiva en su contra por el plazo de nueve meses; en la investigación preparatoria que se sigue a él y a otros por delito de colusión agravada -en calidad de cómplice primario- en agraviu del Estado.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO: Que por Disposición Fiscal de fojas ciento siete, del doce de junio de dos mil quince, complementada por Disposición Fiscal de fojas ciento cincuenta, del siete de agosto de dos mil quince -del cuaderno de casación-, el Fiscal Supraprovincial Corporativo Especializado en Delitos de corrupción de funcionarios formalizó investigación preparatoria contra veinte personas, entre funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa y miembros de empresas privadas, por delito de colusión agravada en agravio del Estado.

SEGUNDO: Que mediante requerimiento fiscal de fojas una, del doce de junio de dos mil quince, solicitó al Juez de Investigación Preparatoria de Paucarpata dicte mandato de prisión preventiva contra el encausado Carlos Ríos Sánchez.

El citado Juez de la Investigación Preparatoria por auto de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, previa audiencia, estimó parcialmente la prisión preventiva por el plazo de seis meses. Contra esa decisión recurrieron en apelación tanto la Fiscalía Provincial cuanto el imputado Ríos Sánchez.

TERCERO: Que la Sala Penal Superior por auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia estimó la medida de prisión preventiva pero por el plazo de nueve meses.

CUARTO: Que el encausado Ríos Sánchez interpuso recurso de casación por escrito de fojas trescientos veintinueve, del veintitrés de julio de dos mil quince, bajo los motivos de infracción de precepto constitucional: principio de legalidad penal: artículo 2º.24, literal d), de la Constitución, y de infracción de la garantía de motivación: artículo 139º, apartado 5, de la Constitución.

Concedido el recurso de casación por auto de fojas trescientos cuarenta y seis, del treinta de julio de dos mil quince, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha treinta y uno de agosto de dos mil quince.

QUINTO: Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación por Ejecutoria Suprema de fojas setenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil quince, solo admitió a trámite el citado recurso por las causales de inobservancia de precepto procesal y quebrantamiento de la garantía de motivación (artículo 429º, apartados 4 y 2, del Nuevo Código Procesal Penal).

SEXTO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia el dieciocho de diciembre de dos mil quince, realizada ésta con la concurrencia del Doctor Eduardo Alcócer Pouis, por el imputado y del Doctor Alcides Chinchay Castillo, Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, el estado de la causa es la expedir sentencia.

SÉPTIMO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación señalándose para la audiencia de lectura de la misma el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que, conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas setenta y ocho del cuaderno de casación, del seis de noviembre de dos mil quince, los únicos motivos de casación admitidos son inobservancia de precepto procesal y quebrantamiento de la garantía de motivación. Al respecto, la defensa del encausado Ríos Sánchez en su recurso formalizado denuncia que medió una motivación aparente acerca del “peligro de fuga” en relación a los factores que lo determinan y a las razones para aumentar el plazo concreto de la prisión preventiva.

SEGUNDO: Que el auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

- A.** A pesar de que el imputado tiene esposa y dos hijos con residencia en el país, la vinculación con su país natal: España, y con familiares cercanos que habitan allí, además del intenso movimiento migratorio que tiene, determinan la facilidad no solo de salir del país, sino de instalarse en otro.
- B.** La gravedad de la pena no es suficiente para concluir peligro de fuga. Para el concreto caso se valoró la facilidad de rehuir a la justicia y la magnitud del daño causado.
- C.** Para aumentar el plazo de prisión preventiva, de seis a nueve meses, se limitó a mencionar que la prisión preventiva no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso.

TERCERO: Que el análisis del recurso se centra en los alcances que tiene la norma procesal respecto de la acreditación y sentido interpretativo del peligro de fuga en orden, fundamentalmente, al arraigo, esto es, cómo ha de interpretarse el peligro de fuga y qué lineamientos de acreditación es del caso asumir y cómo aplicarlos en un caso concreto.

Cabe desde ya afirmar que se trata de una circunstancia que rige para la determinación del riesgo de fuga. En buena cuenta, se trata de datos que la experiencia acredita como significativos de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan. No se erigen en criterios automáticos que deban ser considerado o valorado judicialmente al margen de su concurrencia efectiva en el caso concreto, sino meramente indicativos, nunca vinculantes y han de valorarse de modo individualizado [ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: **Derecho Procesal Penal**, Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil ocho, página ciento noventa y dos].

CUARTO: Que, ahora bien, el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Éste tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga -que es el paradigma del *periculum libertatis*-, y obstaculización (artículos 268º, apartado 1, literal c y 269º - 270º del Nuevo Código Procesal Penal).

El peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado o bien se vaya a sustraer de la pena que se le podría imponer [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: **Proceso Penal Comentado**, cuarta edición, Editorial Jurídica Continental, San José, dos mil nueve, página trescientos ochenta y ocho].

Dentro de los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como 'arraigo' -que tiene esencialmente un carácter objetivo, y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto- (artículo 269º del Nuevo Código Procesal Penal). El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo de presentarse, desincentivan la fuga del imputado [DEL RIO LABARTHE, GONZALO: **La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**. En: Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal, Lima, dos mil ocho, página noventa y siete]

QUINTO: Que, analizando el caso concreto, está acreditado que el imputado Ríos Sánchez tiene esposa e hijos con residencia en Perú, y registra actividad laboral conocida, razón de ser de su presencia en el país. No se trata, por lo demás, de un accionista, administrador -cuando los hechos- o gerente de la empresa EPYSA-PERÚ, cuyo poder económico y contactos en el exterior podrían indicar la probabilidad de alejarse del país.

No cabe duda, por tanto, que el imputado tiene arraigo. Los autos de primera instancia y de vista así lo acreditan. Sin embargo, fundamentan el peligro de fuga en dos aspectos: *i)* la vinculación del imputado a su país natal: España, con presencia de familiares cercanos que hacen viable la posibilidad de abandonar el país, y *ii)* el intenso movimiento migratorio, que facilitaría la posibilidad de salir del país.

SEXTO: Que es cierto que los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso.

Si se tiene en cuenta que *prima facie* está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú, sólo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente.

Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga.

SÉPTIMO: Que un criterio tomado en cuenta para determinar el peligro de fuga fue el intenso movimiento migratorio del imputado Ríos Sánchez, aunque se trata de viajes por motivos laborales, vinculados a su labor profesional, de corto alcance y de regreso inmediato al Perú. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del diez de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, recaída en el Asunto Stögmüller contra Austria, estableció que la simple posibilidad o facilidad que tiene el procesado para pasar la frontera no implica peligro de fuga. De esta forma, no puede estimarse el peligro de fuga en función a los diversos viajes fuera del país que puede realizar un imputado extranjero o peruano.

No es concluyente, por tanto, los pocos o muchos viajes que un encausado realice al extranjero. Lo que determina un fundado peligro de fuga es que un imputado no tenga arraigo laboral, familiar o laboral y tenga contactos en el exterior que le permitan alejarse del país, a la vez que, concurrentemente, consten otros datos derivados de la naturaleza del hecho y de la gravedad de la pena -el monto de la pena, tampoco debe ser examinado en forma aislada, sino debe ser considerado en relación con otras circunstancias, tales como (i) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro posterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, (ii) la personalidad del imputado y/o (iii) sus relaciones privadas (sus vínculos familiares, laborales) [LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: obra citada, páginas trescientos ochenta y ocho guión trescientos ochenta y nueve-].

OCTAVO: Que, como ya se ha sostenido abundantemente, la prisión preventiva es una medida excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso mediante la restricción de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma. En consecuencia, la privación de libertad ha de ser la excepción; y, se ha de adoptar cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con aquélla [BARONA VILAR, SILVIA: *Derecho Jurisdiccional III*. 15º Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, dos mil siete, página cuatrocientos noventa y ocho]. Rige el principio hermenéutico rector de las normas relativas a prisión preventiva: el de *favor libertatis*, o de *in dubio pro libertatis*.

Es claro, por consiguiente, que en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria debe ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de dichos derechos; de suerte, que la exigencia del principio de necesidad se imponga, en cuya virtud, se requiere: (i) la excepcionalidad, conforme a la cual la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general y aplicarse cuando no cabe otra opción para el cumplimiento de los fines que la justifican; y, (ii) la subsidiaridad, que obliga al órgano jurisdiccional a examinar, no sólo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, ello no obstante, no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental [GIMENO SENDRA, GIMENO: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, dos mil cuatro, página quinientos treinta y siete].

NOVENO: Que otros criterios relevantes del riesgo de fuga, que no cabe presumirlo, están en relación a la moralidad del imputado, las acusaciones personales y del caso. Éste carece de antecedentes -así lo han reconocido los autos de mérito-, no huyó al iniciarse las diligencias preliminares e, incluso, ya abierta éste viajó y regresó al país para someterse al

procedimiento de investigación. No existe otro dato que permita advertir un riesgo de fuga razonable. La pena podrá ser relevante, pero si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva.

DÉCIMO: Que, en virtud a lo precedentemente expuesto, es de concluir que los órganos jurisdiccionales de mérito inobservaron las exigencias establecidas en el artículo 268º, literal c, concordante con el artículo 269º del Nuevo Código Procesal Penal. Sobre estas consideraciones se limitó indebidamente la libertad del imputado al imponerse desproporcionadamente la medida de coerción personal de prisión preventiva a pesar de que demostró arraigo y no se presentan otros criterios que concurrentemente autoricen a afirmar la existencia de un fundado peligro de fuga.

El Tribunal Superior, además, incrementó el plazo de prisión preventiva, con el solo argumento de que ésta no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso. Tal resolución al hacer referencia a pautas generales sin referencia a las concretas razones para un incremento del plazo de privación procesal de la libertad, importa una motivación irrazonable, que no puede ratificarse. No cabe otra opción que casar el auto de vista.

DÉCIMO PRIMERO: Que es de tener en cuenta que el auto de primera instancia dispuso la prisión preventiva de Ríos Sánchez por el plazo de seis meses, que a la fecha ya uenció -está preso desde el catorce de junio último-. Ante la ausencia de un presupuesto material de la prisión preventiva, solo cabe dictar en su reemplazo el mandato de comparecencia y disponer su inmediata libertad. La privación de libertad sufrida, por su extensión, también impide la medida de coerción personal de impedimento de salida (véase artículo 296º, apartado 2), del Nuevo Código Procesal Penal).

El mandato de comparecencia, en atención a la pena del delito objeto de la investigación preparatoria y a la situación personal del imputado, debe imponerse con las restricciones fijadas en los artículos 287º y 288º del aludido Código Procesal. En concreto: la caución -que permite compatibilizar el derecho a la libertad con la necesidad de asegurar el proceso- y las exigencias vinculadas a su presencia en el Juzgado, su ubicación domiciliaria y de trabajo, y la comunicación de sus actividades y viajes.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía de motivación y por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el

encausado CARLOS RÍOS SÁNCHEZ; en consecuencia: **CASARON** el auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, dictó mandato de prisión preventiva de nueve meses en su contra; en la investigación preparatoria que se le sigue por delito de colusión agravada en agravio del Estado; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** el auto de primera instancia ya citado; reformándolo: **DESESTIMARON** el requerimiento de prisión preventiva formulado por el señor Fiscal Supraprovincial Corporativo Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios; y, dictaron mandato de comparecencia con las siguientes restricciones: **a)** Concurrir al módulo básico de Paucarpata cada fin de mes para firmar el libro o realizar el control biométrico correspondiente. **b)** comunicar previamente al órgano judicial si va a viajar fuera de la localidad o al extranjero, con la expresa mención del día de viaje y el día de retorno, así como los motivos del mismo. **c)** No variar de domicilio sin previo aviso a la autoridad competente. **d)** cumplir con las citaciones y requerimientos judiciales obligatoriamente. **e)** Pagar por concepto de caución la suma de diez mil soles.

II. ORDENARON la inmediata libertad de Carlos Ríos Sánchez, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o de prisión preventiva dispuesta por autoridad competente; cursándose los oficios correspondientes. **III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto, seguido, se notifique a todas las partes personadas a la instancia. **IV. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

EL ARRAIGO COMO CRITERIO FUNDAMENTAL PARA EVALUAR EL PELIGRO DE FUGA CASACIÓN N° 631-2015-AREQUIPA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: GONZALO DEL RÍO LABARTHE¹

SUMILLA:

En el ámbito de las medidas cautelares personales del proceso penal, el arraigo es el criterio más utilizado, y quizá por eso, el más importante en la valoración del peligro de fuga. Más que un criterio, acoge un conjunto de nociones de vital importancia para la evaluación de la relación del imputado con el lugar donde se tramita el proceso. La Casación N° 631-2015-Arequipa es un precedente fundamental para entender el arraigo, sobre todo en el contexto de la condición de un imputado extranjero. En estos casos no solo es indispensable valorar las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, también es necesario analizar el arraigo familiar y domiciliario; que, en el contexto de un ciudadano extranjero, presentan características especiales.

1. INTRODUCCIÓN

El arraigo, es probablemente el criterio más importante para evaluar el peligro de fuga en el marco de la adopción de las medidas cautelares personales del proceso penal, y en forma específica, en el contexto de aplicación de la prisión preventiva. Por esta razón, su análisis resulta fundamental, por la importancia que tiene la institución del peligro de fuga en la aplicación de la prisión preventiva.

Así lo demuestra un estudio realizado por IDL, que demuestra que el 88% del total de argumentos utilizados (en una evaluación de 138 casos) en el requerimiento de prisión preventiva del Ministerio Público, se justifica en el peligro de fuga; y que el 92.5% del total de argumentos utilizados por la defensa del imputado, constituyen descargos destinados a descartarlo. Con el resultado de que en el 87% de los casos en los que se aplica la prisión preventiva, el argumento central de la justificación, es el peligro de fuga.²

La dificultad que presenta la evaluación del arraigo responde a varios factores: 1) es un criterio plural, que acarrea el análisis de distintos elementos; 2) exige una motivación

1 Profesor de Derecho Procesal Penal - PUCP

2 DE LA JARA, E., CHÁVEZ-TAFUR, G., RAVELO, A., GRÁNDEZ, A., DEL VALLE, O., Y SÁNCHEZ, L., La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada? IDL, Lima, 2013, pp. 63-64.

específica en el marco del pronóstico del peligro procesal, porque su fortaleza o debilidad depende totalmente del análisis del caso específico; y, 3) debe ser consecuencia de un debate procesal en la audiencia de aplicación de la prisión preventiva, con plena contradicción de las partes.

Su análisis presenta muchas aristas problemáticas, con motivaciones contradictorias en base a situaciones idénticas, y con una tendencia a “simplificar” una evaluación compleja, por lo que es importante comprender que el dato fundamental en torno al arraigo es ponderar los distintos componentes, que se presentan en cada supuesto, y que exigen una evaluación seria y rigurosa para realizar un pronóstico de fuga específico.

En este trabajo desarrollaremos la Casación N° 631-2015-Arequipa, del 21 de diciembre del 2015, que realiza un desarrollo valioso y pormenorizado del arraigo y sus variantes, y que fija criterios importantes para su correcta valoración.

2. EL ARRAIGO EN EL ANÁLISIS DEL PELIGRO DE FUGA

Este trabajo no pretende extenderse en la evaluación de todos los presupuestos para la aplicación de la prisión preventiva, que hemos desarrollado en investigaciones anteriores. Para ello, basta con recordar que la prisión preventiva es un instrumento cautelar de naturaleza excepcional, que requiere una alta probabilidad de condena y una prognosis superior a los 4 años de pena privativa de libertad. Pero que además, fundamentalmente, requiere establecer que la prisión preventiva es el único medio específico para evitar el peligro procesal (peligro de fuga y/o peligro de obstaculización) que representa el imputado, tanto en el ámbito del aseguramiento del desarrollo del proceso, como en el aseguramiento de la posible condena.

En el ámbito del peligro de fuga, el CPP establece criterios específicos para su evaluación. El art. 269 describe en forma expresa, los criterios que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente, para determinar la existencia de ese peligro. Si bien estos no son criterios taxativos, constituyen una guía importante para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos, a fin de justificar una medida tan grave como la prisión preventiva. Entre ellos, el primer criterio desarrollado por el CPP es el arraigo, que constituye el objeto de este trabajo.

Como paso previo al análisis de los argumentos dispuestos por la Corte Suprema en relación al arraigo, lo primero que debe señalarse es que no es este un concepto o criterio que pueda interpretarse en forma unívoca. En realidad, describe un conjunto de factores que deben ser apreciados en forma conjunta. El art. 269.1 CPP describe los componentes del arraigo en el país, que podemos identificar en cuatro elementos que presentan distintas características:

1) El arraigo domiciliario (posesión o propiedad de bienes inmuebles); 2) El arraigo familiar (determinado por el asiento de la familia); 3) El arraigo laboral (actividad laboral y negocio); y, 4) Las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.

En consecuencia, estamos frente a un concepto dinámico, que presenta distintos niveles de evaluación y exige revisar un conjunto amplio de componentes, que describen la relación del imputado con el país en el que se le sigue un proceso penal. El entendimiento del análisis de esta figura desde una perspectiva de ponderación, de distintos elementos que pueden justificar o desincentivar la presencia de un peligro de fuga, es vital para comprender su naturaleza, pero sobre todo, para guiar la estructura del proceso de justificación de la decisión. Es el elemento central de un pronóstico judicial, que es variable, aproximativo y sumamente complejo.

3. LA SENTENCIA DE CASACIÓN N° 631-2015-AREQUIPA

El imputado en esta causa, interpuso recurso de Casación bajo los motivos de infracción a los preceptos constitucionales de legalidad penal (art. 2.24.d) y de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales (139.5). Se trata de un funcionario extranjero de una empresa radicada en el Perú, incluido en una Investigación Preparatoria seguida ante la Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, por la supuesta comisión del delito de Colusión Agravada en agravio del Estado.

En lo que aquí interesa, se le aplicó la prisión preventiva en dicho procedimiento en virtud de los siguientes argumentos: 1) A pesar que el imputado tiene esposa y dos hijos con residencia en el país, la vinculación con su país natal: España, y con familiares cercanos que habitan allí, además del intenso movimiento migratorio que tiene, determinan la facilidad no solo de salir del país, sino de instalarse en otro; 2) Si bien la gravedad de la pena no es suficiente para concluir (la existencia de) peligro de fuga, para el caso concreto se valoró la facilidad de rehuir a la justicia y la magnitud del daño causado.

El punto central de la resolución impugnada, radica en el hecho que se está ante hecho grave y que la relación que el imputado mantiene con su país de origen (España), permite establecer la existencia de un peligro de fuga que sólo puede neutralizarse a partir de la aplicación de la prisión preventiva. Sin duda alguna el desarrollo más importante de la Casación se estructura en la fundamentación del concepto de arraigo, cuyo análisis será el punto central de nuestra exposición.

La Corte Suprema establece varios criterios que es interesante debatir en este trabajo:

1) “...el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Este tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*– y obstaculización (arts. 268º, apartado 1, literal c y 269º–270º del Nuevo Código Procesal)”.

Como puede apreciarse, como paso previo al análisis del caso concreto, la Corte Suprema deja claramente establecido lo que ya se ha dicho en relación a la importancia del peligro procesal y el carácter de los criterios que lo dotan de contenido: En el caso específico del peligro de fuga (que es lo que estamos analizando) el art. 269 describe criterios que el Juez puede valorar, individual o conjuntamente, para determinar la existencia de este peligro. Estos criterios son de naturaleza enumerativa, no taxativa³.

En el mismo sentido se expresa la Circular sobre prisión preventiva elaborada por la Corte Suprema, cuando señala que el art. 269 CPP constituye el desarrollo de una guía flexible o abierta para que la jurisdicción pueda utilizar índices específicos para justificar la imposición de la prisión preventiva. Por lo que un dato fundamental en relación a estos criterios, es que el Juez puede incorporar a su análisis, otros criterios que justifiquen o no aconsejen la aplicación de la prisión preventiva, siempre que respeten la Constitución, la proporcionalidad y la razonabilidad de la decisión⁴.

La mención que realiza la Corte, si bien no es relevante en la solución del caso específico, constituye un pronunciamiento del máximo tribunal en un aspecto fundamental, determinar que el art. 269 no agota (porque no puede) todos los criterios que pueden ser utilizados en el ámbito de la evaluación del peligro procesal. Sin que ello desde luego signifique que, cualquier criterio que se utilice, no esté circunscrito a un estricto análisis de constitucionalidad, que también debe incorporar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad en la justificación de la decisión.

3 Vid. Del Río Labarthe Gonzalo. Prisión Preventiva y Medidas Alternativas, Instituto Pacífico, 2015, p. 195.

4 Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, considerando tercero. Conozco y comprendo perfectamente las opiniones de un sector de la Doctrina nacional, que cuestiona el carácter vinculante de la Circular. Sin embargo, sigo insistiendo en que el valor de los argumentos de esta Circular no están en su naturaleza formal, sino, en los criterios de interpretación que allí se discuten. Los que por cierto podemos seguir debatiendo y cuestionado, a partir de su fuerza argumentativa y su adecuación a una interpretación válida de nuestro ordenamiento jurídico. Sobre todo cuando aporta al debate de las instituciones procesales.

2) “El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) El arraigo familiar y 3) El arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o bienes propios situados dentro del ámbito del alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello visto en su conjunto acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado”.

En el ámbito de lo que la Casación califica como una primera dimensión, el arraigo se acredita, entre otros factores, con la ubicación en un domicilio conocido o la posesión de bienes, preferiblemente inmuebles, propios y que se encuentren próximos a la acción de la justicia⁵.

El arraigo familiar, en cambio, se refiere al domicilio de las personas con las que el imputado sostiene lazos familiares. Pero este criterio no debe ser analizado en forma aislada, es necesario evaluarlo conjuntamente con las condiciones personales del imputado, por ejemplo, no es necesario que los familiares vivan con el imputado, porque puede existir arraigo familiar cuando el pariente, a pesar de no vivir bajo el mismo techo, depende de él para su subsistencia. En este contexto, es fundamental evaluar la edad del pariente y su nivel de autonomía en torno a su capacidad de subsistencia. Cobran especial relevancia en este análisis, los hijos menores de edad, sobre todo los recién nacidos, y la estricta situación de dependencia que existe en el caso específico.

En el sentido opuesto, resta valor en los análisis del arraigo familiar, los parientes con plena autonomía, mayores de edad que no dependen del imputado para subsistir. Y nótese que esto es así, porque si bien también resulta fundamental constatar -en el ámbito del análisis de la proporcionalidad de la medida en sentido estricto- los otros valores en conflicto -unidad familiar, protección de menores de edad, etc.-, en el ámbito del peligro de fuga lo fundamental es revisar la “vocación” de fuga de un imputado. Evaluar como el asiento de la familia (es el criterio que utiliza el art. 269) y la relación específica con el núcleo familiar del imputado, incide o puede incidir, en la perspectiva del riesgo de fuga. Una persona con un hijo recién nacido, con hijos en la etapa escolar o con familiares que dependen de él para subsistencia (es perfectamente posible adecuar también este criterio a personas de la tercera

5 Vid. Del Río Labarthe Gonzalo. Prisión Preventiva y Medidas Alternativas, Instituto Pacífico, 2015, p. 152.

edad o parientes enfermos), representa un riesgo menor de fuga, que alguien que carece de lazos familiares en este contexto.

En el caso de la tercera dimensión, el arraigo laboral lo determina que el medio fundamental o único de subsistencia del imputado provenga de un trabajo que desarrolla en el país. También es un criterio a tener en cuenta, el hecho que necesite permanecer en el país para desempeñar su actividad laboral⁶. Pero el art. 269 no se limita a analizar la actividad laboral, que normalmente puede ser atribuida a cualquier dependiente, también consigna como un criterio específico destinado a dotar de contenido al arraigo laboral, la determinación de un negocio que es administrado o gestionado por el imputado. En este contexto, resulta de fundamental importancia el análisis expuesto por la Comisión Europea de Derechos Humanos en el Caso Letellier, que estableció la inexistencia de riesgo de fuga “cuando la imputada es madre de niños menores y regentadora de un negocio que representa su única fuente de ingresos”.⁷

Ahora bien, llama la atención que esté considerando no incluir lo que en estricto constituye la “cuarta dimensión” del arraigo: las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. Y llama la atención, fundamentalmente, porque termina siendo un criterio fundamental en la propia Casación, al evaluar (como luego veremos) las conexiones con su país natal y el intenso tráfico migratorio. En efecto, en este cuarto elemento es indispensable evaluar la conexión del imputado con otros países, entendida como la relación con personas residentes en el extranjero y los medios económicos que resultan de vital importancia para evaluar su capacidad de huida. “Al respecto, el TEDH ha sostenido que la simple posibilidad o facilidad que tiene el acusado para pasar la frontera, no implica el peligro de fuga, se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país; que permitan suponer que las consecuencias y riesgos de la fuga, le parecerán un mal menor que la continuidad del encarcelamiento”⁸.

3) “Que, analizando el caso concreto, está acreditado que el imputado RS tiene esposa e hijos con residencia en Perú, y registra actividad laboral conocida, razón de ser de su presencia en el país. No se trata por lo demás, de un accionista, administrador –cuando los hechos- o gerente de la empresa (...) cuyo poder económico y contactos en el exterior podrían indicar la probabilidad de alejarse del país.

6 Gutiérrez De Cabiedes, Pablo. La prisión provisional. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 152.

7 Caso Letellier, Sentencia del 26 de junio de 1991, párr. 41.

8 Caso Stögmüller, 27 de junio de 1968, párr. 88.

No cabe duda por tanto, que el imputado tiene arraigo. Los autos de primera instancia y de vista así lo acreditan. Sin embargo, fundamentan el peligro de fuga en dos aspectos: i) la vinculación del imputado con su país natal España, con presencia de familiares cercanos que hacen viable la posibilidad de abandonar el país, y, ii) el intenso movimiento migratorio, que facilitaría la posibilidad de salir del país.

La Casación acude a un análisis “estático”: “el imputado tiene arraigo”. Este tipo de razonamiento, cuando estamos frente a un componente dinámico como el arraigo, no es necesariamente el ideal. Así lo demuestra la Circular sobre prisión preventiva elaborada por la Corte Suprema, cuando señala que más que valorarse la existencia o inexistencia de arraigo, lo que se evalúa es la calidad: **“Las expresiones existencia o inexistencia de arraigo, son enunciados que requieren serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, incluso un indigente, tiene algún tipo de arraigo, por lo que el punto nodal está en establecer, cuándo el arraigo -medido en términos cualitativos (calidad de arraigo)- descarta la aplicación de la prisión preventiva”⁹.**

Además, el argumento no sólo parece entender el arraigo como un componente estático, sino que a mi juicio, es contradictorio. Porque señala que los autos de primera instancia “acreditan” la existencia del arraigo, para luego, sostener que estos mismos autos sustentan el peligro de fuga en el criterio de facilidad para abandonar el país o permanecer oculto (vinculación al país natal e intenso movimiento migratorio¹⁰). La facilidad para abandonar el país, forma parte de la evaluación del arraigo, y por lo tanto, lo que importa es evaluar la calidad del mismo en función de los distintos elementos que como en este caso, permiten inferir razones a favor y en contra de su existencia. Lo fundamental es comprender que el juez está en la obligación -en virtud de los argumentos de las partes expuestos en audiencia- de ponderar las distintas razones que abonan en favor de la existencia de una calidad mayor o menor de arraigo, y de entender que en ese balance deben motivar la decisión y adoptar la medida cautelar razonable al supuesto específico.

Es absurdo transformar al arraigo en una suerte de boleto de entrada o salida a prisión; donde cualquier elemento que “descarte” la existencia de arraigo abone en la aplicación automática de la prisión preventiva; y, donde cualquier elemento que (supuestamente) demuestre lo contrario, exija adoptar en forma, también automática, una medida alternativa.

9 Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ, considerando sexto.

10 Es cierto que este criterio puede ser considerado, también, como un supuesto de conducta procesal. Pero para ello sería necesario establecer que los viajes sucedieron durante la investigación, y no es algo que la Casación aclare.

Tal razonamiento traslada el debate a una estructura normativa de “todo o nada”, perdiendo de vista que esta situación en realidad responde a la evaluación de un peligro futuro, de un pronóstico en el que abundan una pluralidad de factores, los cuales sin duda aportan elementos a favor y en contra de un concepto plural, de muy difícil concreción en el caso específico.

4) “Que es cierto que los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo esta situación tiene que ser apreciada caso por caso. Si se tiene en cuenta que prima facie está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país, tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú, solo podría afirmarse la persistencia del peligro de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente. Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio por razón de su nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitablemente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga”.

Más allá que se insista en reconocer la “existencia” de un arraigo, **prima facie**, que descarto como opción; la decisión en este caso es correcta. Porque lo que en realidad existe, es una ponderación de todas las circunstancias en el caso específico, que arrojan un arraigo de suficiente calidad para comprender que es posible neutralizar el peligro procesal a través de una comparecencia con restricciones (que es lo que establece en la decisión), sin necesidad de acudir a la prisión preventiva.

Porque si se analiza la condición de extranjero como una de carácter abstracto, es cierto que ello importa una motivación discriminatoria. El sustento del peligro de fuga, en caso de extranjeros, no puede agotarse en esta sola condición, ya que por sí misma no constituye una justificación suficiente, ni razonable. Corresponde evaluar las circunstancias particulares del imputado, que determinen una apreciación global de la situación, más allá de su sola

condición de foráneo”¹¹. Y esto es exactamente lo que hace la Casación comentada: La condición de extranjero y las conexiones con otro país que esa condición reporta, no tiene un valor relevante cuando: 1) tiene un trabajo conocido en el Perú; 2) su núcleo familiar vive en el Perú y depende de él; y, 3) tiene la condición de residente. Todas las razones consideradas, la condición de extranjero y su conexión con otro país, son motivos que pierden valor frente a una vida profesional y familiar con sede en el Perú. Por lo tanto, existe arraigo de calidad; y, las razones que pueden presentar cierto peligro para el proceso pueden ser perfectamente neutralizadas con una comparecencia restrictiva, que es la medida cautelar que sustituye a la prisión preventiva en la resolución.

Y este es un dato fundamental, porque el concepto de arraigo y el peligro de fuga también justifican a la comparecencia restrictiva, que es una medida cautelar que también requiere un peligro procesal, aunque de menor intensidad, para justificarla. Por eso la Casación describe un “peligro menor” de fuga. Esto confirma que lo que se discute no es la existencia o inexistencia de arraigo, la presencia o la ausencia de un peligro de fuga. Si el caso advierte una ausencia plena de peligro, la medida es la comparecencia simple, que en realidad no es una medida cautelar. En todos los demás casos, la calidad del arraigo o la evaluación conjunta de todos los elementos, nos situarán siempre un contexto donde discutiremos la calidad del peligro de fuga y la medida necesaria para neutralizarlo. Por lo tanto, la condición de extranjero, la gravedad de la pena y los demás elementos descritos en las decisiones previas; sí son evaluados en este caso como premisas o fundamentos de la existencia de un peligro procesal, pero no de un peligro de fuga cuya intensidad exija la aplicación de la prisión preventiva, como única alternativa posible para el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal.

5) “Que un criterio tomado en cuenta para determinar el peligro de fuga fue el intenso movimiento migratorio del imputado RS, aunque se trate de viajes por motivos laborales, vinculados a su labor profesional, de corto alcance y regreso inmediato al Perú. Al respecto la sentencia del TEDH (Asunto Stogmüller contra Austria) estableció que la simple posibilidad o facilidad que tiene el procesado para pasar la frontera no implica peligro de fuga. No es concluyente, por tanto, los pocos o muchos viajes que un encausado realice al extranjero...”.

El análisis del intenso movimiento migratorio sigue la línea señalada en la discusión de la condición de extranjero del imputado. No basta con establecer el tráfico migratorio o su intensidad, si es que no se valora adecuadamente cuáles son las razones de ese movimiento

11 Llobet Rodríguez, Javier. “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana), en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, Madrid, 1995, p. 221.

migratorio y las condiciones en que este se expresa. Una vez más, lo determinante es que el arraigo es un concepto dinámico, el cual exige un análisis de todas las razones consideradas para establecer su virtualidad práctica. La Corte Suprema arriba a la conclusión que los viajes del imputado fueron de corto alcance, y con el propósito específico de desarrollar su actividad laboral, además, con regreso inmediato al Perú. La Corte cita incluso al caso Stögmüller del TEDH, el cual ha establecido en un supuesto similar, que los viajes con ocasión del trabajo, cuando son de corto tiempo y de regreso inmediato, no dan visos de un peligro de fuga. El solo hecho de poder pasar la frontera no basta para calificar el peligro procesal.

En este caso se está ante un movimiento migratorio, que lejos de confirmar la presencia del peligro de fuga, indica lo contrario. Un ciudadano extranjero que vive y trabaja en el Perú, con su familia, y que regresa a este país en repetidas ocasiones; es porque tiene como eje central de vida y residencia al Perú, no a España u otro país extranjero. El intenso movimiento migratorio existe, pero analizadas las condiciones en las que se materializa, no existen motivos fundados para pensar en un peligro intenso de fuga.

Es importante mencionar que la Casación, no desarrolla en el ámbito de la motivación, el criterio de magnitud de daño causado, que no solo formó parte de los criterios de la resolución de alzada, sino que además, constituye un criterio polémico, de dudosa legitimidad constitucional, el cual requiere un análisis a nivel de la Corte Suprema para evaluar, en clave de interés casatorio, cuáles son los límites para su interpretación en el contexto del peligro procesal.

Finalmente, la Casación comentada no solo constituye un valioso aporte en el ámbito de la interpretación del arraigo como un componente esencial en la evaluación del peligro de fuga. También hay que reconocer que su estructura, simple y concisa en torno a los argumentos centrales del debate, presenta un contexto adecuado para evaluar las razones fundamentales de la decisión. En muchos casos, existe una extensión innecesaria referida a los antecedentes y proposiciones de las partes, que además de engorrosos y poco didácticos, suelen olvidar el interés fundamental de un recurso de Casación, vinculado al desarrollo de una doctrina jurisprudencial que ofrezca herramientas sólidas de interpretación normativa. A mi modesto entender, estamos frente a una resolución modelo, en ese sentido.

17

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 634-2015
LIMA

FALTA DE INTERÉS CASACIONAL

SUMILLA

Bajo lo establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción, a la cual estamos suscritos y vigente al momento de los hechos objetos de inculpación formal, se entenderá que el gerente general de EMMSA es funcionario público para los efectos penales; y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Siendo así este es sujeto activo del delito de colusión; así como los cómplices.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiocho de junio de dos mil dieciséis.-

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado MARCELO CICCONI, contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, y declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado.

OÍDO el alegato oral de la defensa del imputado.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO: Que, tanto el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima cuanto la Sala de Apelaciones de Lima, declararon infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo el encausado Marcelo Cicconi; y, como tal, ordenaron que continúe la causa según su estado [autos de fojas treinta y cinco y ochenta y nueve, de treinta de abril de dos mil quince y cinco de agosto de dos mil quince, respectivamente].

SEGUNDO: Que la imputación por el delito de colusión en calidad de cómplice, formulada contra el encausado Marcelo Cicconi, estriba en que, en su condición de Gerente de la empresa RE-LIMA Ambiental Sociedad Anónima, se concertó ilegalmente con el gerente general de la Empresa Municipal de Mercados Sociedad Anónima –en cuanto empresa del Estado de derecho privado (Municipalidad Metropolitana de Lima)–, para que la empresa que dirige preste servicios de limpieza en el Gran Mercado Mayorista de Lima, como en efecto ocurrió. No medió, según los cargos, requerimiento previo, términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaria que revelara el cumplimiento de las reglas jurídicas correspondientes y de las condiciones de una contratación razonable para los intereses de la colectividad. Los hechos se produjeron entre el dieciocho de setiembre de dos mil doce y dieciocho de abril de dos mil trece.

TERCERO: Que el encausado Marcelo Cicconi, en su escrito de excepción de improcedencia de acción de fojas uno, de dieciocho de febrero de dos mil quince, y en su escrito de recurso de apelación de fojas cuarenta y ocho, de dieciocho de mayo del mismo año, sostiene uniformemente que se han vulnerado los principios de legalidad y de accesoriidad al atribuírsele un comportamiento típico, ya que la falta de un requerimiento previo, de términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaria, solo podría haber generado una infracción administrativa, pero no un delito; que no es ilegal que las áreas técnicas operacionales de ambas empresas realicen coordinaciones de cara a la mejor satisfacción de la necesidad del servicio de limpieza pública, sobre todo si estas se efectuaron luego de un acto de conformidad con el servicio manifestado por EMMSA; que no ha existido un acuerdo clandestino entre las partes, ni acto de ayuda alguna de su parte para la comisión del delito; que, con relación a la determinación del concepto de funcionario público, los cargos se sustentan en normas internacionales y se aplicó retroactivamente una norma penal desfavorable, esto es, la Ley número 30124.

CUARTO: Que el Juez de Investigación Preparatoria, en el auto de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, estimó que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público, no por aplicación de la Ley número 30124, posterior a la fecha de los hechos, sino que se aplicaron normas internacionales –como la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y seis, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero doce guión noventa y siete guión RE, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Resolución Legislativa número veintiocho mil trescientos cincuenta y siete, y ratificada mediante Decreto Supremo número cero setenta y cinco guión dos mil cuatro guión RE–; tratados que forman parte de nuestro ordenamiento legal, por lo que resultan aplicables sus disposiciones en este ámbito, en atención a lo dispuesto por el

artículo 425, inciso 6, del Código Penal. En tal virtud, no es necesario que la condición de servidor o funcionario público de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, conste de manera expresa en nuestra normatividad penal.

QUINTO: Que, por su parte, el Tribunal Superior en el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, compartió la apreciación del Juez de Investigación Preparatoria, así como lo sostenido por el Fiscal Superior y el Procurador Público en la audiencia de apelación. Reitera que no resulta válido afirmar que debe comprenderse a los trabajadores de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta como funcionarios públicos a partir de la Ley número 30124, ya que teniéndose en cuenta el bien jurídico tutelado en esta norma penal, concuerda con los lineamientos establecidos en las normas internacionales antes mencionadas, las mismas que forman parte del derecho nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado.

SEXTO: Que si se toma en cuenta el recurso de casación del encausado Marcelo Cicconi de fojas ciento cuatro, de veintiuno de agosto de dos mil quince, en concordancia con lo expresamente aceptado de sus términos por la Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho del cuadernillo de casación, de seis de noviembre de dos mil quince, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A.** El motivo de casación está vinculado a la vulneración de precepto constitucional -principio de irretroactividad de la ley penal- y, concurrentemente, a la causal de infracción de ley material: retroactividad de un lado y tipicidad positiva de otro lado -del tipo legal contenido en el artículo 384 del Código Penal- (artículo 429 numerales 1 y 3, del Nuevo Código Procesal Penal).
- B.** La denuncia procesalmente relevante en sede de casación estriba en la necesidad de que exista un pronunciamiento acerca del alcance que tienen las normas internacionales en el derecho interno, tanto para extender los efectos de las normas penales internas cuanto para determinar la fecha de su vigencia. En esa línea se reclama una determinación acerca del momento en que un servidor de una empresa del Estado esté incluido en las disposiciones penales sobre colusión.
- C.** Como se trata de un acceso excepcional al recurso de casación por la vía del artículo 427 numeral 4, del Nuevo Código Procesal Penal, se aceptó la competencia funcional de esta Sala de Casación para fijar el alcance de las normas internacionales en el derecho interno.

SÉPTIMO: Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad, materia de la resolución anterior -sin la presentación de alegato adicional alguno-, se expidió el decreto de fojas ciento treinta y uno, de uno de junio de dos mil dieciséis, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diecisiete de junio último.

OCTAVO: Que realizada la audiencia de casación con la única intervención de la defensa del recurrente Marcelo Cicconi, doctor Eduardo Alcocer Pouis, según el acta adjunta, se celebró inmediatamente la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras la preceptiva deliberación, la votación respectiva y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que el artículo 384 del Código Penal regula el delito de colusión, en tanto delito especial. Se trata de un tipo legal alternativo, que en los dos supuestos que contiene, el sujeto activo es, siempre, un funcionario o servidor público.

Para efectos penales, el artículo 425 del Código Penal incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, bajo el entendido de que el concepto del funcionario público tiene un contorno propio que reconoce la autonomía funcional del Derecho penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional. Esta norma ha sido objeto de varios cambios legislativos.

En lo pertinente, es del caso enumerarlas:

- A. La Ley número veintiséis mil setecientos trece, de veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, determinó, en el inciso tercero, del citado artículo 425 del Código Penal: *“Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades y organismos”*.
- B. La Ley número 30124, de trece de diciembre de dos mil trece, estableció, en el inciso 3, de la referida norma: *“Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”* [subrayado nuestro].

SEGUNDO: Que, como elemento normativo, el artículo 425 del Código Penal proporciona un listado, que progresivamente se ha precisado -no sin marchas y contramarchas-, para los efectos de imputar responsabilidad penal, cuyo contenido esencial estriba, necesariamente, en que el sujeto activo tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva -es un concepto funcional-, cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal -el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública-. Ello es así porque el examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad [ORTS BERENGUER. ENRIQUE. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tercera Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1999, p.736]. Lo que aquí importa es proteger, de modo eficaz, la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STSE sesenta y ocho oblicua cero tres, de veintisiete de enero).

La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: "*Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley*" (incisos seis o siete, según el caso).

TERCERO: Que a este respecto es imprescindible tener en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita por el Perú el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, aprobada por Resolución Legislativa número veintiséis mil setecientos cincuenta y siete, de trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificada por el Decreto Supremo número diecinueve guión noventa y siete guión RE, de veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete. El artículo I de la Convención entiende por función pública, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos; y, por funcionario o servidor público, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluso los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

CUARTO: Que como el artículo 425 del Código Penal solo incorpora un listado abierto de todos aquellos que, para efectos penales, pueden ser considerados funcionarios o servidores públicos -es, pues, un elemento normativo-, obviamente es pertinente encontrar referencias para su delimitación en el orden normativo solo en el cual tienen sentido, como su sustrato, aumentando su dificultad a medida que el orden normativo de referencia es más abigarrado [CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN. *El Derecho Penal Español. Parte general*. Tercera edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2002, p.559]. El elemento normativo en análisis contiene

una remisión normativa a otro precepto cuando, en su inciso seis o siete, menciona a la Constitución y a la Ley.

Es verdad que el origen del cambio legislativo concretado en la Ley número 30124 partió del entendimiento de que la norma anterior no comprendía expresamente a las empresas públicas y de economía mixta en el inciso 3 del artículo 425 del Código Penal, como parecía exigirlo la Convención Interamericana contra la Corrupción. No obstante, esa base histórica basada en la voluntad del legislador no es de recibo, en la medida en que desde las bases mismas del Derecho Público y Penal es admisible otra concepción que permite una comprensión más acabada de la norma penal, en armonía con las obligaciones internacionales del Estado.

QUINTO: Que, en efecto, desde una perspectiva sistemática y teleológica, el concepto de funcionario público, como se anotó, comprende a toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad -esa noción, mucho más amplia que la del Derecho Administrativo, debe seguir a la de Administración Pública con relación a la tutela penal-. Por ello, cuando la norma vigente en el momento de los hechos imputados hizo referencia a "*entidades u organismos del Estado*", más allá de que la Ley número 27713 en referencia, modificó la norma anterior -norma originaria- que expresamente hacía referencia a las "*empresas del Estado o sociedades de economía mixta*", imponía una interpretación que permitiera entender a toda institución, entidad u organismo público, en el que el Estado desarrolla sus actividades y servicios públicos, en los marcos de la ley, desde la que, sin duda alguna, era inevitable comprender a la actividad empresarial del Estado.

Es cierto, igualmente, reconocer esa línea reformista errática del legislador nacional, sus idas y venidas, respecto a la actividad empresarial del Estado, pero más allá de su intento de concretar supuestos en línea casuística, siempre admitió que había entidades, instituciones y organismos públicos que realizaban servicios públicos, y personal que actuaba en ellos, así como también acogió una descripción abierta de funcionario o servidor público al incorporar en el listado a otros cargos que indicara la Constitución y la ley.

SEXTO: Que, según el artículo 55 de la Constitución, "*Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional*". La Convención Interamericana contra la Corrupción ya estaba en vigencia cuando se produjeron los hechos objeto de inculpación formal. Si se estima que el numeral 3 del artículo 425 del Código Penal no era aplicable al *sub lite*, sí se subsumía, inevitablemente, en el numeral 6, que remitía los alcances del término "funcionario público" a otros preceptos, en este caso, directamente al artículo I de la citada Convención -ya integrada al ordenamiento nacional-. Aunque, como ha quedado expuesto, por la propia naturaleza del bien jurídico tutelado y el entendimiento de la noción

de funcionario público como quien desarrolla un rol efectivo en la función pública, era del caso interpretar que el inciso tercero comprendía a las empresas públicas y de economía mixta.

Por lo demás, la mención a la aludida Convención, en tanto norma que integra el derecho nacional, es compatible con el principio de reserva de ley, pues el concepto de funcionario público es un elemento normativo en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública. No se trata de una aplicación inmediata de una cláusula incriminatoria prevista en el ordenamiento internacional, sino de la invocación de un elemento técnico normativo conforme con las fuentes internacionales de obligatoria observancia [CARIO CORIA, DIÑO CARLOS. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2002, p.168].

SEPTIMO: Que, en consecuencia, cabe entender que el encausado Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público para los efectos penales, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión; y, por ende, los cómplices -como es el caso, según la imputación, del encausado Marcelo Cicconi-, lo son de ese delito.

La excepción de improcedencia de acción, por estos fundamentos, debe desestimarse: no se ha producido ningún vicio de legalidad constitucional y/o de legalidad ordinaria material, y así se declara.

Es de aplicación, por lo demás, el artículo 504 numeral 2, del Nuevo Código Procesal Penal: debe condenarse al recurrente al pago de costas.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado MARCELO CICCONEI contra el auto de vista de fojas ochenta y nueve, de cinco de agosto de dos mil quince, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y cinco, de treinta de abril de dos mil quince, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; en la investigación preparatoria que se le sigue por el delito de colusión en agravio del Estado; en consecuencia, **NO CASARON** el auto de vista recurrido. **II.** **CONDENARON** al encausado Marcelo Cicconi al pago de las costas procesales del recurso de casación, cuya efectividad será reclamada por el Juez de Investigación Preparatoria. **III.**

DISPUSIERON se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen, al que se devolverán los actuados. Hágase saber a las partes apersonadas en esta sede suprema.

S.S.

SAN MARTIN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

LA AUTONOMÍA DEL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO CASACIÓN N° 634-2015-LIMA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: MIGUEL WESLY ASTETE REYES

SUMILLA:

Concepto penal de funcionario público, desarrollo cronológico, su autonomía, características de todo funcionario público.

1.- ANTECEDENTES:

a) Hechos relevantes:

El Ministerio Público imputa a Marcelo Cicconi, que en su calidad de Gerente de la empresa RE-LIMA Ambiental Sociedad Anónima, concertó ilegalmente con Juan Arenas Lizana, gerente general de la Empresa Municipal de Mercados Sociedad Anónima (EMMSA) -en cuanto empresa del Estado de derecho privado (Municipalidad Metropolitana de Lima)-, para que la empresa que dirige preste servicios de limpieza en el Gran Mercado Mayorista de Lima, como en efecto ocurrió.

No mediando requerimiento previo, términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaria que revelara el cumplimiento de las reglas jurídicas correspondientes y de las condiciones de una contratación razonable para los intereses de la colectividad. Habiéndose producido los hechos entre el dieciocho de setiembre de dos mil doce y dieciocho de abril de dos mil trece.

b) Excepción de improcedencia de acción:

Por lo que Marcelo Cicconi, en fecha dieciocho de febrero de dos mil quince formula Excepción de improcedencia de acción ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Lima, indicando:

- Que se han vulnerado los principios de legalidad y de accesoria al atribuírsele un comportamiento típico, ya que la falta de un requerimiento previo, de términos de referencia o cualquier otra formalidad documentaria, solo podría haber generado una infracción administrativa, pero no un delito.

- Que no es ilegal que las áreas técnicas operacionales de ambas empresas realicen coordinaciones de cara a la mejor satisfacción de la necesidad del servicio de limpieza

pública, sobre todo si estas se efectuaron luego de un acto de conformidad con el servicio manifestado por EMMSA.

- Que no ha existido un acuerdo clandestino entre las partes, ni acto de ayuda alguna de su parte para la comisión del delito
- Que, con relación a la determinación del concepto de funcionario público, los cargos se sustentan en normas internacionales y se aplicó retroactivamente una norma penal desfavorable, esto es, la Ley No. 30124, vigente desde el 14 de diciembre de 2013.

Sin embargo el Juggado de Investigación Preparatoria mediante el Auto de fecha treinta de abril de dos mil quince, estimó que el imputado Juan Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público, no por aplicación de la Ley No. 30124 -posterior a la fecha de los hechos-, sino por aplicación de normas internacionales -como la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción-, tratados que forman parte de nuestro ordenamiento legal, por lo que resultan aplicables sus disposiciones en atención a lo dispuesto por el artículo 425 inciso 6 del Código Penal. No siendo necesario que la condición de servidor o funcionario público de las empresas del Estado o Sociedades de Economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, conste de manera expresa en nuestra normatividad penal.

c) Recurso de apelación:

Con los mismos argumentos, el imputado interpone recurso de apelación contra la decisión del Juggado de Investigación Preparatoria. El mismo que es resuelto por el Tribunal Superior mediante Auto de vista de fecha cinco de agosto de dos mil quince, compartiendo la apreciación del Juez de Investigación Preparatoria, así como lo sostenido por el Fiscal Superior y el Procurador Público en la audiencia de apelación. Reitera que no resulta válido afirmar que debe comprenderse a los trabajadores de las empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta como funcionarios públicos a partir de la Ley No. 30124, ya que debe aplicarse las normas internacionales antes mencionadas, las mismas que forman parte del derecho nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado.

d) Casación:

El imputado Marcelo Cicconi interpone recurso de Casación, la cual es admitida y se precisa que será materia de dilucidación:

- Vulneración de precepto constitucional -principio de irretroactividad de la ley penal- e infracción de la ley material -retroactividad y tipicidad positiva- del tipo penal contenido en el artículo 384 del Código Penal.

- Necesidad de que exista un pronunciamiento acerca del alcance que tienen las normas internacionales en el derecho interno, tanto para extender los efectos de las normas penales internas cuanto para determinar la fecha de su vigencia. Se reclama una determinación acerca del momento en que un servidor de una empresa del Estado esté incluido en las disposiciones penales sobre colusión.

- Fijar el alcance de las normas internacionales en el derecho interno.

2.- ASPECTOS JURÍDICOS CONSIDERADOS:

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, luego de llevar a cabo la audiencia respectiva con la única intervención de la defensa técnica del recurrente Marcelo Cicconi y la deliberación correspondiente, mediante la Casación bajo análisis ha precisado de manera muy didáctica que:

- El Delito de Colusión es un delito especial, que contiene un tipo penal alternativo, y que en los dos supuestos que contiene, el sujeto activo es siempre, un funcionario o servidor público.
- El artículo 425 del CP incorpora una relación o listado de *numerus apertus* para entender los alcances penales de funcionario o servidor público, enumerando los cambios legislativos realizados.
- El contenido esencial para efectos de imputar responsabilidad penal estriba en que el sujeto activo, tiene un título, una cualidad jurídica u otra de naturaleza objetiva -concepto funcional- cifrado en la participación efectiva en la función pública, es decir, su contribución a la función estatal -el ejercicio de la función pública, en virtud de una designación pública-.
- El examen de las diferentes infracciones penales contra la Administración Pública permite afirmar, como bien jurídico protegido categorial, los servicios que los poderes públicos han de rendir a la comunidad. Siendo importante la protección, de modo eficaz, de la función pública; así como los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar.
- Reconoce la autonomía del concepto penal y su carácter funcional.

3.- PROBLEMA JURÍDICO:

Para resolver la controversia sobre la presunta vulneración al principio de irretroactividad de la ley penal, aplicando una norma que no se encontraba vigente a la fecha de los hechos, se

hizo referencia a normativa internacional por lo que correspondía verificar su incorporación al ordenamiento nacional.

Al respecto el Supremo Tribunal ha señalado las dos modificatorias realizadas al artículo 425 del CP, mediante la Ley No. 26713 del veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y seis; y Ley No. 30124 del trece de diciembre de dos mil trece; sin embargo solamente sobre el inciso tercero. Empero consideramos, que para una mejor ilustración debió considerar el contenido completo de dichos dispositivos legales, y de esa forma demostrar cómo se fue expandiendo el concepto de funcionario o servidor público en nuestro ordenamiento jurídico, incluyendo las incorporaciones realizadas por las normas internacionales.

Es así que el CP, promulgado por Decreto Legislativo No. 635 publicado el ocho de abril de mil novecientos noventa y uno, consideraba funcionario o servidor público a:

1. ***Los que están comprendidos en la carrera administrativa.***
2. ***Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.***
3. ***Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sometidos por el Estado.***
4. ***Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.***
5. ***Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.***
6. ***Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.***

Mediante Ley No. 26713 publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, se modifica el artículo 425 del CP de la siguiente forma:

Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. ***Los que están comprendidos en la carrera administrativa.***
2. ***Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.***
3. ***Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.***
4. ***Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.***

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Si bien la mayor variación se da en el inciso tercero, no se explica que la razón de dicha modificatoria corresponde justamente a la adopción y suscripción de la Convención Interamericana contra la Corrupción, realizada por el representante del Perú en Caracas, Venezuela, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis¹. Que si bien, aprobada por Resolución Legislativa No. 26757 del trece de marzo de mil novecientos noventa y siete, y ratificada por Decreto Supremo No. 19-97-RE del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Tratado² donde en su artículo I define a la “Función pública”, como **toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.**

Asimismo brinda la definición de “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, a **cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.**

Por otro lado, el veintinueve de setiembre de dos mil tres, se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -tomando en cuenta la Convención Interamericana contra la Corrupción y otros tratados multilaterales- la misma que es aprobada por nuestro país mediante Resolución Legislativa No. 28357 de fecha cinco de octubre de dos mil cuatro, y ratificada por Decreto Supremo No. 075-2004-RE del veinte de octubre de dos mil cuatro. Sin embargo, en mérito al artículo 6 de la Ley No. 26647, normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los Tratados celebrados por el Estado Peruano, dicha Convención entra en vigencia el catorce de diciembre de dos mil cinco.

Documento internacional donde se define al “funcionario público” como:

- i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;**

1 <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion_firmas.asp>

2 Acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Conforme la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

- ii) *toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;*
- iii) *toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;*

Finalmente, con el artículo único de la Ley No. 30124 publicada el trece de diciembre de dos mil trece, se modifica el artículo 425 del CP de la siguiente forma:

Son funcionarios o servidores públicos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*
7. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.*

De donde podemos apreciar que resulta apropiado no aplicar la última ley, en el presente caso, al no estar efectivamente vigente a la fecha de los hechos, sin embargo por imperio del artículo 55 de la Constitución Política del Estado, que establece que: **los Tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional**; se aplican las definiciones contenidas en los tratados internacionales al ser parte del ordenamiento jurídico nacional.

Por tanto, se concluye correctamente, que el imputado Juan Arenas Lizana, gerente general de EMMSA, es funcionario público para los efectos penales, y las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la noción de servicios públicos. Al ser así, es sujeto activo del delito de colusión; y, por ende, los cómplices –como es el caso, según la imputación, del encausado Marcelo Cicconi–, lo son de ese delito.

De otra parte, al tomar en cuenta la evolución legislativa y la normativa internacional podemos observar como el legislador nacional, considera las normas internacionales, complicándose con la definición del funcionario o servidor público en materia penal, de esa forma impide una correcta calificación jurídica del sujeto activo, cuando la finalidad de la precisión en las definiciones es evitar justamente la impunidad en este tipo de delitos que afectan a toda la Nación, donde se aprovecha la vulnerabilidad del sistema ante un funcionario público que forma parte de él.

En un inicio, cuando se promulgó la Constitución de 1993, inclusive se decidió en varias jurisprudencias que su artículo 40 habría abrogado el artículo 425 del CP³; sin embargo se impuso la interpretación contraria, estableciendo que ***“el artículo 40 de la Constitución Política del Estado, rige únicamente para fines laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad penal de quienes manejan fondos públicos, pues sostener lo contrario sería propiciar la impunidad de los innumerables ilícitos penales que a diario se cometen en el manejo de fondos públicos, a través de las diferentes empresas creadas por el Estado en el ejercicio de su gestión económica”***. Finalmente se emitió el Acuerdo Plenario No. 4/1997 Arequipa, finiquitando dicha discusión y procurando unificar los criterios surgidos en la misma Corte Suprema. Por lo que resulta importante que en la Casación bajo análisis, además se precisa sobre la Autonomía funcional del Derecho Penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional.

Ramas del Derecho que tienen definiciones o contenidos diferentes, muchas veces son más restrictivas al haber sido creadas para otros fines; en algunos casos podrían llevar a confusión, debido a que no fueron creadas para la protección de bienes jurídicos y podrían incluso ser mal utilizadas indicando que el Derecho Penal es de última ratio, donde se utilizan normas de remisión. Correspondiendo entonces a los operadores, realizar una interpretación más allá de lo gramatical o textual, primando la interpretación teleológica y las técnicas propias del Derecho Penal.

3 Ejecutorias Supremas recaídas en los Exp. 1888-94, Lima del 12 de agosto de 1994, y Exp. 710-95-B, Ica del 12 de diciembre de 1996. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal, dos décadas de jurisprudencia, Tomo III, Ara editores, Lima 2012. Pág. 418-419.

4 Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 251-98, Loreto; del 3 de agosto de 1998. En: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley, Lima 2011. Pág. 7.

Siendo una decisión del Tribunal Supremo, consideramos que se debió de desarrollar con mayor amplitud las demás definiciones de funcionario o servidor público, y no esperar que casos similares lleguen a la última instancia para ser resueltas. Tanto más que el concepto de funcionario público es la piedra angular de los delitos contra la administración pública⁵. Pudo haberse desarrollado sobre las características de todo funcionario o servidor público:

- Incorporación de la persona en cuestión a la actividad pública, si es por disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de la autoridad competente⁶, designación, contrato;
- Posibilidad efectiva de ejercicio de la función o servicio público⁷.

Debido a casos donde un particular podría auxiliar a un funcionario público, ejercer arbitrariamente funciones públicas o haber sido nombrado sin cumplir con las condiciones necesarias para ello, incluso valorar las recientes decisiones sobre responsabilidad internacional de los Estados en casos donde participaron particulares en la realización de ciertas funciones (patrullaje militar en zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar) que por lo general son de competencia exclusiva del Estado⁸, o la legislación estatal autorice a particulares ejercer funciones de autoridad gubernamental (prestación de salud)⁹, así como las acciones realizadas por funcionarios públicos en Comités (Comité Multisectorial de Reestructuración de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador¹⁰ o el Comité de Servicios Integrados Turístico Culturales del Cusco - Cosituc¹¹).

Precisando la irrelevancia de la denominación o nomen iuris utilizado, antigüedad, nivel jerárquico, permanencia o temporalidad, remuneración o calidad de honorario.

Para concluir, estando a la generalidad e imprecisión del concepto de funcionario previsto en la normativa penal y su necesaria adecuación al estándar internacional, se sugiere incluso

5 RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio. "Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA – concepto de funcionario público". Revista del Proyecto Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP), Boletín No. 31, noviembre de 2013. Pág. 12.

6 MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2002. Pág. 930.

7 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Mayo del año 2000. En: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Jurista Editores. Lima 2017. Pág. 1244-1245.

8 Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Masacre Rochela us. Colombia.

9 Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Ximenes Lopez us. Brasil.

10 Sentencia recaída en el Exp. 1050-06, Lima emitida por la Tercera Sala de Reos Libres. En: HUAMÁN CASTELLARES, Daniel. Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios, Extractos Sustantivos y Procesales. Palestra Editores, Lima 2014. Pág. 41.

11 Comité de hecho creado por Ley No. 28719, Ley del Boleto Turístico.

por parte de la doctrina la modificación legislativa de dicho dispositivo legal, proponiendo se redacte de la siguiente forma:

Artículo 425.- Se consideran funcionarios o servidores públicos:

1. *Todo aquel que mantiene vínculo laboral, o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado o quienes desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, ya sea que la entidad pública esté sujeta al régimen laboral de la actividad pública o de la actividad privada, y que en virtud de ello ejerce funciones en interés del Estado. Se incluye a quienes han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, aún cuando no hubiesen asumido el cargo; así como a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.*
2. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
3. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.*¹²

Labor que debe corresponder al legislador y no a los operadores de Justicia.

4.- CONCLUSIÓN:

Resulta importante que el Supremo Tribunal desarrolle el concepto penal de funcionario público, tomando en cuenta las normas internacionales ratificadas por el Estado, al ser parte de nuestro ordenamiento jurídico interno. Precise sobre la Autonomía funcional del Derecho Penal respecto al resto de órdenes jurídicos especializados, como el administrativo, laboral o constitucional.

Sugerimos requerir la modificatoria legal correspondiente a fin de regular de mejor forma el concepto penal de funcionario público acorde al estándar internacional, con los aportes jurisdiccionales necesarios.

12 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob cit. Pág. 1240-1250.

18

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 782-2015
DEL SANTA

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Hecho: quien se ha enriquecido no es el funcionario o servidor público sino un tercero.

Sumilla: el patrimonio como objeto ilícito del artículo 401 del Código Penal.

Interpretación del supremo tribunal: el incremento del patrimonio que configura enriquecimiento ilícito debe corresponder al funcionario o servidor público.

Norma: art. 401 del Código Penal.

Palabras clave: enriquecimiento ilícito, patrimonio, tipicidad, interpretación restrictiva.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, miércoles seis de julio de dos mil dieciséis.-

I. VISTOS

En audiencia pública: el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa -inc. 11 del art. 139 y art. 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25, 26 y 401 del Código Penal-, respecto de la sentencia -fojas 733- del veintidós de septiembre de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada -fojas 378- del dos de junio de dos mil quince, que condenó a los citados procesados como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de la libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703.44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria. Interviene como ponente el señor juez supremo Villa Stein.

IMPUTACIÓN FÁCTICA -hechos-

Se imputa a la señora Amelia Victoria Espinoza García, que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010, haberse

enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1 028 703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wuilmer Agapito Vásquez, para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa.

ITINERARIO DEL PROCESO:

PRIMERA INSTANCIA

1. El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito judicial Del Santa -fojas 02- formuló su requerimiento de apertura a juicio (acusación), en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública – enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado.
2. Con fecha 04 de noviembre de 2014 -fojas 08- el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Chimbote realizó el control de acusación. Posteriormente, dictó auto de enjuiciamiento -fojas 12- en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública – enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado.
3. El día 19 de noviembre de 2014, el Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia Del Santa emitió el auto de citación a juicio -fojas 10-. Tras la realización del juicio oral, dictó sentencia el 02 de junio de 2014 -fojas 378- condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública – enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703.44 nuevos soles el monto por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

SEGUNDA INSTANCIA

4. Contra la citada sentencia, la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez interpuso recurso de apelación -a fojas 467- solicitando la absolución de sus patrocinados por no haberse encontrado desbalance patrimonial en Amelia Victoria Espinoza García, no haberse valorado correctamente la prueba, haberse

aplicado incorrectamente el artículo 401, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, inaplicación del principio *in dubio pro reo*, vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al debido proceso.

5. Primer Juzgado Penal Unipersonal Del Santa por resolución del 12 de junio de 2015 -fojas 525- admitió los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez; mediante resolución del 22 de julio de 2015 -fojas 578- la Sala Penal de Apelaciones Del Santa señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia, la que se realizó conforme al acta del 24 de agosto de 2015 -fojas 599- y su continuación -fojas 641- con la intervención del Representante del Ministerio Público, el actor civil, los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez y sus respectivos abogados defensores.
6. El día 22 de septiembre de 2015 -fojas 733-, Sala Penal de Apelaciones Del Santa dictó sentencia de vista declarando infundados los recursos de apelación interpuestos por los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez; confirmaron la sentencia el 02 de junio de 2014 -fojas 378- que falló condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública – enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703.44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE LOS PROCESADOS AMELIA VICTORIA ESPINOZA GARCÍA Y WUILMER AGAPITO VÁSQUEZ

7. El tribunal superior por resolución del 13 de octubre de 2015 -fojas 939- concedió el recurso de casación interpuesto por la defensa de los Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez. Este supremo tribunal, mediante el auto de calificación del recurso de casación del 04 de marzo de 2016 -fojas 189 del cuaderno de casación formado en esta instancia- declaró de oficio bien concedidos los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa -inc. 3 y 11 del art. 139 de la Constitución Política del Estado y art. 26 y 401 del Código Penal-.
8. Deliberada la causa en secreto y votada el día 06 de julio de 2016, esta sala suprema emitió la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las

partes que asistan- se realizará por la secretaria de la sala el día 12 de julio de 2016, a las 8:30 horas.

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tema a dilucidar

1. Verificar si existe infracción normativa de los incisos 3 y 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y de los artículos 26 y 401 del Código Penal.

MOTIVO CASACIONAL: INFRACCIÓN NORMATIVA DE LOS ARTÍCULOS 25, 26 Y 401 DEL CÓDIGO PENAL Y DEL INCISO 11 DEL ARTÍCULO 139 Y 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

2. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la casación N° 343 – 2012 del 16 de abril de 2013¹. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia.
3. Una de las conclusiones más importantes a las que se arribó en la casación N° 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401 del Código Penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias². En buena

1 Sentencia recaída en la casación N° 343-2012 del 16 de abril de 2013, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Proceso seguido contra Arturo Ernesto Marquina Gonzáles por el delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. Documento localizable en la página web <http://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/> colocando el número y año del recurso de casación y la sala suprema que la dictó.

2 Evolución del artículo 401 del Código Penal.-

"Enriquecimiento ilícito"

Artículo 401.- *El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.*

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita
(1)(2)

(1)Párrafo incorporado por el Artículo 7 de la Ley N° 27482, publicada el 15-06-2001

(2)Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06-10-2004, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena

cuenta, la norma de conducta³ de la norma penal ha permanecido en el tiempo.

privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”^()*

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita. ()*

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

^(*)

(*) Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

3 En este sentido el profesor García Cauero indica: “La norma de conducta asume, por lo general, la forma de

4. Ello tuvo especial eco al momento de abordar la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre de 2013, esto es el “abusando de su cargo”. A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado.
5. No obstante, la casación N° 343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401, determinó que la locución “abusando de su cargo” era el equivalente a “por razón de su cargo”. Es decir que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito.
6. Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso –uso indebido- del cargo que ostenta⁴.
7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura –a excepción de la primera redacción del artículo- un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del **patrimonio**; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.
8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo una solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el

una prohibición (norma de prohibición), en la medida que proscribe la realización de determinadas conductas lesivas”. García Cauero, Percy. **Derecho Penal. Parte General**. Segunda edición. Lima: Jurista editores, 2012, p. 73.

4 En esta línea, Salinas Siccha indica que: “Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido”. Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Segunda. Lima: Grijley, 2011, p. 608.

dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.
10. El artículo 26 del Código Penal⁵ recoge la tesis de la ruptura del título de imputación⁶. Esto significa que en los delitos especiales, el **status** del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.
11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal⁷ que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con **status** puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.
12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del **funcionario público** son **indicios** de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario. Sin embargo de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

5 Artículo 26 del Código Penal.- “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes del mismo hecho punible”.

6 Cfr. Villa Stein, Javier. **Derecho Penal. Parte General**. Cuarta edición. Lima: Ara editores, 2014, p. 394.

7 Artículo 25 del Código Penal.- “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”.

- 13.** Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predicen de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio⁸, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público⁹. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.
- 14.** Toda vez que se ha determinado que la conducta criminalizada no ha variado sustancialmente en el tiempo, las variaciones que ha sufrido el artículo 401 del Código Penal difícilmente pueden vulnerar el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución. Por ende, el debido proceso resguardado en el inciso 3 de la misma norma constitucional que actúa como derecho continente y el artículo 103, tampoco tendrían porque verse afectados salvo que el caso concreto exigiera un análisis más exhaustivo de la subsunción de los hechos a la norma penal del artículo 401 del Código Penal.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

- 15.** El caso que nos ocupa presenta una imputación fáctica relativamente simple, Amelia Victoria Espinoza García habría incrementado su patrimonio abusando de su cargo como regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, pero habría disimulado dicho superávit empleando a su pareja sentimental Wuilmer Agapito Vásquez a quien habría utilizado a modo de testaferro. Por tanto corresponde determinar, desde la verdad judicial ya establecida en el presente proceso, si los hechos se subsumen o no en el artículo 401 del Código Penal y si se puede atribuir intervención delictiva a los procesados.
- 16.** A la luz de lo expuesto hasta ahora, la respuesta al caso ya se vislumbra. El uso de testaferros para configurar el delito de enriquecimiento ilícito es un tema probatorio, que en el presente caso se llegó a postular tal como se aprecia de la imputación fáctica recogida por la sentencia de vista. El problema es que como la misma reconoce, no se ha podido probar que la procesada Amelia Victoria Espinoza García haya transferido

8 Conviene tener una definición del mismo: "Indicio es la circunstancia o antecedente que autoriza fundar un opinión sobre la existencia del hecho". Ferreyra, Juan José. Indicios y presunciones judiciales. [aut. libro] Marcelo Sebastián Midón, y otros. *Tratado de la prueba*. Argentina: Librería de La Paz, 2007, p. 697. Nótese que a lo que da pie el indicio es a la formación de una *opinión*.

9 Esto también fue señalado, con gran acierto, por la sala penal superior en la sentencia impugnada.

los bienes (sobre todo dinero) que figuraban en el patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez.

17. La tesis que se ha esgrimido para condenar a estos procesados es que su relación, de la cual tuvieron como fruto una hija, nos permite inferir que el incremento injustificado del patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez es en realidad de Amelia Victoria Espinoza García. Una propuesta así supone un enorme riesgo para la seguridad jurídica del país en tanto de los vínculos que tienen los funcionarios y servidores públicos no se puede inferir todo lo negativo.
18. En el caso que nos ocupa los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la sala superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto el vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica.
19. En consecuencia, la verdad judicial que se ha alcanzado esto es que Agapito Vásquez incrementó su patrimonio injustificadamente, no es el supuesto de hecho criminalizado en el artículo 401 del Código Penal. Y en la medida en que no se ha probado que el mismo haya sido testaferro de Amelia Victoria Espinoza García, no existe otra posibilidad de subsumir los hechos en la norma penal imputada. Por lo tanto no es posible atribuir responsabilidad a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez.
20. En relación a la reparación civil fijada, se debe señalar que la misma tiene como fundamento, en el caso concreto, el daño causado a la administración pública producto del enriquecimiento ilícito. Esto significa que la conducta ilícita de los procesados era lo que permitía sostener la existencia de un daño indemnizable. Al haberse descartado el carácter ilícito de su proceder, debe también descartarse la posibilidad de que se genere responsabilidad civil a partir del mismo.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

I. FUNDADO el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa -inc. II del art. 139 y 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25, 26 y 401 del Código Penal.-

II. CASARON la sentencia -fojas 733- del veintidós de septiembre de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada -fojas 378- del dos de junio de dos mil quince, que condenó a **Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez** como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública – enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703.44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria; actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo **REVOCARON** la sentencia del dos de junio de dos mil quince que condenó a **Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez** por el delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado; reformándola, **ABSOLVIERON** a los citados procesados por el delito y agraviado en mención.

III. ORDENARON el levantamiento de las órdenes de ubicación y captura emitidas contra los procesados **Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez**, así como la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado en razón del presente proceso.

IV. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones Del Santa y las demás cortes superiores de los distritos judiciales que aplican el Nuevo Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los fundamentos jurídicos contenidos en los numerales dos (2) al trece (13) –motivo casacional: infracción normativa de los artículos 25, 26 y 401 del Código Penal y del inciso 11 del artículo 139 y 103 de la Constitución Política del Estado- de la presente sentencia suprema, de conformidad con el inciso 3 del artículo 433 del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial “El Peruano”.

V. ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; notifíquese.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - CASACIÓN N° 782-2015-SANTA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: RAMIRO SALINAS SICCHA¹

SUMILLA:

Salvo excepciones, en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del “*extraneus*” en los delitos funcionariales. Esta posición sostiene que un mismo hecho no puede ser tipificado bajo dos tipos penales diferentes. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responde por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. En suma, desde esta postura, serán partícipes de un delito funcional los que sin infringir algún deber, participan en la comisión del delito junto al infractor del deber (autor).

1. CUESTIÓN PREVIA

Cuando participan más de dos personas en la comisión de los delitos especiales como lo constituyen la mayoría de los delitos contra la administración pública², siempre resulta problemático determinar quién es autor y quién es cómplice o instigador. Teniendo como punto de partida la consolidación de una política criminal estatal de hacer frente a las conductas de corrupción que en el caso más extremo desintegran las sociedades, el objetivo de este trabajo es plantear algunas ideas razonables y coherentes para lograr una mejor interpretación y aplicación de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico.

2. LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al

1 Profesor de Post Grado de la Universidad San Martín de Porres y Juez Superior Titular de la Sala Penal Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

2 Se afirma la mayor parte debido a que dentro de los delitos contra la administración pública, existen delitos comunes, como por ejemplo, el delito de tráfico de influencias.

concepto de la autoría directa o inmediata en todos los Códigos Penales³. De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal. Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (*typus*) de la teoría del dominio del hecho⁴.

En tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del delito, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. Es lugar común, sostener que la teoría del dominio del hecho sirve para saber quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes o también denominados de dominio, sin embargo, no sirve para tal finalidad en los delitos especiales, pues en estos no necesariamente el que tiene las riendas del acontecimiento delictivo es el autor. Ello es así debido a que el principio de legalidad se opone, como luego veremos.

De modo que para los delitos especiales, desde nuestra perspectiva dogmática, para saber quién es autor y quién es cómplice, sirve la teoría de infracción de deber introducida en el Derecho Penal por Claus Roxin en 1963⁵.

En la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción de deber”. Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal. En tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.

Ejemplo de los delitos de infracción de deber son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración pública”, en los

3 Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, El dominio sobre el fundamento del resultado, traducido por Mariana Sacher, en Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio, IDEMSA, Lima, 2006, p. 286.

4 Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, El dominio sobre el fundamento del resultado, ob.cit., 2006, p. 287. Aquí se sostiene tal como enseña Roxin, que son los tipos penales de la Parte Especial de los Códigos Penales que describen el hecho y que, de ese modo, caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción.

5 Véase: Taterschaft und Tatherrschaft, primera edición, 1963, octava edición, Berlín, 2006, p. 26. Obra que fue traducida al español por Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo, con el título **Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal**, Barcelona, 2000. Véase: SCHÜNEMANN, BERND, El dominio sobre el fundamento del resultado, traducido por Mariana Sacher, en **Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio**, IDEMSA, Lima, 2006, p. 287; PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencia”, en **Gaceta Penal**, N° 19, enero 2011, p. 69; CARO JOHN, “Delito de infracción de deber: fundamento y significado”, en **Normativismo e imputación jurídico penal: dogmática penal 5**, Ara editores, 2010, p. 64 y La autoría delictiva del funcionario público, en *rev. Ius Puniendi*, año I, Vol. 2, segundo trimestre 2015, p. 24; ABANTO VÁSQUEZ, **Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública**, Grijley, 2014, p. 386; SUÁREZ GONZALES, “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos”, en **La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública**, Grijley, 2001, p. 152.

cuales **autor** es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión: “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”⁶. “En estos delitos lo relevante no es -aunque lo haya- el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva”⁷ estatal. De ahí que podemos conceptualizar a los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social, y de ese modo, ocasiona una puesta en peligro o lesión típica de determinados bienes jurídicos⁸. En concreto, son conductas en las cuales el autor por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales.

Fundamenta la autoría en los delitos especiales un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados por la propia fórmula legislativa. Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos que pueden ser autores de determinados delitos. Por respeto al principio de legalidad, autores de los delitos especiales solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige, por ejemplo, en los delitos de peculado (art. 387 CP) o colusión (art. 384 CP) solo pueden ser autores los sujetos que tienen la condición de funcionario o servidor público. Nadie más que ellos pueden ser autores. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (art. 376 CP), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público.

6 Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general*, T. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 338; también en *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª edición, traducido por Cuello-Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 383-385. En el mismo sentido, JAKOBS, quien este aspecto lo grafica con el siguiente ejemplo: “El autor que da a un tercero un consejo exitoso de cómo esta tercera persona puede sustraer el patrimonio que aquél tutela, es autor de administración desleal, aun cuando, en el momento de la sustracción, a él le faltara el dominio del hecho”. Cfr. *Derecho Penal*, 2da. edición, 1991, sección 29, n. marg. 57 y ss. De igual modo, ROXIN, citado por PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencia”, en *Gaceta Penal*, N° 19, enero 2011, p. 72.

7 SÁNCHEZ-VERA, “Delito de infracción de deber”, en: Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), *EL funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 275.

8 Antes de expresar este concepto, el profesor Roxin insiste en “continuar desarrollando la denominación originaria que hiciera de los delitos de infracción de deber de un **modo que se renuncie a tomar como referencia reglas extrapenales como requisito necesario** y que destaque su fundamento social, pero manteniendo la idea de la lesión de deberes especiales en su importancia para fundamentar la autoría”. Cfr. ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Abanto Vásquez, T. II, ob. cit., 2016, p. 323.

Este delito no puede ser cometido por un servidor público, obviamente debido a que no tiene autoridad.

En los delitos especiales, la figura central (autor) del evento delictivo se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal⁹. Autor será quien interviene en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial; y partícipe quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir o incumplir deber especial alguno, toda vez que no lo tiene. Por ejemplo, al no trabajar para la administración pública no tienen deber especial alguno. Aquí resulta necesario precisar que aquellos deberes especiales de carácter penal no surgen solo y directamente del tipo penal, que es el que desencadena la sanción penal prevista en la ley. Estos deberes están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y que se originan en otras ramas del derecho. Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho constitucional, más específicamente, de la teoría general del Estado. Son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado. Recuérdese que administración pública no es otra cosa que el Estado mismo. El Estado solo se puede organizar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. De ahí que si no se protegen estos deberes y principios por medio del derecho penal, el Estado mismo es inuivable.

El Estado se desintegra. En consecuencia, estos deberes especiales no se extienden a todos los ciudadanos de un Estado, sino solo a aquellos que trabajan para él. De modo que si en la comisión de un delito funcional participan varias personas, solo serán autores, en general, quienes trabajan para el Estado debido a que tienen el deber especial de cautelar y fomentar el normal y recto funcionamiento de la administración pública, en tanto que los demás participantes en la comisión del mismo delito, solo serán cómplices, debido a que no trabajan para el Estado y, por tanto, no tienen deber específico alguno que cautelar.

No obstante, en los delitos especialísimos¹⁰ (como colusión, peculado, malversación de fondos y negociación incompatible) donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores de estos delitos aquellos agentes públicos que tienen una relación o competencia funcional específica con el objeto del delito, en tanto que los demás responderán penalmente por el mismo delito pero en su calidad de cómplices. Así por ejemplo,

9 PARIONA ARANA, ob. cit., 2011, p. 79.

10 Son aquellos que para ser autor del delito no es suficiente tener la calidad que exige el tipo penal (funcionario o servidor público), sino es necesario, además, que el agente tenga una relación funcional específica con el objeto del delito (patrimonio del Estado). Por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 CP) solo puede ser autor aquel funcionario o servidor público que tiene la facultad funcional de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos. Nadie más que ellos pueden ser autores. En consecuencia, si en un hecho en concreto de peculado participan también funcionarios o servidores que no tienen aquella relación funcional, responderán por el mismo delito pero en su calidad de cómplices.

en el hecho de sustracción de dinero de una Municipalidad, realizado por dos funcionarios públicos: el alcalde y el regidor de limpieza pública, solo será autor el alcalde debido a que aparte de ser funcionario público tiene la competencia funcional específica de administrar los fondos públicos de la comuna, en tanto titular de la entidad; en cambio, el regidor de limpieza pública solo responderá como cómplice del delito, debido a que si bien es también funcionario no tiene alguna relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (fondo público). En los delitos especialísimos, la relación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado. La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito, puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel, según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito¹¹.

En otro extremo, de acuerdo a esta postura de la teoría de los delitos de infracción de deber, si un funcionario público (tesorero) planifica con su compadre espiritual (extraño a la administración) llevarse los caudales existentes en la Municipalidad donde trabaja, y dispone que este último ingrese a la tesorería y se lleve el dinero, mientras que aquel distrae a los trabajadores de la tesorería, el **inraneus** (funcionario) es el autor, mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (no infringe deber alguno). Esta solución razonable se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el **inraneus** (el obligado) puede fundamentar la autoría¹². El **inraneus** es aparentemente un autor mediato, puesto que lo que hace es realizar parte de la acción típica “a través de otro”, infringiendo personalmente su deber especial¹³. Decimos aparentemente debido a que

11 En este sentido, las Salas Penales de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, respecto del delito especialísimo de peculado, estableció como doctrina legal que “para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública”. Véase el fundamento 6 del citado Acuerdo Plenario dictado el 30 de setiembre de 2005.

12 Es más, según el profesor CARO JOHN, que se adhiere a la concepción de Jakobs enseña que en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos “los supuestos, el **inraneus** responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor”. “Delito de infracción de deber: fundamento y significado”, en **Normativismo e imputación jurídica penal: dogmática penal 5**, Ara editores, 2010, p. 87.

13 No hay inconveniente en hablar aquí por motivos meramente didácticos de autoría mediata, es decir, de autoría mediata también para los delitos de infracción de deber. Solo para fines didácticos, toda vez que si un obligado especial (**inraneus**) utiliza a un tercero, **extraneus**, para cometer la infracción de deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho. En otros términos, el obligado especial es siempre autor directo

el obligado especial responde siempre como autor con independencia de la diferenciación fenomenológica (autor directo, autor mediato o coautor). En cambio, aunque tenga el “dominio del hecho”, el **extraneus** es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial (no trabaja para el Estado) y, por lo tanto, no puede lesionarlo ni ponerlo en peligro¹⁴.

Una importante característica de los delitos de infracción de deber lo constituye la circunstancia de que se puede ser autor, sin haber tenido alguna participación en el dominio del hecho. En contrapartida, el tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho¹⁵. La tesis central es que el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante -con o sin dominio del hecho- o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado¹⁶. Lo mismo sucede en los casos en los cuales participan solo funcionarios o servidores públicos en la comisión de los delitos especialísimos. Autor será aquel o aquellos sujetos públicos que tienen relación funcional con el objeto del delito tal como exige el tipo penal, en tanto que serán solo cómplices aquellos agentes públicos que no tienen relación funcional. La relación funcional prevista por el legislador como elemento típico objetivo fundamental del delito especial, hace más fuerte a los deberes o principios que sustentan la organización del Estado.

Consideramos que esta teoría contribuye decisivamente a la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos delitos donde más de dos personas participan en su comisión y presuponen deberes especiales de carácter penal¹⁷. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llega la teoría que se basa en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos¹⁸. Por su parte, Abanto Vásquez¹⁹ concluye que la tesis de Roxin de “la infracción de deber” se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas a los casos que se presentan en los estrados judiciales.

con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, “Delito de infracción de deber”, ob. cit., Bogotá, 2003, p. 284.

14 PARIONA ARANA, ob. cit., 2011, p. 71.

15 Cfr. ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, T. II, ob. cit., 2016, p. 306.

16 SÁNCHEZ-VERA, “Delito de infracción de deber”, ob. cit., Bogotá, 2003, p. 282.

17 Para los interesados en hacer siempre Derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los **extranei** solo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores). Véase: FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, cit., 2013, p. 29.

18 Cfr. PARIONA ARANA, “Participación en los delitos especiales”, en el *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Ara editores, Lima, 2006, p. 770.

19 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2014, p. 408.

2.1. LOS DELITOS ESPECIALES DE GARANTES

El profesor Bernd Schünemann, ha planteado una vertiente parecida de los delitos de infracción de deber que aquí se defiende, la misma que en los resultados prácticos coincide en lo central con los planteamientos de Roxin²⁰, no obstante, Schünemann se resiste a utilizar la denominación de “delitos de infracción del deber”, y en cambio, prefiere la de “delitos especiales de garantes”²¹.

En estos delitos la posición del autor consiste en una posición de garante penal. Según las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante. Así, por ejemplo, sostiene Schünemann, no se trata de quién posee la posición de dueño de un perro peligroso, sino de quién saca a pasear al perro y no interviene cuando este se lanza contra un transeúnte. Según el citado profesor, con el ejemplo se puede demostrar el parentesco entre los delitos impropios de omisión con los delitos comunes por un lado, y con los delitos especiales por el otro. Cuando el perro muerde a un transeúnte, quien ha asumido del dueño la tarea de vigilar al animal, y no lo detiene cuando ataca, comete lesiones corporales por omisión. Este es un delito especial del dueño del perro, pero es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber de Derecho Público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a pedido del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, posee el dominio sobre el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia²². Así, es autor idóneo, -sigue afirmando el profesor Shünemann- lo que es asegurado en el sistema penal mediante las reglas de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro.

Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. Esto es evidente en los delitos funcionariales, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone²³. De ahí que, para Shünemann, se encuentra libre el camino para lograr una unidad sistemática en la teoría del autor. El criterio del dominio sobre el fundamento del resultado logra los fines también en su aplicación a los delitos especiales. Esta categoría se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial

20 Cfr. ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, T. II, Grijley, Lima, 2016, p. 313. En este trabajo, Roxin precisa que se trata tan solo de variantes fundamentadoras –que por cierto no dejan de tener importancia práctica- y que necesitan mayor discusión, p. 323.

21 Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, EL dominio sobre el fundamento del resultado, ob. cit., 2006, p. 293.

22 Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, EL dominio sobre el fundamento del resultado, ob. cit., 2006, p. 294.

23 Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, EL dominio sobre el fundamento del resultado, ob. cit., 2006, p. 295.

del resultado (el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión, y más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). El mismo estado de cosas se encuentra también en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, pueden denominarse delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico, por ejemplo, en caso de infidelidad del administrador del patrimonio, y por otro lado, también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado, como por ejemplo, el dominio que existe al dirigir una empresa o al utilizar instalaciones peligrosas (por ejemplo, el dueño de una instalación peligrosa que daña el medio ambiente). Aquí no es el deber del Derecho Público el criterio decisivo, ello solo representa una cuestión accesoria al dominio en el ámbito del Derecho Público, sino la posesión del dominio mismo, que puede transmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo. De este modo sigue afirmando Shünemann, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio unitario, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos impropios de omisión y los delitos especiales de garantía **por un dominio preestablecido sobre el suceso**, en el sentido del control sobre un ámbito social²⁴. Ambos son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría.

Si bien podemos coincidir con Shünemann que es plausible su razonamiento cuando se trata de conductas omisivas como el propuesto del perro peligroso, sin embargo, cuando estamos frente a conductas de comisión, aquel razonamiento no rinde, pues cuando el funcionario público sustrae los fondos estatales, o acuerda o pacta con los interesados para defraudar al Estado o da, o dispone para un destino diferente definitivo a los caudales que administra, por ejemplo, difícilmente podrá interpretarse que el agente público actuó con falta de vigilancia de una fuente de peligro que él dominaba, o como dominio sobre el desamparo de un objeto del bien jurídico. Se tratan más bien de conductas de comisión en las cuales la autoría está limitada a personas que están vinculadas con deberes en su condición de sujetos públicos²⁵ y no necesariamente al dominio sobre el suceso como para equipararle al dominio del hecho de los delitos de comisión. En este tipo de delitos, no es suficiente el dominio sobre el suceso sino aparte de tener aquel dominio, se exige la vulneración o afectación de algún deber especial de carácter penal.

24 Cfr. SCHÜNEMANN, BERND, el dominio sobre el fundamento del resultado, ob.cit., 2006, p. 298.

25 Véase con ejemplos diferentes: ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, T. II, ob. cit., 2016, p. 319.

En efecto, por la estructura misma de los delitos especiales, en los casos donde determinada persona (sujeto público por ejemplo) no cumpla por completo con los requisitos de control de una fuente de peligro o de una relación de protección, responderá siempre como autor de la conducta, solo si se verifica que con su actuar lesionó un deber especial penal que surge precisamente del dominio del control. De ahí que el profesor Roxin²⁶ concluya que el dominio sobre la causa del resultado no es por sí mismo el elemento fundamentador de la autoría, sino solo un presupuesto de la realización típica que, por su parte, consiste en una lesión de los deberes que resultan del dominio del control. El siguiente ejemplo, citado por Roxin, grafica lo expuesto: cuando en un taller resulta lesionado por imprudencia un trabajador, el propietario del taller solo responderá como autor de las lesiones, si se llega a verificar que parte de tener el control del negocio, infringió algún deber especial como por ejemplo, no dar el mantenimiento oportuno a la maquinaria, no entregar la ropa adecuada a su trabajador, etc. En cambio, si se verifica que el propietario del negocio cumplió con todos sus deberes al interior del negocio, es imposible que en nuestro sistema jurídico responda penalmente por las lesiones imprudentes ocurridas, así se verifique que tuvo el pleno control del dominio sobre la causa del resultado. El dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, por sí mismos no son suficientes para establecer autoría en los delitos especiales, es necesario algo más. Y ese plus no es otra cosa que verificar si en el caso en concreto, el agente infringió algún deber especial²⁷.

En los delitos funcionariales, es cierto que como sostiene Shünemann, los sujetos públicos tienen el poder estatal a su disposición, y por tanto, ejercen control calificado sobre los sucesos en el marco de sus competencias y, en consecuencia, ellos mismos están sometidos a un control penal más estricto, no obstante, también es cierto que por el solo hecho de tener el poder estatal, tener el dominio o tener competencia funcional sobre el objeto del delito, no responden penalmente como autores si previamente no se verifica la infracción a algún deber especial de carácter penal. Si no se lesiona algún deber, por más que se verifique el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, no hay forma de fundamentar la autoría. En efecto, si en una institución pública existen dos administradores de los fondos públicos, solo será autor del delito de peculado, por ejemplo, aquel funcionario que aparte de tener dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, lesionó su deber de no lesionar el patrimonio del Estado, apropiándose de parte o del total de los fondos públicos.

26 ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, T. II, ob. cit., 2016, p. 320.

27 De ese modo, el profesor Roxin, concluye que el elemento del dominio del control no es superfluo, sino que es desplazado del centro de la fundamentación de la autoría. Véase en La teoría del delito en la discusión actual, T. II, ob.cit., 2016, p. 320.

En cambio, el otro funcionario con igual dominio no será posible hacerle responder en calidad de autor por delito alguno, debido a que no lesionó aquel deber al no participar en la apropiación de los fondos. En otros términos, se sabe que en las municipalidades normalmente existen dos administradores de sus caudales, el alcalde que se constituye en el titular del pliego y el jefe de economía (tesorero). En un caso en concreto, luego de la investigación del delito se llega a la conclusión que el titular del pliego se ha apropiado de parte del patrimonio de la municipalidad con total desconocimiento del tesorero. Aquí solo responderá como autor de peculado el titular del pliego. Y esto es así debido que si bien los dos (tanto alcalde como tesorero) en la municipalidad tenían o tienen el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, solo el alcalde realizó la conducta prohibida por el artículo 387 del Código Penal, lesionando de ese modo el deber impuesto por la ley penal cual es el deber de no lesionar el patrimonio estatal.

En parecido sentido ocurre con el delito de colusión. En efecto, tres funcionarios públicos conforman la comisión especial de licitación, por ejemplo, si luego de la investigación se determina que solo uno de ellos se concertó o pacto con el tercero interesado para defraudar patrimonialmente al Estado, solo él responderá como autor del delito de colusión previsto en el artículo 384 del CP, los otros dos no responderán por delito alguno, pese a que es evidente que en tanto miembros de la comisión de licitación tuvieron objetivamente el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o, en todo caso, el dominio sobre la causa esencial del resultado. Por supuesto, solo el que se concertó con el tercero interesado será autor, debido que aparte de tener alguno de los dominios que alega el profesor Shünemann, lesionó sus deberes funcionales de carácter penal de imparcialidad, transparencia y dar trato justo a los proveedores.

Finalmente, debe precisarse que los deberes duran más o van más lejos que la relación de dominio sobre la causa del resultado. Dos ejemplos citados por el profesor Roxin²⁸ grafican lo expresado: cuando una madre emprende un viaje alrededor del mundo y deja a su bebé lactante solo en su casa cerrada con llaves, en caso que el niño muriera de hambre, ella será responsable de homicidio por omisión, aun cuando ya no tenía el dominio del control sobre el niño. El otro caso es el de los padres que se van al cine, mientras que sus hijos se quedan solos en casa. ¿Qué sucede si necesitan ayuda? ¿quién es responsable?. Lo decisivo para cualquier autoría por omisión de los padres tendrá que ser el que todavía subsiste su deber de vigilancia y que ellos deben cumplir con este deber así estén lejos del dominio sobre una causa esencial del resultado. Por supuesto, el cumplimiento de estos deberes excluye de responsabilidad alguna a los padres, mientras que su incumplimiento puede fundamentar su autoría del resultado dañoso producido.

28 Véase: ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, T. II, ob. cit., 2016, pp. 321-322.

En suma, ese plus al dominio puesto en evidencia, fundamenta la autoría y es lo característico de los delitos de infracción de deber desde la posición de Roxin.

2.2. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER POR COMPETENCIA INSTITUCIONAL

Por otro lado, bien sabemos que aparte de Roxin y Shünemann, el profesor Jakobs²⁹ también ha desarrollado la teoría de los delitos de infracción de deber pero con contenido totalmente diferente. Para efectos del presente trabajo, no se sigue, los planteamientos de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John³⁰ la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del Derecho Penal, en los últimos veinte años, ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber.

En efecto, esta concepción difiere de los planteamientos efectuados por Roxin en varios puntos, pero para efectos del presente trabajo podemos invocar los siguientes: Primero, no reconoce como delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor “le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante”, o porque otra persona “es única... que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante”. Aquí se encontrarían tipos penales como los de “frustración de una ejecución forzada” o “la huida del lugar del accidente”. Segundo, para Jakobs, la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción de deber. La equiparación de delito con lesión de bienes jurídicos fracasaría, “principalmente en los delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional”³¹. Tercero, finalmente, solo pueden ser atribuidos los delitos de infracción de deber a aquellos que tienen competencias institucionales, los demás intervinientes en el delito responderán por un delito común o de dominio, ya sea como autores o cómplices.

Analizando tales planteamientos, tenemos que no resulta razonable restringir el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que Jakobs denomina las competencias institucionales. En efecto, para graficar su posición, Jakobs afirma que tienen competencias organizacionales, por ejemplo, “el guía de montañas que acompaña por una ruta difícil, según lo acordado, a turistas inexpertos”, o “el cuidador de niños” o “el salvavidas en la playa” o “el guardaespaldas contratado para protección personal”. Si estos por omisión no actúan para evitar la comisión de un delito en agravio del turista inexperto, del niño, del

29 Quien reconoce que el grupo delictivo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado por Roxin. Cfr. JAKOBS, *Strafrecht (derecho penal)*, 2da. edición, 1991, sección 21a., n. marg. 119.

30 CARO JOHN, ob. cit., 2010, p. 71. También en La autoría delictiva del funcionario público, en rev. Ius Puniendi, año I, Vol. 2, segundo trimestre 2015, p. 25.

31 Respecto de estas diferencias, véase: ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, T. II, ob. cit., 2016, pp. 315-316.

bañista o del protegido respectivamente, solo podrán ser sancionados penalmente como cómplices del delito por omisión. En cambio, según Jakobs, tienen competencia institucional, por ejemplo, la policía que es la institución garante en la protección ante la delincuencia. De modo que si el policía no impide la inducción a un delito, responderá como autor del delito³².

Según nuestro criterio jurídico, siguiendo lógicamente a Roxin, cuando un policía no interviene frente a un hecho violento que se está produciendo ante sus ojos, pese a que no hay dudas sobre la posición de garante del policía, es razonable y correcto se le castigue como autor de un delito por omisión. Pero no encuentro explicación razonable alguna, según nuestro sistema jurídico, por qué el guardaespaldas o el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas que uno ha contratado, en caso de su inactividad, tan solo deben ser sancionados por complicidad. No se entiende esta conclusión debido a que la relación del guardaespaldas o el guía de montañas, o el cuidador de niños o el salvavidas con la persona que debe proteger o debe guiar o cuidar a los niños o salvar a los bañistas es más cercana y estrecha que la del policía³³. En nuestro sistema jurídico, en estos casos, el agente responde y será sancionado como autor del delito por omisión en aplicación del artículo 13 de nuestro Código Penal.

En otro extremo, según la concepción normativa pura del Derecho Penal, la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento delictivo³⁴. La razón de la imputación es la infracción de deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radica el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción de deber siempre fundamenta la punibilidad³⁵. El profesor Sánchez-Vera³⁶ sostiene que una de las características de los delitos de infracción de deber es que la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico al punto que existe ya un delito de infracción de deber completo, por tanto punible, cuando por ejemplo, “la madre facilita un arma al asesino para que mate a su hijo (de la madre), con independencia de que el asesino llegue a la consumación del hecho o al menos lo haya intentado”. Según esta forma especial de concebir y explicar los delitos de infracción de deber, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387º del Código Penal, cuando el sujeto público infringiendo o incumpliendo su deber funcional de administrador decide y planifica apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para

32 Cfr. JAKOBS, Derecho penal, 2da. edición, 1991, sección 29, n. marg. 106.

33 En parecido sentido, véase: ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, T. II, ob. cit., 2016, p. 332.

34 Cfr. JAKOBS, Derecho Penal, 2da. edición, 1991, sección 2, n. marg. 16.

35 VILLAVICENCIO TERREROS, citando a SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Derecho Penal, parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 307

36 SÁNCHEZ-VERA, “Delito de infracción de deber”, ob. cit., Bogotá, 2003, p. 282.

efectos de la consumación y, por tanto, para la correspondiente sanción penal es irrelevante si el sujeto público inició los actos de apropiación del bien público, objeto del delito. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues la misma construcción de la fórmula legislativa del artículo 387º que regula el delito de peculado exige en primer término, que cuando menos se dé inicio a los actos de apropiación y luego, se exige la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos (como calidad del sujeto activo, relación funcional del agente con el bien objeto del delito, sustracción o apropiación, bien jurídico protegido, dolo, etc.) para poder sancionar el delito de peculado. La sola infracción del deber no es suficiente para configurar el peculado y, por tanto, no es suficiente para sancionarlo ni siquiera en grado de tentativa. La razón de la punición de los delitos de infracción de deber tal como ocurre con los delitos de dominio o comunes es la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos³⁷. La infracción de deber por parte del agente se constituye solo en un elemento objetivo más del delito de peculado. Elemento que para tener trascendencia penal debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito funcional de que se trate. De modo que la simple infracción de deber no tiene contenido penal.

Parecida postura sostiene Pariona Arana³⁸, cuando argumenta que por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código Penal en su parte especial, no es posible sostener que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de la mayoría de los delitos contra la administración pública, por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. La sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

En los delitos de infracción de deber tan igual como en los delitos de dominio, la razón de su sanción o punición es al menos el inicio de la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico. Las instituciones fundamentan una obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esa relación. El obligado es autor, porque se sitúa más cerca de los bienes jurídicos a diferencia de lo que ocurre con personas que están fuera de la vinculación de deberes. Debido a su especial posición social, el perteneciente a la institución

37 ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, T. II, ob. cit., 2016, p. 335.

38 PARIONA ARANA, ob. cit., 2011, p. 73.

tiene acceso directo a cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de manera sencilla y considerable que los que están situados fuera de la institución³⁹.

En este extremo, siguiendo lo expuesto por el profesor Caro John⁴⁰, la postura de Sánchez-Vera tiene que ser cuestionada, debido a que ubica la lesión del deber únicamente en el nivel de lo abstracto, si se quiere, de lo formal, más no en el nivel de lo material, como corresponde identificar a toda conducta que reúne un significado de relevancia penal. Los delitos de infracción de deber necesitan una objetivización de la lesión acorde a la semántica del tipo penal, a la que se llega cuando se da comienzo a la realización típica. Es imposible -sigue sosteniendo el citado profesor- que pueda ya hablarse de una realización típica del delito de peculado en el momento que el tesorero dejó abierta la caja municipal para que terceros, con quienes lo ha planificado todo, se apropien de los caudales públicos a pesar que estos todavía no han dado inicio a la tentativa. Puede darse el caso que el funcionario agotó todo lo que le tocaba realizar dentro del plan conjunto de hurtar la caja del municipio, sin embargo, mientras no se inicie la realización típica de sustracción, la lesión no se produce en toda su plenitud penal. En concreto, el infringir o incumplir un deber especial solo tiene sentido jurídico penal cuando se traduce en una realización típica, como mínimo en el grado de una tentativa. La lesión del deber expresa su sentido únicamente en su vinculación con la realización de un tipo penal. La infracción de deber no tiene trascendencia penal si no va acompañada cuando menos con el inicio de la acción típica que describe el tipo penal de que se trate.

En suma, el elemento de infracción de deber para tener trascendencia penal debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito especial de que se trate como es el hecho de realizar actos de inicio de la acción delictiva. Solo dando inicio a la acción criminal se pone en peligro real o potencial el bien jurídico protegido representado en deberes o principios. La simple infracción de deber no tiene contenido penal. De ahí que en el caso que propone Sánchez Vera, a la madre que quiere deshacerse de su hijo, y facilita el arma al asesino para que mate a su hijo, no podrá ser sancionada ni siquiera por tentativa de parricidio si el asesino no empezó realmente su compromiso criminal.

3. TEORÍA DE LA UNIDAD O RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Asimismo, no se sigue también aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la administración pública, debido a que según esta concepción si en un hecho concreto participa un *intraneus* con

39 Cfr. ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, T. II, ob. cit., 2016, p. 336.

40 Cfr. CARO JOHN, La autoría delictiva del funcionario público, en rev. Ius Puniendi, año I, Vol. 2, segundo trimestre 2015, pp. 31-33.

un **extraneus** (un obligado con un no obligado), este responderá por un delito diferente al cometido por el **intraneus**. Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan un sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, en cambio, el particular o extraño a la administración responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio⁴¹. Se propicia que a un solo hecho se le realice doble calificación jurídica. Esta posición tiene su fundamento jurídico en la teoría de la ruptura del título de imputación⁴². Solo es autor del delito especial, los que tienen competencia institucional y los que no la tienen responden por otro delito de dominio o común⁴³. Según esta postura doctrinaria, en el caso de los delitos especiales de infracción de deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas. La razón radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de deber, solamente puede atribuirse a los **intranei** al tipo. Los **extranei** no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de deber. En consecuencia, los partícipes no podrán ser sancionados con el marco penal establecido para los delitos de infracción de un deber⁴⁴.

Para graficar este aspecto, el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un **extraneus**, pone los siguientes casos: “Una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar **neminem laedere** (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica

41 Véase, GARCÍA CAVERO, “Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos”, en **Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública**, (coordinadora CASTAÑEDA OTSU, Susana), Jurista Editores, Lima, 2014, p. 637.

42 Para saber más sobre las diferencias entre esta teoría y la de unidad del título de imputación, así como sus consecuencias prácticas, véase: PARIONA ARANA, **Participación en los delitos especiales**, ob. cit., Lima, 2006, pp. 760-761.

43 La teoría de Jakobs sostiene la ruptura del título de imputación, la misma que plantea que solo el funcionario o servidor público responde como autor del delito especial cometido, en tanto que los **extraneus** que participan en la comisión del mismo delito especial, responden penalmente por un delito común. Cfr. GARCÍA CAVERO, cit, 2008, p. 600; también cit., 2014, p. 639.

44 GARCÍA CAVERO, citando a Heiko Lesch, cit., 2014, p. 634.

diferenciada a fin de no incluir a los **extranei** en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)⁴⁵.

Consideramos que seguir la teoría de infracción de deber desde la óptica del profesor Jakobs, y en consecuencia, aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación en el análisis e interpretación de los delitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la administración pública, no es la forma más adecuada y eficaz, toda vez que resulta cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales. No resulta razonable que los participantes en la comisión de un delito de peculado o colusión por ejemplo, unos respondan por el delito realmente realizado, esto es, peculado o colusión y otros, por un delito diferente pero paralelo al anterior, esto es, apropiación ilícita, hurto o estafa. Asimismo, no resulta razonable para nuestro sistema jurídico, que un solo hecho delictivo tenga doble calificación jurídica por la calidad del agente. Igual no resulta razonable que los participantes en la comisión de un delito especial propio, unos respondan por la comisión del delito especial, y otros no respondan por delito alguno, debido a que no existe ilícito penal subyacente o paralelo.

En efecto, en los delitos especiales impropios donde existe una figura delictiva paralela común o subyacente, podría explicarse esta posición aun cuando luego del debido proceso se originen sentencias contradictorias, como por ejemplo, condenando al sujeto público y absolviendo al particular en proceso penal diferente, debido a que normativamente el bien jurídico solo existe en una estructura social de los delitos contra la administración pública.⁴⁶ Generando impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público⁴⁷. Esto es más evidente en los delitos especiales propios⁴⁸ donde en nuestro catálogo penal no existe delito subyacente o paralelo, como por ejemplo, en el prevaricato, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, abuso de autoridad, etc. Aquí para graficar cabe citar como ejemplo el delito de prevaricato. Si un

45 CARO JOHN, cit., 2010, p. 82.

46 RUEDA MARTÍN, Ángeles, Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública, en Delitos contra la administración pública, Heydegger y Atahuaman -coordinadores, Idemsa, 2013, p. 149.

47 Situación que incluso es reconocida por los que sustentan esta posición como por ejemplo el profesor GARCÍA CAVERO, **Lecciones de Derecho Penal, Parte General**, Grijley, Lima, 2008, p. 601.

48 Vale tener presente que es harto conocida la diferencia en los delitos especiales, entre impropios y propios. En los primeros, según la definición tradicional, la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común; en cambio, en los especiales propios, la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial (abuso de autoridad, prevaricato, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos). Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, ob. cit., 2014, p. 379.

particular coopera o ayuda a un juez a redactar una sentencia evidentemente prevaricadora, su conducta quedará sin sanción toda vez que en nuestro Código Penal no existe un delito común subyacente o paralelo al prevaricato que se le pueda atribuir. Su conducta sería impune⁴⁹. Como justificación de esta situación se podría alegar que es problema del sistema jurídico el no haber previsto delito paralelo; sin embargo, no es razonable sostener tal postura, debido a que en nuestro sistema jurídico existen y se reconocen los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios en los cuales por su propia naturaleza jurídica unos no tienen delito paralelo o subyacente y otros sí lo tienen. Lo importante de la dogmática es hacer una interpretación razonable y aplicar teorías que rindan y den conclusiones razonables. Deben aplicarse teorías que expliquen y justifiquen por qué todos los participantes con capacidad de culpabilidad en la comisión de un delito especial propio o impropio, deben merecer sanción penal.

La teoría de la ruptura del título de imputación, en los inicios del sistema anticorrupción en el Perú, tuvo cabida a nivel jurisprudencial⁵⁰. No obstante, tomando en cuenta el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación y accesoriedad, en nuestra patria jurisprudencialmente se venía imponiendo la posición de considerar a los particulares o **extraneus** como cómplices de los sujetos públicos que cometen en calidad de autores algún delito especial⁵¹. Todos los que participan en la comisión de un delito especial propio o impropio responden por el mismo delito y en un solo proceso penal. Algunos responderán en calidad de autores y otros en calidad de cómplices. Incluso, así se dejó establecido como doctrina legal vinculante

49 Igual planteamiento formula el profesor ALCOCER POVIS, Introducción al Derecho Penal, Parte General, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2014, p. 152.

50 Al inicio de la lucha contra la corrupción en nuestra patria, la posición de JAKOBS, desde su enfoque institucional, tal como lo precisa el profesor Caro John, logró una amplia acogida en la doctrina y jurisprudencia penal nacional, especialmente en el campo de los delitos funcionariales. Cfr. La autoría delictiva del funcionario público, en rev. Ius Puniendi, año I, Vol. 2, segundo trimestre 2015, p. 26. Posición que es asumida todavía en algunos pronunciamientos de las Salas Penales de la Corte Suprema, en cuanto a su terminología. En efecto, como ejemplo, cabe citar las ejecutorias supremas R.N. N° 636-2008-Lima del 01 de julio de 2008 y R.N. N° 954-2007-Amazonas, del 07 de marzo de 2008. Allí se sostiene que el delito de colusión “no es de dominio... sino un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público...”. En parecido sentido, tenemos la sentencia casatoria del 06 de julio de 2016. Allí se sostiene que “así las cosas, el artículo 25° del Código Penal que prevé la complicidad para quien realice un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; y no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. Cfr. Casación N° 782-2015 -Del Santa- Sala Penal Permanente.

51 Parecida impresión tiene Alcocer Povis, ob. cit., Lima, 2014, p. 151.

en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116⁵², donde entre otros aspectos se precisó que “los **extraneus** se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”. Y como **obiter dicta** de la citada doctrina legal establecida en el citado acuerdo plenario, en los considerandos 11 y 12 se precisó que “este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del “**extraneus**” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del “**extraneus**”. Esta posición sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El **extraneus** puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del **extraneus** no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del **extraneus** como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor”.

Así, por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción, se realizaron diversos procesos penales, en los cuales el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que a los terceros (**extraneus**) que habían participado con ellos en la comisión del delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita⁵³, los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan cómplices de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos, trayendo como lógica consecuencia que muchos casos judicializados pasaran a formar parte de la cifra negra de la criminalidad.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando las Salas Penales de nuestra Corte Suprema comenzaron a interpretar adecuadamente los delitos funcionariales y se dió inicio

52 De fecha 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción). Firmado por los jueces supremos Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santamaría Murillo.

53 Claro está siguiendo la posición de JAKOBS que aquí no se sigue.

a la emisión de ejecutorias supremas tomando en cuenta los principios de la accesoriidad y la unidad del título de imputación de la complicidad⁵⁴. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que “la participación del **extraneus** a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo **nomen iuris** delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriidad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal”⁵⁵.

De igual modo, en la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema precisó que “en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriidad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”⁵⁶. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Allí se afirmó de modo razonable: “Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la ‘accesoriidad de la participación’, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas ‘**extraneus**’ que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo... En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder ‘en segundo término’ y por tanto solo limitadamente”⁵⁷.

54 Acerca del fundamento penal de la participación, véase ROXIN, Claus, ob. cit., 2007, p. 483. En el mismo sentido GIMBERNAT ORDEIG, Autor y Cómplice, 1966, p. 2015.

55 Exp. N° 3203-2002-Lima.

56 R.N. N° 1813-2003-Lima.

57 R.N. N° 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). En el mismo sentido, se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. N° 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

Otro ejemplo del cambio jurisprudencial que se realizó para sancionar actos de corrupción, es la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004⁵⁸. Aquí se consideró que “aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial -propio, en este caso- es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría -el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume-; accesoriadad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes -como todas las personas- tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe”.

Un pronunciamiento más reciente en el cual se asume con total contundencia la teoría de la unidad del título de imputación, lo constituye la ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 2012⁵⁹. En esta ejecutoria se sostiene que “el delito contra la administración pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En ese espacio, de ser el caso, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra, lo que no sucedió en el caso concreto... En esta connotación subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única”.

Desde nuestra perspectiva jurídica, la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más razonables y satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido⁶⁰. Esta postura es más convincente debido a que, en primer término, la idea rectora decisiva para la tipicidad de los delitos especiales contra la administración pública es la infracción penal de un deber

58 R.N. N° 2976-2004-Lima (SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 652). También en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 6, Lima, 2005, p. 546.

59 Cfr. R.N. N° 2659-2011-Arequipa – Sala Penal Transitoria.

60 Cfr. PARIONA ARANA, *Participación en los delitos especiales*, ob. cit., 2006, p. 762.

de carácter penal; y en segundo término, el partícipe *extraneus* en un delito contra la administración pública, generalmente conoce que al sujeto público le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social⁶¹.

En resumen, tal como se pone en evidencia, la fundamentación de Jakobs de los delitos de infracción del deber es completamente diferente a la de Roxin. La lesión del deber positivo de corte institucional fundamenta, para Jakobs, la imputación jurídico-penal, y por supuesto, sustenta la teoría de la ruptura del título de imputación, mientras que para Roxin el delito de infracción de deber solo es posible en los tipos penales que tienen el elemento de cualificación personal de la autoría; por ello, el único papel que desempeña dicha teoría es el de determinar la autoría del hecho delictivo, cuestión imposible de lograr con la teoría del dominio del hecho⁶², y por supuesto, sustenta la teoría de la unidad del título de imputación.

Ante las críticas efectuadas a la teoría de infracción de deber desde la postura del funcionalismo radical, Sánchez-Vera⁶³ ha ensayado una posición interesante pero no necesaria. Sostiene que dentro de esta categoría, no hay sitio para una diferenciación entre delitos de infracción de deberes propios e impropios (delitos especiales propios y delitos especiales impropios, en la terminología tradicional). La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si, además el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, si tan siquiera la afirmación de que hay un delito común subyacente, en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevados a cabo por acción. La suposición de que el injusto -continúa el citado autor- de un delito de infracción de deber impropio sería distinto -"más débil"- que el de un delito de infracción de deber propio no calza con la teoría del delito de infracción de deber. En ambos casos, se trata, de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva.

Consideramos que el planteamiento de Sánchez-Vera no es necesario, pues por la misma construcción de las fórmulas legislativas, no podemos desconocer la existencia de los delitos especiales propios e impropios, para sostener razonablemente -siguiendo a Roxin- que será autor del delito especial aquel que participó en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, en tanto que responderá como cómplice aquel que también participó en la comisión del mismo delito pero sin infringir o incumplir un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, toda vez que

61 RUEDA MARTÍN, Ángeles, Ob. Cit, 2013, p. 148.

62 Cfr. CARO JOHN, La autoría delictiva del funcionario público, en *rev. lus Puniendi*, año 1, Vol. 2, segundo trimestre 2015, p. 28.

63 SÁNCHEZ-VERA, "Delito de infracción de deber", ob. cit., Bogotá, 2003, p. 286.

no lo tiene. La regla es aplicada tanto para delitos especiales propios como impropios. En los delitos contra la administración pública, el tercero, extraño o **extraneus** que participa junto a un **intraneus** en la comisión de un peculado por ejemplo, no tiene el deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado, debido a que no tiene la condición especial de funcionario o servidor público que exige el tipo penal 387 del Código Penal.

En otro extremo, debemos precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26° del CP⁶⁴ que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancia especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los **extraneus** que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. De ahí que se afirme en forma tajante que un particular o extraño, jamás puede ser autor de un delito funcional, debido a que la condición de funcionario o servidor público no se le puede traspasar ni transferir. La circunstancia o cualidad de sujeto público que afecta la responsabilidad del autor no modifica la responsabilidad del partícipe del hecho punible. Solo es autor aquel que tiene las condiciones o circunstancias especiales (sujeto público) que exige el tipo penal. Aquellos que también participan en la comisión del delito, pero sin reunir aquellas condiciones o circunstancias especiales, no pueden ser autores sino simplemente responderán como cómplices del delito. La teoría de la unidad del título de imputación es coherente con tal principio. Y esta es la plausible interpretación efectuada por las dos Salas Penales de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 ya citado.

De ahí que no es de recibo la posición asumida en la sentencia casatoria del 06 de julio de 2016⁶⁵. Allí se argumentó, por supuesto dejando de lado sin explicación alguna, la interpretación efectuada en el acuerdo plenario N° 2-2011/CJ-116 citado⁶⁶, que “el artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que

64 Como sugiere GARCÍA CAVERO, al señalar que no se puede admitir tal como lo proscribió el artículo 26 del CP, que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. cit. 2008, p. 601; también: cit., 2014, p. 637. En el mismo sentido, VILLA STEIN, Derecho Penal, parte general, 4ta. Edición, Lima, Ara editores, 2014, p. 394.

65 Casación N° 782-2015-Del Santa- Sala Penal Permanente

66 Y se necesitaba la explicación del cambio de postura, toda vez que esta última casación fue firmada por los jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Neyra Flores, firmantes del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116.

en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad⁶⁷.

Desde nuestra perspectiva, en los delitos especiales se criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos como autores. Nadie más que ellos pueden ser autores. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente (sujeto público), todo aquel que no tenga tal condición escapa al radio punitivo de la norma en su calidad de autor, solo podrá constituirse en un cómplice si se llega a acreditar que también participó en la comisión del delito especial de que se trate. Este razonamiento de modo alguno lesiona el principio de legalidad, por el contrario, lo consolida y lo que es más importante, se evita dejar en la impunidad conductas delictivas graves debidamente probadas⁶⁸.

67 Parecida posición adoptó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016. R. N. N° 615-2015-Lima. Caso Diarios Chicha.

68 Como al parecer sucedió en el caso judicial objeto de la sentencia casatoria de fecha 06 de julio de 2016. En efecto, allí, los hechos se resumen en lo siguiente: "Se imputa a la señora Amelia Victoria..., que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1'028,703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito..., para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa". Utilizando la teoría de la ruptura del título de la imputación, la Sala Permanente casó la sentencia condenatoria y actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo, reuocaron la sentencia condenatoria, reformándola absolviéron a los procesados por el delito de enriquecimiento ilícito. Cfr. Casación N° 782-2015-Del Santa- Sala Penal Permanente. También sucedió en el caso denominado Diarios Chicha en el cual los hechos se resumen en lo siguiente: "Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de Presidente de la República, ordenó entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional- SIN por un monto de S/ 122'000000 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de "Gastos Reservados", que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha", para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005, con lo que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos". Invocando la teoría de la ruptura del título de la imputación, la Sala Permanente declaró nula la sentencia condenatoria y reformándola, absolvió al acusado de los graves hechos imputados.

19

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 147-2016
LIMA

SUMILLA:

Establecen doctrina jurisprudencial sobre la inexistencia de la prórroga de la prisión preventiva, interpretación de la congruencia en el recurso de apelación y requisitos de la prolongación de prisión preventiva.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, seis de julio de dos mil dieciséis.-

VISTOS; los recursos de casación excepcional interpuestos por el representante del Ministerio Público y por la defensa técnica del investigado Gregorio Santos Guerrero contra la resolución número ocho del primero de setiembre de dos mil quince -fojas ciento noventa y dos- que revocó la resolución del catorce de agosto de dos mil quince, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prórroga de prisión preventiva contra el referido investigado por el plazo de cuatro meses, y reformándolo declaró improcedente el extremo del requerimiento de prórroga de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público; y confirmó dicha resolución en el extremo que declaró fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero; y, revocaron el extremo del plazo de dieciocho meses de prolongación de prisión contra el citado investigado, reformándolo se le otorga el plazo de onces meses de prolongación de prisión preventiva contra el citado investigado. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y, **CONSIDERANDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1. IMPUTACIÓN FISCAL

1.1.1. El representante del Ministerio Público señala como imputación genérica el hecho que al interior del Gobierno Regional de Cajamarca y la Unidad Ejecutora Regional-PROREGIÓN se gestó una organización criminal destinada a cometer delitos contra la administración pública, en los diversos procesos de selección convocados por PROREGIÓN, especialmente destinada a favorecer a determinados grupos de empresas vinculados a los ciudadanos Wilson Manuel Vallejos Díaz y Crysti Soledad Varas Langle.

1.1.2. Esta organización criminal estaría integrada por una pluralidad de personas, organizadas estructuradamente en función a criterios de jerarquía, liderada por el Presidente Regional de Cajamarca Gregorio Santos Guerrero [quien a su vez se desempeñaba como Presidente del Comité Directivo de PRO-REGIÓN- e integrada por su ex director ejecutivo José Panta Quiroga, su ex administrador Juan Ricardo Coronado Fustamente, el jefe de la Unidad de Ingeniería Herbert Wilderd Bravo Saucedo, el jefe de la Oficina de Asesoría Legal Fuadd Abdala Samhan Graham, el jefe de la Unidad de Tesorería Aristides Atilo Narro Mirando, el jefe de la Unidad de Adquisiciones Segundo Rudecindo Calua Gamarra, el trabajador de la oficina de programación y presupuesto Percy Martín Flores del Castillo; así como los particulares Wilson Manuel Vallejos Díaz, Crysti Soledad Varas Langle y su trabajador Johan Jerry Zavala Ledezma. Asimismo, existiría una distribución funcional donde cada integrante desempeñaba un rol concreto, ya sea aprovechándose de su calidad de funcionario público o de *extraneus* vinculado a las personas jurídicas que participan en procesos de selección. También existiría una vocación de permanencia, pues dicha organización actúa desde el dos mil once, incluso posteriormente, durante el tiempo que se ejecutó y liquidó los diversos procesos de selección adjudicados al grupo de empresas vinculadas a la asociación ilícita.

1.2. ITINERARIO DEL PROCESO

1.2.1. En el presente caso, el trece de mayo de dos mil catorce se emitió la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria contra el procesado Gregorio Santos Guerrero y otros, por delitos de colusión y otros, en agravio del Estado; además, declaró compleja la causa, estableciendo un plazo de ocho meses, la misma que se amplió por resolución del diecinueve de enero de dos mil quince por once meses.

1.2.2. Por otro lado, la medida cautelar de prisión preventiva se dictó por catorce meses, desde el veinticinco de junio de dos mil catorce hasta veinticuatro de agosto de dos mil quince. El Fiscal mediante un escrito presentado el seis de agosto de dos mil catorce -fojas uno-, requirió una prolongación de la prisión preventiva, esto es, antes de su culminación, solicitando una prórroga de cuatro meses (para completar los dieciocho meses del plazo ordinario) y una prolongación de dieciocho meses más.

1.2.3. Ante ello, el Juez de Investigación Preparatoria declaró infundado el requerimiento de prórroga de prisión preventiva por cuatro meses, y fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva en contra del investigado Gregorio Santos Guerrero, por dieciocho meses [véase resolución obrante a fojas setecientos uno].

1.2.4. Decisión que fue apelada tanto por el investigado Santos Guerrero y por el representante del Ministerio Público, emitiéndose la resolución que obra a fojas ochocientos dieciocho, del uno de setiembre de dos mil quince, considerando que "El Colegiado considera que

el plazo de prolongación de prisión preventiva debe sujetarse estrictamente a parámetros proporcionales de duración y que la misma debe cumplir las exigencias procesales para su dictado -desarrollo por el Colegiado en los considerados undécimo al décimo tercero-. Asimismo, debe considerarse desde la fecha en que se materializó la privación de libertad contra el investigado aludido en el caso sub materia, el plazo judicial primigeniamente determinado por el **Ad quo**; en esta circunstancia que demanda el Ministerio Público una actuación procesal diligente y razonable. En el presente caso, se tiene que el Juez de Garantías señaló como plazo de prolongación de prisión preventiva el de dieciocho meses, siendo esta última superior al plazo inicial de catorce meses y teniendo en consideración los fundamentos undécimo al décimo tercero de la presente resolución, es que debe reducirse el señalado por el Juez de primera instancia y dictarse un plazo de once meses de prolongación de prisión preventiva contra el investigado”.

1.2.5. Tal decisión fue impugnada por el representante del Ministerio Público y el investigado Gregorio Santos Guerrero, quienes interpusieron sus recursos de casación, sosteniendo cada uno lo siguiente:

A) El representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de casación excepcional -fojas doscientos uno-, invocando el inciso 4 del 427° del Código Procesal Penal, vinculándola con la casual prevista el inciso 1 del artículo 429° del referido texto procesal, alegando que: **i)** Se emitió una resolución que transgrede la seguridad jurídica, pues en violación del principio de congruencia procesal se resolvió más allá de lo solicitado por las partes; **ii)** El Tribunal de Mérito no puede fundamentar el fallo en temas que no fueron materia de contradicción oportuna ni alegado por las partes procesales; **iii)** El investigado Gregorio Santos Guerrero no alegó que el plazo de dieciocho meses de prolongación preventiva concedida por el **Ad quem** no era razonable ni proporcional, muy por el contrario ha reiterado que no se cumplió con los presupuestos para que se prolongue la medida coercitiva; **iv)** Se meritó el plazo de prolongación de la prisión preventiva sin que haya sido objeto de apelación de las partes, transgrediéndose los principios procesales de **ultra petita**; **v)** El presente proceso fue declarado hipercomplejo, conforme lo establecido por la Ley número 30077 contra el crimen organizado, por tratarse de pluralidad de investigados, de delitos, medios probatorios complejos, y sin haber alegado las partes se redujo el plazo de prolongación de prisión preventiva, bajo argumentos individualistas e ilógicos; **vi)** Se hace una proyección errada de la investigación del proceso, que es competencia del Ministerio Público, y según la estrategia del caso pone en riesgo los fines de la investigación y del proceso al reducir el plazo de la prolongación de prisión preventiva; y, **vii)** El Colegiado no ha tomado en consideración que cuando el Juez de garantías declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva por catorce meses, los presupuestos a la actualidad variaron notablemente y el caso cambió su calidad de complejo a hipercomplejo. **Asimismo, indica su interés casacional para**

desarrollo de doctrina jurisprudencial, señalando que: “Fije los alcances del principio de congruencia procesal consagrados en el artículo 409°.1 del Código Procesal Penal, lo que permitirá responder a los supuestos de si La Sala Superior puede resolver más allá del objeto de apelación, el mismo que solo está delimitado a las partes”.

B) La defensa técnica del investigado Gregorio Santos Guerrero fundamenta su recurso de casación excepcional -fojas doscientos veinticuatro- invocando la casación excepcional prevista en el inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal, sosteniendo que: **i)** La recurrida obvió considerar que la pesquisa data del dieciocho de setiembre de dos mil doce y luego de su formalización y continuación los cargos están delineados en las disposiciones fiscales que fueron investigados durante más de un año, lo que explica formalmente por qué este proceso fue calificado como complejo y luego hipercomplejo, figura no prevista en el Código Adjetivo. **ii)** La instancia de mérito no ha precisado una sola manifestación o hecho sobre el peligro procesal de fuga y el entorpecimiento a la actividad probatoria. **iii)** No se motivó cuáles son los parámetros de la razonabilidad y proporcionalidad para que el recurrente permanezca once meses más privado de su libertad. **Asimismo, expone que es necesario desarrollar doctrinalmente que “La prolongación de la prisión preventiva no debe respaldarse en la complejidad establecida desde el inicio de la causa, sino de requerir que en forma concreta se precise cuáles son las circunstancias que generan especial dificultad en el desarrollo de la investigación y del proceso”.**

1.2.6. En mérito a ello, este Tribunal Supremo emitió la Ejecutoria Suprema del veintidós de abril de dos mil dieciséis -fojas sesenta y siete del cuadernillo- declarando bien concedido los recursos de casación [descritos líneas arriba] señalando que es necesario desarrollar jurisprudencialmente y también respecto al Plazo de la investigación preparatoria: **“Si la entrada en vigencia de una norma procesal, se debe de aplicar en casos perpetrados con anterioridad de su vigencia, aun cuando colisione con el derecho fundamental a la libertad imputado, teniendo en cuenta que su interpretación y aplicación debe ser restrictiva, conforme lo prevé el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal”.**

1.2.7. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el doce de julio de dos mil dieciséis.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. RESPECTO AL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

2.1.1. Se encomienda al Tribunal de Casación, como cabeza del Poder Judicial, dos misiones fundamentales en orden a la creación de la doctrina legal en el ámbito de la aplicación e

interpretación de las normas jurídicas: **(a)** la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de instancia, asegurando el indispensable sometimiento de sus decisiones a la Ley (función nomofiláctica); y, **(b)** la unificación de la jurisprudencia, garantizando el valor de la seguridad jurídica y la igualdad en la interpretación y aplicación judicial de las normas jurídicas (defensa del *ius constitutionis*); bajo ese tenor, en sede casacional, dichas misiones se estatuyen como fundamento esencial de la misma, en consecuencia, las normas que regulan el procedimiento del recurso de casación deben ser interpretadas bajo dicha dirección.

2.1.2. La casación número 389-2014-San Martín, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de siete de octubre del dos mil quince, estableció la casación de oficio en la calificación del recurso o en la propia audiencia de Casación, como en este caso, que se establecerá doctrina jurisprudencial sobre la inexistencia de la prórroga y la vulneración al principio de legalidad en que incurrir los órganos judiciales, pues la resolución materia de grado versa sobre este problema planteado en el proceso de reforma procesal, toda vez que se ha creado pretorianamente esta figura que corresponde corregir.

2.2. DEL MOTIVO CASACIONAL DE OFICIO: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

2.2.1. La duración de la medida de prisión preventiva está regulada en el artículo 272 del Código Procesal Penal, estableciendo en procesos comunes nueve meses y en complejos que no durará más de dieciocho meses.

2.2.2. El artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal regula la legalidad de las medidas limitativas de derecho, con el que concuerdan los artículos 253º, inciso 1, 2 y 3 del mismo texto legal, señalando que los derechos fundamentales, entre ellos la libertad individual, solo pueden ser restringidos en el marco del proceso penal y si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella. Para ello, se requiere expresa autorización legal, con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción.

2.2.3. La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal. Así lo ha considerado la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en la Apelación N° 03-2015 "22" -Caso Torrejón Guevara- sobre prisión preventiva, resuelta el nueve de junio de dos mil dieciséis y el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal realizado en Chiclayo el veintiséis y veintisiete de junio de dos mil quince que determinó por MAYORÍA que: "Una vez dictada la prisión por un plazo menor al máximo legal, no es posible la ampliación del plazo, sino la prolongación de la prisión preventiva".

2.2.4. En consecuencia, el requerimiento del fiscal con la denominación de prórroga o ampliación no existe; por lo que, cuando se ha solicitado aquello, ante el vencimiento del plazo máximo de prisión preventiva y/o del plazo judicial establecido inferior, el imputado deberá ser excarcelado, salvo que con arreglo al artículo 274 CPP, solicitare el Ministerio Público la prolongación del plazo de prisión preventiva¹.

2.3. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE CONGRUENCIA

2.3.1. Propuesta del representante del Ministerio Público

“[Advertir] los alcances del principio de congruencia procesal consagrados en el artículo 409º .1 del Código Procesal Penal, lo que permitirá responder a los supuestos de si la Sala Superior puede resolver más allá del objeto de apelación, el mismo que solo está delimitado a las partes”.

2.3.2. En primer lugar, el **principio de limitación**² se encuentra previsto en el artículo 409º, numeral 1, del Código Procesal Penal que señala:

“La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”.

2.3.3. El recurrente plantea los límites del recurso en su petitorio. “Así, en materia procesal penal el hecho de interponer un medio impugnatorio determina la competencia y alcances de conocimiento del órgano jurisdiccional superior en aplicación del **principio de limitación** que determina que no puede pronunciarse más allá de lo pedido por las partes, salvo los casos de “nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante”³.

2.3.4. La regla es que el recurso se desenvuelve según los marcos planteados por el recurrente. Esto implica que la Sala de Apelaciones se encuentra vinculada a los marcos fácticos y jurídicos planteados por quien recurre, determinando los efectos de su admisión, fijando los términos sobre los que gira y debe dictarse la sentencia.

2.3.5. Rige el principio **tantum devolutum quantum appellatum**, tanto devuelto como apelado. Siendo importante que: “El Tribunal de alzada asume jurisdicción dentro de los límites del agravo mostrado por el impugnante, por aplicación de dicha regla, límite que deberá superar si corresponde declarar una nulidad absoluta, aunque la vía impugnativa no

1 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCP-CENALES, Lima, 2015, p. 464.

2 Se refiere al pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior el cual no puede exceder lo pedido por el impugnante.

3 CÁCERES JULCA, Roberto E. *Los medios impugnatorios en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores, 2011, p. 43.

haya sido motivada en aquélla, siempre que esté abierta la vía del recurso, pues es sabido puede ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso”⁴.

2.3.6. El Tribunal Constitucional señaló que “El **principio de limitación**, aplicable a toda la actividad recursiva, le impone al superior o Tribunal de alzada la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través de un medio impugnatorio, es decir el superior que resuelve la alzada no podría ir más allá de lo impugnado por cualquiera de las partes. De lo que se colige que en toda impugnación el órgano revisor solo puede actuar bajo el principio de limitación (*tantum apelatum quantum devolutum*) que a su vez implica reconocer la prohibición de la *reformatio in peius*, que significa que el superior jerárquico está prohibido de reformar la decisión cuestionada en perjuicio del inculpado más de los términos de la impugnación”⁵.

2.3.7. Si bien la segunda instancia tiene tal limitación al momento de pronunciarse sobre el **objeto litigioso** [constituido por dos elementos que la doctrina denomina pedido (*petitum*) y la causa que se pide (*causa petendi*)] propuesto por los recurrentes; existen casos en los cuales la pretensión no resulta clara y evidente, o está planteada de manera incorrecta, o se ha invocado erróneamente la norma de derecho aplicable, frente a lo cual el Juez, luego de un análisis fáctico, tiene el deber de reconocer el trasfondo o el núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, sin que ello represente una extralimitación de sus facultades, conforme al principio *iura novit curia*⁶.

2.3.8. Este criterio ha sido utilizado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema apelación 03-2015 “22”, caso Torrejon Guevara citado, de nueve de junio de dos mil dieciséis, siempre que se cumpla con los principios de congruencia y derecho de defensa, y asumido como doctrina jurisprudencial en la Casación número 430-2015-Lima, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de veintiocho de junio de dos mil dieciséis, publicado en la página web del

4 AYÁN, Manuel N., AROCENA A., Gustavo, BALCARCEL, Fabián, BARBERÁ DE RISO, María. *Medios de Impugnación en el proceso penal*. Córdova: Ediciones Alveroni, 2007, p. 78.

5 Véase Exp. N° 05986-2008-PHC/TC, fundamento jurídico número 5.

6 Este principio ha sido recogido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, estableciendo que el Juez debe aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes, lo que ha sido ratificado en la Casación N° 1944-2009-Piura, expedido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el primero de octubre de dos mil diez. Otro caso donde se aplica esta consideración es la nulidad procesal, pues el artículo 150° del Código Procesal Penal, admite la no solicitud de nulidad petitionado por algún sujeto procesal y, pese a ello, se declare de oficio cuando se presenten los siguientes defectos: **a)** A la interuención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia. **b)** Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas. **c)** A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su interuención obligatoria. **d)** A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución”.

Poder Judicial, que señala que en cualquier resolución judicial, y sin contravenir el principio de legalidad, el Juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adaptarlo al caso concreto.

2.3.9. Los principios que guían la interpretación de las medidas de coerción son las que se ubican en el artículo VI del Título Preliminar del citado Código, que señala que sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

2.3.7. Por ello, el artículo 253° de la ley procesal señala que la restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.

2.3.8. No obstante el juez considere que existen razones para estimar fundado el requerimiento del fiscal, puede no estar de acuerdo con el tiempo de la medida por no ser proporcional ni indispensable, pues este principio busca que las medidas adoptadas por la autoridad sean las menos perjudiciales para los derechos e intereses de los ciudadanos⁷.

2.3.9. En ese sentido, el juez como garante de los derechos del ciudadano no puede afectarlos más allá de lo proporcional, teniendo en cuenta los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que la Casación número 626-2013-Moquegua, de la Sala Penal Permanente de treinta de junio de dos mil quince, recogió como fundamento de esta medida.

2.3.10. De ahí que frente al requerimiento del fiscal, del cual se defiende la parte investigada, el juez puede modificar el plazo que otorga a su inicial pedido si es que es excesivo, lo que no es una afectación al principio de congruencia, defensa u otro, pues se opone y discute el plazo pedido y de cualquier otro.

2.3.11. Por lo que, el cuestionamiento a la congruencia del pronunciamiento de segunda instancia no es tal, porque el órgano judicial contaba con la facultad de resolver de oficio por la naturaleza del tema, conforme al artículo 255°.3 del Código Procesal Penal, que

7 FLEINER, F. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, 1933, p. 312, citado por: PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. T.I. Colex, Madrid, 2000, p. 142.

señala sobre las medidas de coerción procesal, que los autos que se pronuncian sobre estas son reformables aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rectificación.

2.3.12. Es importante atender que el imputado Gregorio Santos nunca estuvo conforme con la prolongación de la prisión preventiva; por lo que tampoco está de acuerdo con plazo alguno, aunque se reduzca; en consecuencia, su recurso debe ser interpretado conforme al artículo siete inciso tres del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que prevé que la ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos; toda vez que se le favorece al dictarse una medida restrictiva menor a la pedida por el fiscal.

2.4. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE QUE LA PROLONGACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA NO DEBE RESPALDARSE EN LA COMPLEJIDAD ESTABLECIDA DESDE EL INICIO DE LA CAUSA

2.4.1. Propuesta de la defensa del investigado Gregorio Santos

“La prolongación de la prisión preventiva no debe respaldarse en la complejidad establecida desde el inicio de la causa, sino de requerir que en forma concreta se precise cuáles son las circunstancias que generan especial dificultad en el desarrollo de la investigación y del proceso”.

2.4.2. Esta institución está prevista en el numeral 1 del artículo 274° del Código Procesal Penal, el cual requiere acumulativamente dos presupuestos: **i)** Una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso. Por especial dificultad se entiende la concurrencia de circunstancias que obstaculizan la realización de determinada diligencia, la práctica de alguna pericia o alguna circunstancia propia de la conducta del imputado⁸, elementos de juicio objetivos posteriores al dictado de la prisión preventiva primigenia y su impugnación. La ley no establece que deban excitar nuevos elementos o actos que sustenten este requisito, pues el juez al momento de determinar el plazo de prisión preventiva pudo no tener en cuenta en su real dimensión estas particularidades que le dan complejidad al caso. **ii)** Que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, que no se establece en función a un reexamen de lo ya resuelto en la prisión preventiva a propósito del peligro procesal, sino sobre la base del análisis sobre si dichas condiciones subsisten o se mantienen.

8 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Código Procesal Penal Comentado*. LIMA: IDEMSA, 2013, p. 272.

2.4.3. El Tribunal de Mérito, al momento de emitir el auto recurrido del 1 de setiembre de dos mil quince -fojas ciento noventa y dos-, consideró que el representante del Ministerio Público alegó que el requerimiento de prórroga de prisión preventiva no fue tomado en cuenta por el Juzgado de Investigación Preparatoria por cuatro meses para que se computen los dieciocho meses de plazo ordinario de prisión preventiva para casos complejos al presentarse nuevas circunstancias de especial relevancia para la investigación, y que la defensa del investigado Santos Guerrero arguyó que dicho Juzgado no indicó los fines ni principios de las medidas cautelares que llevan a concluir la prolongación; además, que el Fiscal no acreditó la especial dificultad que invoca.

2.4.4. Sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones Nacional determinó que toda medida coercitiva personal tiene que ser *proporcional⁹ y razonable* no solo porque se va a privar del derecho a la libertad del procesado y concurran los requisitos para la prisión preventiva, sino también porque el plazo otorgado inicialmente [plazo ordinario de catorce meses] por el Juzgado de investigación preparatoria resultó menor al plazo de prolongación de dieciocho meses [plazo extraordinario] dado por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional; por lo que, la Sala de oficio disminuyó el plazo a once meses, conforme al artículo 255° del Código Procesal señalado líneas arriba.

2.4.5. En sentido, si bien el extremo de la disminución del plazo de prolongación de prisión preventiva impuesto por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional es por dieciocho meses a once meses; la Sala de Apelaciones está facultada normativamente para reformar de oficio dicho plazo, porque debe controlar la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida en su totalidad, que sea igual o menor al plazo inicialmente otorgado.

2.4.6.- El Tribunal de Apelaciones, al emitir la resolución recurrida consideró que el caso versa sobre diversos delitos graves sujetos al proceso penal común [asociación ilícita para delinquir, colusión y cohecho pasivo propio], en once procesos de selección pública [licitación y concurso], comprendidos 67 coimputados, no existiendo un cuestionamiento fundado que la actividad fiscal o las actuaciones jurisdiccionales hayan sido morosas, erráticas, dilatorias o negligentes, así como la subsistencia de peligro procesal de fuga -uéase considerandos décimo segundo y décimo tercero de la resolución de segunda instancia que expidieron y que es recurrida-; por tanto, tuvo en consideración los presupuestos procesales para determinar la prolongación de prisión preventiva; por lo que, cabe desestimar el recurso.

9 Este principio funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo estado de derecho, y tiene la función de conseguir una solución de conflicto entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de persecución penal eficaz.

2.5. DEL MOTIVO CASACIONAL: PARA EL DESARROLLO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PLAZO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

2.5.1. En la casación número 399-2015, caso Gregorio Santos, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, se analizó esta discusión; en ella, por mayoría, con los votos de los señores Jueces Supremos Villa Stein, Hinostroza Pariachi, Príncipe Trujillo y Neyra Flores se estableció como doctrina jurisprudencial que para fijar el plazo de investigación preparatoria se debe tomar en cuenta: **i)** Gravedad y clase o naturaleza del delito imputado. **ii)** Características del hecho objeto de investigación. **iii)** Dificultad y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento. **iv)** Actitud del fiscal y del encausado, esto es, diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado¹⁰; mientras que la prórroga del plazo de investigación preparatoria, tiene que ver con las dificultades de las investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. La prórroga requiere de una disposición fiscal¹¹; es decir, es un acto procesal. En ese sentido la disposición fiscal con la que inicia el plazo de investigación constituye un acto procesal, y el requerimiento de prórroga del plazo de investigación, otro; pues, no es de aplicación automática ni de oficio, sino que necesita ser postulado por el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional.

2.5.2. La invocación del inciso dos del artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, conforme a las modificaciones incorporadas por la ley número treinta mil setenta y siete, crimen organizado, vigente desde el uno de julio de dos mil catorce, en un proceso en trámite, tiene sustento en el principio previsto en el inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal que establece la aplicación inmediata de la ley que rige al tiempo de la actuación procesal. La interpretación de este principio permite concluir que el plazo ordinario de ocho meses primigeniamente establecido para la investigación preparatoria no puede ser adecuado a la citada modificatoria, pues es un plazo empezado o en giro; pero sí con la prórroga de plazo de investigación preparatoria, que es una institución autónoma, con su propio estatuto y que constituye un nuevo acto procesal; de ahí que, no se da ningún supuesto de excepción a la aplicación inmediata de la ley procesal, prevista en la segunda parte del inciso uno del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, porque cuando se solicita tal prórroga, ya estaba vigente la ley número treinta mil setenta y siete; por lo que, debe ser aplicada.

2.5.3. En consecuencia, el requerimiento de la prórroga del plazo de investigación preparatoria, debe realizarse bajo un control judicial en audiencia donde ejerzan contradicción los

10 STC N° 7624-2005-PHC/TC del veintisiete de julio de 2006. Caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez.

11 Op. Cit. SAN MARTIN CASTRO, César. p. 364

defensores de los imputados, de su fundamentación fáctica y jurídica y de las actuaciones del Ministerio Público, que debe ser conforme a lo establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional números dos mil setecientos cuarenta y ocho-dos mil diez-PHC/TC y cinco mil doscientos veintiocho-dos mil seis -PHC/TC, sustentado en la garantía y el pleno respeto del derecho fundamental al debido proceso y sus diversas manifestaciones, como es el plazo razonable.

2.5.4. Dentro de las premisas legales citadas y al no haberse variado el plazo de prisión preventiva en la ley N° 30077, no resulta necesario mayor pronunciamiento al respecto.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos: Declararon:

I. INFUNDADOS los recursos de casación excepcional interpuestos por el representante del Ministerio Público sobre congruencia y por la defensa técnica del investigado Gregorio Santos Guerrero, sobre requisitos de la prolongación de prisión preventiva; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista número ocho del uno de septiembre de dos mil quince -fojas ciento noventa y dos- que revocó la resolución del catorce de agosto de dos mil quince, en el extremo que declaró infundado el requerimiento de prórroga de prisión preventiva contra el citado investigado por el plazo de cuatro meses; y, reformándolo declaró improcedente el extremo del requerimiento de prórroga de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público; y confirmó dicha resolución en el extremo que declaró fundado el requerimiento de prolongación de prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero, y revocaron el extremo del plazo de dieciocho meses de prolongación de prisión contra el antes investigado, reformándolo se le otorga el plazo de once meses de prolongación de prisión preventiva contra Gregorio Santos Guerrero.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial el fundamento jurídico de la presente sentencia casatoria, referido a la inexistencia de la prórroga de la prisión preventiva, fundamento 2.2.4.; interpretación de la congruencia en el recurso de apelación, fundamento 2.3.11.; y, requisitos de la prolongación de prisión preventiva, fundamento 2.4.2.

III. DISPUSIERON que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Hágase saber. Interuiene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por impedimento del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA ES EL SIGUIENTE:

Respecto al fundamento jurídico 2.5.2 de la presente Sentencia, página 15, debo puntualizar que en la Sentencia Casatoria número 309-2015 del 29 de marzo de 2016, establecí como doctrina jurisprudencial lo siguiente:

i) Si bien la Ley número 30077 entró en vigencia el 1 de julio de 2014, que modificó el plazo de la investigación preparatoria a 36 meses en las investigaciones de delitos perpetrados por imputados integrantes a organizaciones criminales; sin embargo, dicho plazo no puede ser tomado en cuenta en el caso *sub examine*, toda vez que la misma norma procesal en el artículo VII del Título Preliminar señala que si bien rige el principio *Tempus regit actum*, no obstante éste tiene sus excepciones al indicar, entre otras, que se regirán con la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución **y los plazos que hubieran empezado**, siendo este último aplicado en el caso concreto, ya que el inicio de la investigación preparatoria se dio el 13 de mayo de 2014, transcurriendo el plazo del mismo para su culminación que es de 8 meses, pues la referida etapa procesal tiene como una de sus características esenciales que está sujeta a control judicial y a plazos dentro de un nuevo proceso penal garantista que protege no solo las garantías constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva que tiene el justiciable, sino también el respeto de sus derechos fundamentales; tanto más, si el nuevo plazo previsto en la citada Ley no le es favorable. Por el contrario, el Juez de Investigación Preparatoria, que es un juez garantista, cuya función es controlar la investigación, atender a la afectación de un derecho fundamental y prestar tutela cuando lo requieren, no tuvo en cuenta que dicha decisión vulneró la garantía al debido proceso que le asiste a los recurrentes, puesto que el plazo establecido en la acotada Ley no le son favorables.

ii) Aunado a ello, cabe precisar que la Ley número 30077, en su segunda disposición

complementaria, establece en relación a su aplicación a investigaciones y procesos en trámites que:

“Para las investigaciones y procesos en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley seguidos contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se respetan las siguientes reglas:

1. En los casos que se encuentren a cargo del Ministerio Público, en la etapa de investigación preliminar y pendientes de calificación, es de aplicación inmediata la presente Ley bajo la vigencia del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo número 957.
2. En los casos seguidos bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales, en la que el fiscal haya formalizado la denuncia penal pero el Juez aún no la haya calificado, se procede a la devolución de los actuados al Ministerio Público a fin de que se adecuen a las reglas del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo número 957.
3. Los procesos penales ya instaurados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, ya sea bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales o del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo 957, ***siguen su trámite regular, bajos esas mismas reglas según corresponda, hasta su culminación.***

iii) En tal sentido, el caso ***sub judice*** se rige bajo las normas ya establecidas en el nuevo Código Procesal Penal, puesto que no se encuentra en diligencias preliminares, sino en la etapa de investigación preparatoria, es decir, ya se inició el proceso penal instaurado contra los recurrentes, el mismo que debe regirse bajo las normas que estaban vigentes al momento en que el representante del Ministerio Público formalizó la investigación preparatoria, que fue el 13 de mayo de 2014, por lo que el plazo de la misma es de 8 meses en caso de procesos complejos, prorrogable por 8 meses, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 342° de la norma adjetiva; tanto más, si la acotada Ley se refiere al principio de favorabilidad que deben regir en determinados procesos, como presente caso.

S.

PARIONA PASTRANA

LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y LA MODIFICACIÓN DE OFICIO DEL PLAZO DE PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LA INSTANCIA DE APELACIÓN CASACIÓN N° 147-2016-LIMA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: WILLIAM ARANA MORALES

I. SUMILLA:

A través de la casación N° 147-2016 LIMA, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Perú, ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales diferentes a la propia Corte Suprema, en relación a dos problemas jurídicos controvertidos; como son: a) La inexistencia de la institución denominada “prórroga de la prisión preventiva”; y b) La modificación de oficio del plazo de prolongación de prisión preventiva en la instancia de apelación.

En el presente trabajo se realiza un análisis de la argumentación jurídica desarrollada en la casación, y como metodología de trabajo, en cada tema se presenta la tesis sustentada por la Corte Suprema, se resumen los principales argumentos que sustentan la referida tesis, se desarrolla un marco normativo y dogmático de cada tema y finalmente se realiza un contraste entre la tesis postulada por la Corte Suprema y el referido marco normativo y dogmático.

Como consecuencia del análisis propuesto, el lector encontrará coincidencias y discrepancias, con los argumentos esgrimidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; pues en nada contribuiríamos al desarrollo del conocimiento, si los hombres de derecho, tan solo nos dedicáramos a reproducir los argumentos desarrollados por los Tribunales.

II. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

1. LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.1. Tesis de la Corte Suprema y principales argumentos que la sustentan

En el fundamento 2.2.4, declarado como doctrina jurisprudencial, se afirma que “el requerimiento del fiscal con la denominación de prórroga o ampliación no existe”, y en su argumentación la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema establece que “La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal”, y se remite a los

considerandos contenidos en la apelación N° 03-2015 -Caso Torrejón Guevara-; y al Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal realizado en Chiclayo en Junio del año 2015, en donde se afirma que: “Una vez dictada la prisión por un plazo menor al máximo legal, no es posible la ampliación del plazo, sino la prolongación de la prisión preventiva”.

1.2. Marco normativo y dogmático del problema

a. La prisión preventiva y sus presupuestos

En el derecho nacional, por mandato constitucional rige el derecho a la libertad personal y el principio de excepcionalidad de la detención, conforme se establece en el artículo 2 inciso 24 literal f de la Constitución Política del Perú; y a partir de este texto normativo se entiende que, la libertad de todo ciudadano a desplazarse libremente constituye un “Derecho fundamental”, cuyo contenido esencial debe ser inquebrantable; pero atendiendo a su carácter relativo puede ser limitado o restringido por el Estado en determinados supuestos excepcionales¹, tal como ocurre con el supuesto de la detención, que se puede producir en mérito a un mandato judicial o en mérito a la intervención policial, cuando el sujeto es sorprendido en flagrante delito.

La “Prisión preventiva”, es una de las formas legítimas de privación de la libertad en el proceso penal, que desde una perspectiva Constitucional opera como una forma de privación de la libertad por mandato judicial, y desde una perspectiva del proceso penal, opera como una medida coercitiva personal grave que limita el derecho a la libertad, y que, por ese mérito, tiene carácter excepcional.

La “Prisión preventiva”, como las demás medidas coercitivas o medidas de protección provisionales, posee las siguientes características: instrumentalidad, urgencia, proporcionalidad, variabilidad y jurisdiccionalidad².

- Respecto a la instrumentalidad se afirma que estas medidas no tienen un fin en sí mismo, sino que busca asegurar que se concreten los fines del proceso penal y la eficacia de la sentencia.
- La variabilidad, se refiere a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial³.

1 SALAS BETETA, Christian. *El proceso penal común*, Lima, Gaceta, 2004, p. 184.

2 SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Lima, Editorial Grijley, 2014, p. 943

3 Idem, p. 948.

Las medidas de coerción se rigen por ciertos principios, que se detallan a continuación:

- Principio de legalidad: Las medidas de coerción se podrán aplicar en el proceso penal si la ley lo permite y con las garantías previstas en ella.
- Principio de proporcionalidad: que impone verificar tres aspectos, como son: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto⁴.
- Principio de razonabilidad del plazo: El plazo fijado por el Juez debe guardar coherencia con la finalidad de la medida, que en el caso de la prisión se refiere a tener al imputado ligado al proceso.

De conformidad con lo prescrito por el artículo 268 del NCPP, los **presupuestos** para que se imponga la medida coercitiva de prisión preventiva son los siguientes:

- Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar la comisión de un delito y la autoría o participación del imputado. En la doctrina este requisito es conocido como el *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, y consiste en hacer un juicio de verosimilitud sobre el derecho cuya existencia se pretende declarar. Atendiendo a los grados de conocimiento judicial y a sus correspondientes estados subjetivos, es pertinente indicar que la exigencia subjetiva es un alto grado de convencimiento, cercano a la certeza basada en fundados y razonables elementos de convicción.
- Que la sanción a imponerse sea mayor a 4 años, es decir, que antes de emitir un pronunciamiento respecto a la posible imposición de la prisión preventiva el Juez debe realizar una prognosis de la pena aplicable al caso, para lo que deberán tenerse en cuenta el principio de legalidad (en cuanto al tipo de pena aplicable y a los límites mínimos o máximos de la pena a imponer), el principio de proporcionalidad de la pena, a los criterios para la individualización de la pena y a los agravantes y atenuantes previstos en la ley; y
- Que sea previsible que el imputado por sus antecedentes u otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). En la doctrina este requisito es conocido como el *periculum in mora* o peligro por la demora procesal, y en el ámbito del CPP se orienta a evitar el peligro de fuga y el peligro de obstaculización.

4 GONZALES BEILFUUS, Markus. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Navarra, Editorial aranzadi, 2003. p. 66.

Actualmente, además de las exigencias materiales de la prisión preventiva, su imposición requiere, que el Fiscal sustente la **proporcionalidad de la medida** y la **razonabilidad del plazo de prisión**⁵; y lo mismo corresponde al Juez de Investigación Preparatoria, quien además se encuentra obligado a **motivar** o justificar debidamente sus autos de prisión preventiva y la concurrencia de cada uno de sus presupuestos.

b. El requerimiento y el trámite de la prisión preventiva

El requerimiento fiscal de prisión preventiva, debe tener una motivación sencilla, pues tratándose de una medida coercitiva que se adopta por audiencia, el fundamento del requerimiento se hace oralmente y luego se debate. Por ello **el objeto de la audiencia de prisión preventiva consiste en debatir la concurrencia o inconcurrencia de cada uno de los presupuestos de la prisión preventiva antes indicados.**

La audiencia se celebrará con la presencia obligatoria del Fiscal, el Imputado y el defensor; en caso de que el abogado defensor no concurra, será remplazado por un abogado de oficio, y si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio según sea el caso, conforme lo establece el artículo 271 del CPP.

Luego de la audiencia de prisión preventiva se emite el auto que resuelve el pedido de prisión, el mismo que es impugnado mediante recurso de apelación, formulado por el imputado y por el Fiscal.

Por mandato constitucional, la resolución o **auto de prisión** debe contener motivación suficiente respecto a las cinco exigencias de la prisión preventiva; pero atendiendo a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, esta resolución **podría variar, si es que a su vez varían los presupuestos que dieron lugar a la prisión preventiva; tal como lo prescribe el artículo 255 inciso 2 del CPP**⁶.

c. Duración de la prisión preventiva

En cuanto a la **duración** de la prisión preventiva, el artículo 272 del CPP establece que la prisión preventiva no durará más de nueve meses; y tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses; sin embargo, el

5 Casación N° 626-2013 Moquegua, publicada el 30 de julio del año 2015

6 Artículo 255. 2.- Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varían los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.

artículo 274 del CPP⁷ establece la posibilidad de alargar el plazo de la prisión preventiva mediante la institución jurídica denominada “**prolongación de la prisión preventiva**”.

Según esta norma, la prolongación de prisión preventiva procede en dos supuestos: por especiales circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso; y por impugnación de la sentencia condenatoria de primera instancia; siendo que el primer supuesto se encuentra regulado en los tres primeros incisos del artículo 274 del CPP; en tanto que el segundo supuesto se encuentra regulado únicamente en el inciso 4 del referido dispositivo legal.

En efecto, cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, **la prisión preventiva podrá prolongarse** por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2) del artículo 272. **El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento.**

Por su parte el Juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una **audiencia**, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.

La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de **recurso de apelación**. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278.

Por otro lado, respecto al segundo supuesto de prolongación de prisión previsto en el inciso 4 del artículo 274 del CPP, una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida.

Además del supuesto antes desarrollado, el CPP regula otro tipo de prolongación de la prisión preventiva, que opera en aquellos casos en los que el imputado sujeto a una prisión preventiva es condenado y la sentencia es recurrida, en cuyo caso la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta.

1.3. Análisis de la argumentación desarrollada en la casación.

Luego de revisar el marco normativo contenido en el CPP respecto a la prisión preventiva, verificamos que efectivamente no existe norma alguna que taxativamente regule una

7 Artículo modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013.

institución procesal con el *nomen iuris* “prórroga de prisión preventiva” o “ampliación de prisión preventiva”; y por ello la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema afirma que: “La prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal”; sin embargo, no se ha tomado en cuenta que, en los preceptos generales de las medidas coercitivas del CPP, existe una norma que establece la variación de los autos que imponen las medidas de coerción procesal y que es oportuno analizar en este contexto.

El artículo 255 inciso 2 del CPP, prescribe lo siguiente: “Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo”.

Como se ha señalado anteriormente, una de las características de las medidas coercitivas es su variabilidad, y la norma citada establece expresamente la reforma o variación de los autos que imponen las medidas de coerción; y como la Constitución exige la motivación de las resoluciones que contienen el mandato de detención, y en el plano dogmático, se ha establecido que los Jueces de Investigación Preparatoria deberían fundamentar cada uno de los presupuestos de la prisión preventiva, incluyendo los presupuestos establecidos por la dogmática del derecho procesal penal, referidos a la proporcionalidad de la medida y la **razonabilidad del plazo**; se entiende que el auto de prisión preventiva abarca, como uno de sus aspectos esenciales, al plazo de la medida, pues esta resolución desarrolla el plazo, en su partes expositiva, considerativa y resolutive; y en tal sentido, de la aplicación del precepto normativo contenido en el artículo 255 inciso 2 del CPP, se puede llegar a la tesis jurídicamente legítima y lógicamente válida: que sí es posible solicitar la variación del auto de prisión preventiva en el extremo concreto del plazo de la prisión.

Aplicando la lógica anterior, si en la prognosis de un Juez de la Investigación Preparatoria, el plazo razonable de prisión para un caso tramitado como proceso común, es de seis meses; pero luego, la realidad del proceso demuestra que ese plazo podría resultar insuficiente; antes de recurrir a la figura de la prolongación de prisión que prescribe el artículo 274 del CPP -que desde nuestro punto de vista se establece para cuando el plazo básico legal de prisión resulta insuficiente-, y antes del vencimiento del plazo fijado por el Juez, el Fiscal podría solicitar la variación del auto de prisión preventiva en el extremo del plazo.

En el caso concreto que fue motivo de la casación, el Fiscal encargado de la investigación solicita una “prórroga del plazo de prisión preventiva”, que como tal, con ese *nomen iuris* no existe, y por ello, la Sala Penal de Apelaciones declaró improcedente el pedido y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema reafirma que “el requerimiento del fiscal con la denominación de prórroga o ampliación no existe”, porque “la prórroga (o ampliación) no está prevista legalmente en el Código Procesal Penal”; sin embargo, como lo hemos

establecido en los párrafos precedentes, si existe base legal para la variación del auto de prisión en el extremo del plazo, y se solicitaría para que se fije lo máximo del plazo básico de prisión (Plazo sin prolongación), que en los procesos complejos alcanzaría hasta los 18 meses y en los casos de procesos comunes hasta 9 meses.

2. LA MODIFICACIÓN DE OFICIO DEL PLAZO DE PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LA INSTANCIA DE APELACIÓN

2.1. Tesis de la Corte Suprema y principales argumentos que la sustentan

En el fundamento 2.3.11, declarado como doctrina jurisprudencial, se afirma que no se afecta el “principio de congruencia” o el “principio de limitación”, al realizarse la modificación del plazo de prolongación de prisión en la instancia de apelación; porque por la naturaleza del tema, el órgano jurisdiccional contaba con la facultad de resolver de oficio en relación a la reducción del plazo de prolongación, de conformidad con lo previsto por el artículo 255 inciso 3 del CPP.

En su argumentación, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señala que, si bien la segunda instancia tiene la limitación del principio *tantum devolutum quantum appellatum* al momento de pronunciarse sobre el objeto litigioso, sin embargo, existen casos en los cuales la pretensión no resulta clara y evidente, o está planteada de manera incorrecta, o se ha invocado erróneamente la norma de derecho aplicable; frente a lo cual el Juez, tiene el deber de reconocer el núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, sin que ello signifique una extralimitación de sus facultades.

En la argumentación de esta tesis, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recurre al principio *iura novit curia*, y en ese sentido se remite a la casación N° 1944-2009-Piura, en la que se señala: “Este principio ha sido recogido por el artículo VII del Título preliminar del Código Procesal Civil, estableciendo que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso; aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

Finalmente, se señala que este criterio ha sido utilizado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, en la apelación 03-2015 (Caso Torrejón Guevara), que en resumen señala: “Siempre que se cumpla con los principios de congruencia y derecho de defensa, ... el Juez debe determinar el derecho, debe moldearlo para adoptarlo al caso concreto”.

2.2. Marco normativo y dogmático aplicable al tema

a. Noción de recursos impugnatorios

Los recursos impugnatorios son instrumentos legales, que se encuentran a disposición de las partes para formular oposición a una resolución judicial y que posibilita la revisión por el Juez (*a quo*) o por el superior (*ad quem*), pues se orientan a la reforma o anulación de la resolución judicial que es objeto del recurso.

En el CPP se han regulado distintos recursos, tales como: el recurso de reposición, apelación, casación, queja por denegatoria del recurso de apelación, y queja por denegatoria del recurso de casación.

- El **recurso de reposición**, procede contra los decretos (resoluciones de mero trámite) y todo tipo de resoluciones dictadas en audiencia, salvo las finales, y se resuelve de inmediato -cuando se formula por escrito-, o en la misma audiencia, pues se trata de un recurso sin efecto devolutivo, es decir, que se resuelve por el mismo Juez que emitió la resolución impugnada.
- El **recurso de apelación**, procede contra autos y sentencias, tiene efectos devolutivos y en su trámite genera necesariamente una audiencia ante el **ad quem**, donde se debaten los argumentos del recurso impugnatorio, referidos a los errores fácticos, jurídicos o de apreciación probatoria en los que habría incurrido el **a quo** al momento de emitir la resolución cuestionada.
- El recurso de **casación**, es un recurso excepcional que procede contra autos y sentencias, que tiene efectos devolutivos y que es resuelto por la Corte Suprema.

b. Facultades del Tribunal revisor en los recursos con efecto devolutivo

El artículo 409 del CPP establece que la impugnación confiere al Tribunal, competencia para:

- Resolver la materia impugnada.
- Declarar la nulidad en casos de nulidad absoluta.
- Corregir algunos defectos que no hayan incidido en la resolución.
- La impugnación del MP posibilita revocar o modificar la resolución aun a favor del imputado.
- La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

La norma antes citada nos permite afirmar que en el sistema de recursos impugnatorios establecido por el CPP, rigen dos reglas o principios importantes:

- Principio de Prohibición de la reformatio *in peius*.
- Principio de correlación entre la impugnación y la sentencia de segunda instancia; por el cual, el órgano de revisión solo puede pronunciarse respecto a lo que ha sido materia de impugnación⁸; -rige aquí la regla de tantum devolutum quantum appellatum-, que además se condice con la metodología del Principio de Oralidad y con el principio de imparcialidad, que son inherentes al proceso penal de los sistemas acusatorios.

A partir de estos aspectos relativos a los recursos impugnatorios, podemos afirmar que la Jurisdicción o potestad para afirmar o decir el derecho, también se encuentra delimitada por aspectos funcionales relativos a las facultades conferidas a los jueces en las diferentes instancias del proceso penal; de manera que en materia de medidas coercitivas, los jueces de apelación se encuentran limitados por la pretensión impugnatoria de cada caso y por las causales de nulidad absoluta que define el artículo 150 del CPP.

Entre las normas relativas a la competencia funcional, es necesario prestar atención a los artículos 27 y 29 del CPP, referidos a la competencia funcional de las Salas Penales de las Cortes Superiores y de los Juzgados de Investigación Preparatoria, respectivamente. Siendo lo relevante de estas normas, que el artículo 29 inciso 2, establece que, es competencia de los Juzgados de Investigación Preparatoria, imponer, modificar, o hacer cesar las medidas limitativas de derecho durante la investigación preparatoria; en tanto que el artículo 27, no faculta a las Salas de Apelaciones para este mismo proceder, sino que tan solo le da competencia para conocer de los recursos de apelación; pero esta última facultad debe circunscribirse a las facultades que le confieren las normas referidas a los recursos impugnatorios.

Que si bien el artículo 27 inciso 4 del CPP establece que las Salas Penales de las Cortes Superiores pueden dictar medidas limitativas de derechos a solicitud del Fiscal Superior; debe entenderse que se trata de una facultad positiva (de imponer), que solo opera a solicitud del Ministerio Público, y que se limita a los casos en los que la Sala Penal Superior realiza la función de primera instancia, ya que el Fiscal Superior actúa como órgano requiriente.

c. Competencia funcional en materia de prisión preventiva

El artículo 268 establece la necesidad de que sea el Juez quien dicte la prisión preventiva; sin embargo, no resulta claro a qué Juez se refiere la norma, ya que esta medida se puede solicitar en diferentes estados del proceso donde intervienen distintos Jueces, tales como el Juez de Investigación Preparatoria, el Juez de Juzgamiento o el Juez de Apelación.

8 IBERICO CASTAÑEDA, Luis. *La impugnación en el proceso penal*. Lima, Editorial Pacífico, 2016, p. 126.

Si restringimos el análisis a la interpretación del artículo 268 del CPP, vemos que este dispositivo utiliza la expresión genérica “EL JUEZ”, que admite comprender a todos aquellos Jueces (unipersonales o colegiados), que participan en diversas fases del proceso, y que pueden necesitar de esta cautelar personal para asegurar su desarrollo y lograr el fin mediato del mismo; sin embargo, si nos fijamos en lo prescrito por los artículos 271, 274, 278 y 279 del CPP, podremos apreciar que en todos ellos existe una mención expresa al Juez de Investigación Preparatoria.

Por otro lado, en las normas sobre competencia funcional, vemos que los Jueces de Investigación Preparatoria (Artículo 29.2 del CPP) están facultados para imponer, modificar, hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria; y en el artículo 27 inciso 4 del CPP se establece que las Salas Penales de las Cortes Superiores pueden dictar medidas limitativas de derechos a solicitud del Fiscal Superior.

A diferencia de lo anterior, el artículo 28 no establece la posibilidad de que los Jueces Unipersonales o Colegiados dicten Prisión Preventiva u otra medida limitativa de derechos; aunque el artículo 399.5 establece que el Juez (refiriéndose al Juez de Juicio), una vez leído el fallo condenatorio podrá disponer Prisión preventiva, si el acusado se encuentra en libertad, siempre que se estime que el condenado no se someterá a la ejecución de la pena una vez firme la sentencia, y a ello se agrega lo señalado en el artículo 364.5 del CPP, en cuanto establece el poder discrecional del Juez para resolver cuestiones no regladas que surjan en el juicio, aunque no se señala específicamente la posibilidad de imponer la prisión preventiva.

Del análisis de las normas antes mencionadas podemos concluir que el Juez competente para imponer la medida de prisión preventiva es el Juez de Investigación Preparatoria; salvo el supuesto del artículo 399 inciso 5 del CPP, en cuanto establece que el Juez (refiriéndose al Juez de Juicio), una vez leído el fallo condenatorio podrá disponer Prisión preventiva, si el acusado se encuentra en libertad, siempre que se estime que el condenado no se someterá a la ejecución de la pena una vez firme la sentencia⁹.

Respecto a la competencia para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva, la Corte Suprema ha señalado que el único competente para resolver los requerimientos de prolongación de prisión preventiva en todos los casos es el Juez de investigación preparatoria; más no el Juez Unipersonal o Colegiado¹⁰.

9 DEL RIO LABARTE, Gonzalo. “*La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal*”, Lima, Ara Editores, 2008, p. 48.

10 Casación N° 328-2012-ICA, publicada el 17 de marzo del año 2014.

2.3. Análisis de la argumentación desarrollada en la casación

En el fundamento 2.3.11, declarado como doctrina jurisprudencial, se afirma que no se afecta el “principio de congruencia” o el “principio de limitación”, al realizarse la modificación del plazo de prolongación de prisión en la instancia de apelación; porque por la naturaleza del tema, el órgano jurisdiccional contaba con la facultad de resolver de oficio en relación a la reducción del plazo de prolongación, de conformidad con lo previsto por el artículo 255 inciso 3 del CPP.

En principio la casación analizada incurre en un error material, pues se refiere al inciso 3, pero por el contenido de su argumentación queda claro que se sustenta en el inciso 2 del artículo 255 del CPP. Esta norma prescribe: “Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo”; sin embargo, respecto de esta norma debe realizarse una interpretación sistemática, con las normas referidas a la competencia funcional y a los recursos impugnatorios, ya que, las actuaciones procesales de las Salas Penales de la Corte Superior, por razones de competencia funcional, se producen como consecuencia de la admisión de un recurso impugnatorio con efecto devolutivo; pues mientras no exista un recurso impugnatorio, la Sala Penal Superior no podrá emitir pronunciamiento alguno en dicho caso.

Como ya lo señalamos anteriormente, las normas de competencia funcional aplicables al caso son los artículos 27 y 29 del CPP; siendo lo relevante de estas normas, que el artículo 29 inciso 2, establece expresamente la competencia de los Jueces de Investigación Preparatoria para imponer, modificar, o hacer cesar las medidas limitativas de derecho durante la investigación preparatoria; en tanto que el artículo 27 del CPP, no establece la misma o semejante prerrogativa para las Salas Penales Superiores.

Que si bien el artículo 27 inciso 4 del CPP establece que las Salas Penales de las Cortes Superiores pueden dictar medidas limitativas de derechos a solicitud del Fiscal Superior; debe entenderse que se trata de una facultad positiva (de imponer, más no de reducir), que solo opera a solicitud del Ministerio Público (y no de oficio), y que en consecuencia se limita a los casos en los que la Sala Penal Superior realiza la función de primera instancia; pero esta norma, de ninguna manera puede servir de sustento para que en el trámite de una apelación, las Salas Penales disminuyan de oficio el plazo de prolongación de prisión preventiva -facultad negativa-, sin someterlo al debate de la audiencia de apelación.

La otra norma que podría servir de sustento para que las Salas Penales de las Cortes Superiores pueden resolver de oficio la reducción del plazo de prolongación, está contenida en el inciso 1 del artículo 27 del CPP, que le faculta a las Salas de Apelaciones para conocer

de los recursos de apelación; sin embargo, esta facultad se deberá ejercitar conforme a las normas y principios que rigen los recursos impugnatorios, en donde existe la limitación legal prevista por el artículo 409 del CPP.

Para hacer frente a esta limitación, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señala que, si bien la segunda instancia tiene la limitación del principio *tantum devolutum quantum appellatum* al momento de pronunciarse sobre el objeto litigioso; existen casos en los cuales la pretensión no resulta clara y evidente, o está planteada de manera incorrecta, o se ha invocado erróneamente la norma de derecho aplicable; y que en esos casos, atendiendo al principio *iura novit curia*, el Juez tendría el deber de reconocer el núcleo de lo solicitado y pronunciarse respecto de él, sin que ello signifique una extralimitación de sus facultades; sin embargo, en el caso concreto la defensa del investigado Gregorio Santos Guerrero se opuso a la prolongación del plazo de la prisión preventiva, y en tal sentido, no se aprecia falta de claridad en la pretensión de la defensa del investigado, tampoco es incorrecto formular una solicitud de improcedencia de la prolongación de la prisión, ni mucho menos la defensa solicita la reducción del plazo de prolongación invocando erróneamente una norma de derecho aplicable.

Lo que permite el principio *iura novit curia* es rectificar o subsanar defectos en la invocación del derecho aplicable, pues como lo señala CARLOS ALBERTO ETALA, cuando se refiere a este principio: “El tribunal conoce el derecho”¹¹; pero, en el caso concreto la Sala Penal de Apelaciones introduce una pretensión que la defensa no ha solicitado y para ello valora la razonabilidad del plazo atendiendo a las características del caso concreto, y estas cuestiones ya no son de puro derecho, sino que tienen una índole fáctica. Por lo que, el recurso argumentativo del principio de *iura novit curia* contenido en la casación, constituye una falacia de conclusión inatingente, que se comete cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión particular es usado para probar una conclusión diferente¹².

Luego de estudiar y analizar las normas aplicables al problema planteado (Artículos 255 inciso 2, 27 inciso 1 y 4, y 409 del CPP), concluimos que en virtud al “principio de limitación”, no es posible que la Sala Penal de la Corte Superior modifique de oficio el plazo de prolongación de prisión en la instancia de apelación.

11 ETALA, Carlos. Diccionario jurídico de interpretación y argumentación, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 197.

12 Idem, p. 143.

20

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 336-2016
CAJAMARCA

APLICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA

SUMILLA:

La inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, es compatible con la Constitución, toda vez que vulnera el principio derecho de igualdad garantizado en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución Política del Estado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, catorce de junio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia el recurso de casación planteado por la defensa técnica del sentenciado Yeyson Alexander Cabrera Ocas contra la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis -fojas ciento setenta y cinco-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

I. HECHOS FÁCTICOS

1.1. Conforme la acusación fiscal -fojas uno del cuaderno de debate-, se atribuye al encausado Cabrera Ocas, que el 08 de diciembre de 2014, a horas 07:00 de la mañana aproximadamente, cuando la menor de iniciales K.S.O.T. [11 años] se dirigía a su centro educativo, el encausado en una mototaxi la comenzó a seguir y a la altura del jirón Cáceres de la provincia de Celendín la abordó, obligándola a subir a su mototaxi, jalándola y besándola a la fuerza; sin embargo, inmediatamente fue impedido por la madre de la menor, quien los venía siguiendo sigilosamente, y quien propinó bofetadas al sentenciado; luego, la menor le contó que éste la había ultrajado sexualmente en dos oportunidades cuando tenía diez años de edad y no comunicó el hecho porque estaba siendo amenazada.

II. ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. Concluida la etapa preparatoria, y formulado el requerimiento de acusación por parte del representante del Ministerio Público -fojas uno del cuaderno de debates-, se expidió el auto de enjuiciamiento del cuatro de junio de dos mil quince, que declaró haber mérito para pasar a juicio oral contra Cabrera Oscar como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, previsto en el artículo 173°, inciso 2, y último párrafo del citado artículo del Código Penal; y, de forma alternativa como autor del delito contra el pudor de menor, ilícito penado y sancionado en el artículo 176°-A, inciso 3, último párrafo, del Código Sustantivo, en agravio de la menor de iniciales K.S.O.T. Luego, mediante resolución once de junio de dos mil quince, se citó a juicio oral para el trece de julio de dos mil quince.

2.2. Seguido el juicio de primera instancia, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante sentencia del dieciséis de setiembre de dos mil quince -fojas noventa y cinco-, condenó a Yeyson Alexander Cabrera Ocas como autor del delito contra la libertad, en su modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, en perjuicio de la menor de iniciales K.S.O.T., imponiéndole la pena de cadena perpetua; y, fijaron en veinte mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la menor agraviada.

2.3. Contra esta decisión el referido sentenciado Cabrera Ocas interpuso recurso de apelación, la misma que cumplió con fundamentar su defensa dentro del plazo de ley, lo que determinó que mediante resolución del treinta de marzo de dos mil dieciséis, se conceda el recurso y se eleven los autos al superior jerárquico.

III. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, mediante resolución del veintitrés de diciembre de dos mil quince, admitió a trámite el recurso impugnatorio y corrió traslado a las partes, a efectos de que puedan ofrecer los medios probatorios que consideren necesarios; y, por resolución del once de enero de dos mil dieciséis, se convocó a las partes a la respectiva audiencia de apelación de sentencia. Realizada la audiencia de apelación, el Tribunal de Apelaciones cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis.

3.2. La referida sentencia de vista resolvió declarar infundado el recurso de apelación y confirmó la sentencia condenatoria del dieciséis de setiembre de dos mil quince, que condenó a Cabrera Ocas a la pena de cadena perpetua por delito de contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K.S.O.T.

IV. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1. Puesto en conocimiento la sentencia de vista a las partes procesales, la defensa del sentenciado Yeyson Alexander Cabrera Ocas interpuso recurso de casación, invocando las causales previstas en los incisos 1 y 5 del artículo 429° del referido texto procesal, sobre la existencia de una vulneración constitucional de debida motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial, respectivamente. Como sustento de estos agravios, sostuvo que no se consideró la pretensión subsidiaria del representante del Ministerio Público; se vulneró la presunción de inocencia del sentenciado al merituar la sindicación de la agraviada, que presenta contradicciones y carece de pruebas periféricas que la corroboren; se afectó el principio de igualdad, pues al momento de los hechos tenía 17 años y 11 meses, y no se motivó la responsabilidad restringida; además, se aplicó incorrectamente los presupuestos de sindicación señalados en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ 116, y se aplicó incorrectamente la agravante señalada en el último párrafo del artículo 173° del Código Penal. Planteado el recurso de casación, la Sala Penal de Apelaciones mediante resolución del quince de agosto de dos mil dieciséis, concedió el recurso de casación, y ordenó que los autos sean elevados a esta suprema instancia.

4.2. Los autos fueron recibidos en esta instancia el veintidós de abril de dos mil dieciséis, y cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, este Tribunal Supremo, mediante auto de calificación de recurso de casación, ejecutoria suprema del quince de agosto de dos mil dieciséis -fojas cincuenta y siete del cuaderno de casación-, declaró bien concedido el recurso de casación por la causal 3 del artículo 429° del Código Adjetivo, sobre la posible expedición de sentencia con indebida aplicación de la ley penal -artículo 173°, último párrafo, del Código Penal, y falta de aplicación de la ley penal -artículo 22° del citado Código-.

4.3. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan- el día catorce de junio del presente a horas ocho y treinta de la mañana.

4.4. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO.- Con lo expuesto en la calificación del recurso de casación, este Supremo Tribunal, bajo la causal 3 del artículo 429° del Código Adjetivo, advierte una probable indebida aplicación de la ley penal -artículo 173°, último párrafo, del Código Penal-, y falta de aplicación de la ley penal -artículo 22° del Código Penal- sobre la responsabilidad restringida.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1. LA INDEBIDA APLICACIÓN, ERRÓNEA INTERPRETACIÓN O FALTA DE APLICACIÓN DE UNA NORMA PENAL.-

Antes del análisis del caso concreto, es necesario precisar que el proceso penal está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional que buscan no sólo otorgar al encausado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener el equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea.

5.2. En este marco, las garantías constitucionales del proceso penal se erigen como límite a la actuación de la justicia penal, y se reconocen dos bloques de garantías procesales: las genéricas, que engloba el derecho a la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa y el debido proceso; y, las específicas, que se derivan de las genéricas y tienen al derecho a la igualdad de armas, igualdad ante la ley, intermediación, inviolabilidad de domicilio, derecho a un juez natural, prohibición de valoración de prueba prohibida.

5.3. Así, la afectación a la indebida aplicación o errónea interpretación de una Ley penal, engloba las siguientes situaciones: **a)** La aplicación de una norma derogada, salvo que sea favorable al reo (ultractividad), pues en este caso la ley estaba vigente al momento de la comisión de los hechos, pero posteriormente es derogada, encontrándose pendiente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional; **b)** La aplicación retroactiva de una norma, salvo cuando favorece al reo (retroactividad), pues la ley se emitió con posterioridad al momento de la comisión de los hechos, sin embargo resulta más benigna para el reo que la ley que se encontraba vigente en dicha circunstancia; **c)** La aplicación de una norma inexistente o foránea; y, **d)** La aplicación indebida del principio relativo a la jerarquía de las normas, es decir, cuando las normas inferiores, vía interpretación, transgreden las normas superiores¹.

5.4. LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.- Sobre la responsabilidad restringida por razón de edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido abundante jurisprudencia a fin de reducir la sanción punitiva, entre ellos tenemos: **i)** La sentencia de casación N° 403-2012/Lambayeque², que justificó la reducción punitiva, esto es de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales del agente, quien tenía veintiún años de edad al momento de los hechos, la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación

1 YAIPEN ZAPATA, Víctor Pastor. *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*. Lima, editorial ideas, 2014, p. 279.

2 Sala Penal Permanente, Casación N° 403-2012 Lambayeque, del 18 de julio de 2013.

de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o peligro causado [fundamento jurídico 4.5.]; **ii**); El recurso de nulidad N° 701-2014/Huancavelica³ [fundamento jurídico séptimo], que señala: "(...) el imputado cuando perpetró el delito tenía veinte años de edad, luego, es sujeto de responsabilidad restringida. Es cierto que el artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número 27024, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, prohíbe la disminución de la pena. Sin embargo, tal limitación **por vulnerar el principio institucional, de relevancia constitucional, de igualdad no puede ser aplicada**. En efecto, la base de la diferencia en función a la edad se sustenta en la capacidad penal disminuida -sustento o elemento esencial de la culpabilidad-, no en el delito cometido; hacerlo por esa razón significa incorporar como regla de interdicción de exención de pena un elemento impropio que decide la antijuricidad y, por tanto, con una base no objetiva ni razonable que una democracia constitucional no puede aceptar" [El resaltado es nuestro]; y, **iii**) La Casación N° 335-2015 Del Santa⁴ [fundamento jurídico cuadragésimo segundo] donde señala que: "(...) el artículo 22°; primer párrafo, del Código Penal, **siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no solo para algunos**; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional [STC N° 751-2010-PHC/TC, del 15 de junio de 2010, Fj. cuatro], ha preservado la facultad del juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. **Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena (...)**" [El resaltado es nuestro].

5.5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.- El principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes de Estado -Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo-, como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. Asimismo, este principio no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República, que por expreso mandato constitucional, precisa que: "Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley" -previsto en el artículo 146°, inciso 1 de la Constitución Política del Estado-.

5.6. Además, este principio exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad -consagrado en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución-. Si bien el referido precepto constitucional se describe al régimen penitenciario, sin embargo, no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal. Para que cumpla con los fines constitucionales debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización, en consonancia con el artículo 5.6 de la

3 Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad N° 701-2014 Huancavelica, del 13 de enero de 2015.

4 Sala Penal Permanente, Casación N° 335-2015 Del Santa, del 01 de junio del 2016.

Convención Americana de Derechos Humanos, que precisa: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; así, sin leyes penales compatibles con el fin **preventivo especial de la pena**, el mandato resocializador sería una fantasía. Por tanto, su interpretación debe ser sistemática.

5.7. EL PRINCIPIO RESOCIALIZADOR.- El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes -conforme el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, que se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e inhumanas. Los Estados americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos, sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la citada Convención. Así, el artículo 2° de dicha Convención prescribe que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

5.8. LA CADENA PERPETUA.- El Capítulo V. Título II. Del Código de Ejecución Penal, estableció el procedimiento de revisión de la cadena perpetua, transcurrido treinta y cinco años de privación efectiva de la libertad, quedando claro que ello fue con la finalidad de hacerla compatible con el principio resocializador de la pena, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución Política del Estado; así como también, con los principios de dignidad de la persona y de libertad; por ello, la determinación judicial de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible, y no existe retribución por sí misma, en razón que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal se sitúa en la línea de las teorías preventivas modernas y postula que se tiene que atender a la probable resocialización del penado y su reinserción a la sociedad; por consiguiente, la pena debe reflejar la aplicación del principio de proporcionalidad que prevé el artículo VIII del Título Preliminar del citado texto penal, que es principal estándar que debe considerar el Juez para determinar una pena concreta [recurso de nulidad N° 1843-2014/Ucayali⁵, fundamento décimo tercero].

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

6.1. Para efectos de constatar si se vulneró o no una probable indebida aplicación de la ley penal -artículo 173°, último párrafo, del Código Penal-, y falta de aplicación de la ley penal -artículo 22° del citado Código- sobre la responsabilidad restringida; el examen partirá de los fundamentos expuestos en la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis,

5 Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 1843-2014/Ucayali, del 04 de junio del 2015.

advertiendo que los medios probatorios recopilados en el proceso solo sirven para contrastar o verificar las razones expuestas, mas no para ser objeto de una nueva evaluación; conforme a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, pues no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución judicial.

6.2. Respecto a la indebida aplicación del artículo 173°, último párrafo, del Código Penal.-

La citada sentencia, en la parte correspondiente a sus fundamentos, esto es en el considerando 2.3 y 2.4 la Sala Penal de Apelaciones, sustentó que la conducta del recurrente se configura en el precepto normativo señalado en el artículo 173°, último párrafo, del citado Código, donde se precisa que: “en el caso del numeral 2, **la pena será de cadena perpetua si el agente** tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o **le impulse a depositar en él su confianza**” [el resaltado es nuestro], en razón a que existe el vínculo familiar cercano para que la menor agraviada haya depositado su confianza en el sentenciado, por ser hijo de la hermana del padre de la menor agraviada (primo hermano); además, viven en casas contiguas, y se aprovechó sexualmente de la menor.

6.3. Así, para este Tribunal de Casación la configuración de dicha agravante depende de dos supuestos diferenciados: **en el primero**, cuando el agente activo **tiene alguna autoridad** sobre su víctima por cualquier posición, cargo o vínculo familiar, por ejemplo: padre, tutor, curador, hermano, tío, padrastro, etc.; y, **el segundo** cuando el agente activo realiza actos tendientes **a lograr la confianza de su víctima**, y aprovechándose tal situación, le practica el acto sexual; no obstante, si no se verifica la relación de confianza, la agravante no se configura⁶.

6.4. En el caso de autos, **el segundo supuesto de dicha agravante se configura**, toda vez que se advierte que el recurrente defraudó la confianza que el sujeto pasivo -menor agraviada- tenía depositada en el procesado, esto es, el sujeto activo aprovechando que la menor confiaba que no le sucedería nada, le practicó el acto sexual “en su casa y moto”, conforme lo señaló la menor agraviada en el plenario -fojas cuarenta y nueve-, indicando también que antes de los hechos no odiaba a su primo hermano -el procesado-, pero ahora sí; además, el recurrente en juicio oral -fojas ochenta y nueve- señaló que durante todo el tiempo fue como un hermano para la menor agraviada, e incluso indicó que le ha servido a su tía -madre de la agraviada-, y tienen domicilios colindantes. Por tanto, dicho cuestionamiento no es de recibo.

6.5. Respecto a la falta de aplicación del artículo 22° del Código Sustantivo sobre la responsabilidad restringida.- El Colegiado impuso al recurrente la pena de cadena perpetua conforme a lo solicitado por el representante del Ministerio Público en su dictamen

6 SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho penal. Parte especial. Sexta edición. Vol. II. Lima, editorial Iustitia, 2015, p. 835 y ss.

acusatorio -fojas uno del cuaderno de debates- por la comisión del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales K.S.O.T., [tipo penal previsto en el artículo 173°, primer párrafo, inciso 2, **concordante con el último párrafo del mismo artículo del Código Penal**]; no obstante, el Colegiado en la dosificación de la pena no se pronunció respecto a la responsabilidad restringida del recurrente.

6.6. Así, el Colegiado omitió pronunciarse sobre la reducción de la pena por su condición de agente con responsabilidad restringida [condición que configura una circunstancia atenuante privilegiada], sustentado en que su aplicación se encuentra excluida para agentes que hayan incurrido en delito de violación de la libertad sexual, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal⁷ -véase el auto de enjuiciamiento a fojas quince-, vulnerándose, en el presente caso, el principio - derecho de igualdad garantizado en el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución.

6.7. Aplicación del control difuso.- Este Tribunal Supremo advierte la incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, a fin de cautelar la garantía constitucional de igualdad ante la ley, prevista en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución del Estado; **en uso de la atribución del control difuso**, establecido en el artículo 138° de la Constitución, está legitimado para inaplicar el segundo párrafo del artículo 22° del citado Código; precisando, además, que resulta válido recurrir en el caso concreto a la responsabilidad restringida -conforme el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal- para dosificar la pena.

6.8. Ello, en concordancia con el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde precisa que por razones e inaplicación de una norma legal, deberá ser elevado en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República; sin embargo, en el presente caso resulta innecesario, al tener igual jerarquía este Supremo Tribunal, integrado por Magistrados de la especialidad penal, que obviamente comprende el conocimiento del Derecho Constitucional -especialmente en penal al que corresponde el tema en conflicto- y de las Ciencias Penales. Y también están respaldados por la jurisprudencia emitida por este órgano jurisdiccional, en el recurso de nulidad N° 701-2014/Huancavelica, casación N° 403-2012/Lambayeque, recurso de nulidad N° 1843-2014/Ucayali y la Casación N° 335-2015/Del Santa.

6.9. Determinación de la pena.- Previo a emitirse juicio respecto a la determinación de la pena, es necesario tener en cuenta que "Nadie castiga a los que actúan injustamente solo porque (...) han cometido un injusto, a no ser que se trate de quien, como una bestia feroz, pretende vengarse

⁷ Modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013. Vigente al momento de los hechos 25/06/2014, y señala: "Artículo 22°. Responsabilidad restringida por la edad (...) Está excluido el agente (...) que haya incurrido en el delito de violación de la libertad sexual, (...)". (El subrayado es nuestro).

irracionalmente, el que en sentido contrario castiga de forma racional, castiga, no por lo injusto ya cometido, porque ya no es posible que lo que ya ha sucedido deje de suceder, sino por las faltas que puedan sobrevenir, para que no reincida el propio autor ni los otros que observan como es castigado⁸. Tal invocación de autoridad contempla que “no se debe castigar en forma pasional, sino de forma reflexiva, bien para la mejora o aseguramiento del autor -en una línea preventiva especial- o para la mejora o aseguramiento de los otros -en una línea preventivo general-”⁹. La referida reflexión Platónica cobró fuerza en la evolución del Derecho penal, concretamente en su vertiente de las teorías que fundamentan la pena, incluso en la actualidad, aun cuando han pasado más de dos milenios, la referida reflexión se encuentra plasmada en los pilares que sirven de fundamento de la pena a los ordenamientos jurídicos con raigambre romano germánica.

6.10. En ese orden se encuentra nuestro ordenamiento jurídico penal, el cual prevé, en el artículo IX del Título Preliminar, que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora, en concordancia con el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado y conforme el Tribunal Constitucional, donde precisa que: “las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática”¹⁰. [Fundamento jurídico treinta y ocho].

6.11. En ese contexto, las exigencias que determinan la dosificación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, límite al *ius Puniendi*, que procura la correspondencia entre el injusto cometido y la pena a imponerse, y que estas en rigor deben cumplir los fines que persigue la pena –preventiva, protectora y resocializadora–, conforme lo prevé el numeral 6 del artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo que ha sido recogido en el numeral 21 y 22 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado.

6.12. De la revisión de autos se aprecia que el encausado Cabrera Ocas, que para efectos de graduar la pena no se valoró la categoría de la responsabilidad restringida, pues el encausado al momento de los hechos, contaba con tenía 19 años y 07 meses, conforme se aprecia de la copia de su documento nacional de identidad -fojas veinte- advirtiéndose un

8 Véase, Diálogos de Platón-Protágoras citado por Gunther Jakobs, en: *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima, Ara Editores, 2005, p. 15.

9 Gunther Jakobs. *El fundamento del sistema jurídico penal*. Lima, Ara Editores, 2005, p. 15.

10 Tribunal Constitucional, Expediente N° 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005.

supuesto de responsabilidad restringida, regulado por el artículo 22° del Código Sustantivo, circunstancia privilegiada que este Tribunal Supremo aplica a favor del encausado Cabrera Ocas, y lo conduce a que reduzca prudencialmente la pena -conforme los fundamentos esgrimidos en los considerandos 6.5. al 6.8. de la presente Ejecutoria Suprema-.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación en el extremo de indebida aplicación del artículo 173°, último párrafo, del Código Penal.

II. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal 3 del artículo 429° del Código Adjetivo, sobre la falta de aplicación de artículo 22° del Código Penal, sobre la responsabilidad restringida; en consecuencia:

III. CASARON la sentencia de vista del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Yeyson Alexander Cabrera Ocas a la pena de cadena perpetua por delito de contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad [previsto en el artículo 173°, inciso 2, y último párrafo del citado artículo, del Código Penal], en agravio de la menor de iniciales K.S.O.T.; en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo; y, **REFORMÁNDOLA** impusieron **treinta y cinco años de pena privativa de libertad**, la misma que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el diez de diciembre de dos mil catorce vencerá el nueve de diciembre de dos mil cuarenta y nueve; manteniéndose la propia sentencia en el extremo que fija en veinte mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene al respecto.

IV. MANDARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA APLICACIÓN DE LA REDUCCIÓN DE PENA POR RAZONES DE EDAD EN LOS DELITOS SEXUALES - CASACIÓN N° 336-2016-CAJAMARCA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: EDUARDO ALCÓCER POVIS¹

I. SUMILLA:

El Derecho penal es integral. La orientación política del sistema coercitivo del Estado está delineado por la Constitución y por los principios que expresan el interés de proteger a la persona humana y permitir su desarrollo en la comunidad. Por ello, toda norma restrictiva debe ser interpretada conforme a dicho criterio garantista. En esta oportunidad, por invitación del Ministerio de Justicia, se me sugirió realizar un breve comentario sobre una de las resoluciones casatorias que, precisamente, resalta con firmeza la necesidad de tutelar principios medulares de nuestro sistema democrático, en especial, los principios de proporcionalidad y el de igualdad, ante la prohibición legal de reducir la pena por razones de edad en los delitos sexuales (art. 22 del CP).

II. APUNTE PREVIO

1. El 14 de junio de 2017 se emitió la resolución casatoria N° 336-2016-Cajamarca. Con ella, la Corte Suprema reforzó su posición en torno a la necesidad de que los jueces dejen de lado, conforme a los principios de proporcionalidad e igualdad, la prohibición establecida en la Ley de atenuar la pena por razones de edad en los delitos sexuales. Se trata de una interesante decisión, que invita a reflexionar sobre diversos temas como la función garantista del juez, los fines de la pena, los alcances del sistema de determinación cuantitativa de la sanción penal en nuestro país y sus problemas aplicativos. A continuación, brindaré mi opinión sobre algunos de estos puntos, a modo de aproximación.

III. ANÁLISIS

A. EL CASO

2. Se anota en la resolución emitida por la Corte Suprema los siguientes datos que nos permitirá acercarnos al caso objeto de su decisión: “Conforme la acusación fiscal –fojas uno del cuaderno de debate–, se atribuye al encausado Cabrera Ocas, que el 08 de diciembre de 2014, a horas 07:00 de la mañana aproximadamente, cuando la menor de iniciales K.S.O.T.

1 Profesor de Derecho Penal en la PUCP. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, España.

[11 años] se dirigía a su centro educativo, el encausado en una mototaxi la comenzó a seguir y a la altura del jirón Cáceres de la provincia de Celendín la abordó, obligándola a subir a su mototaxi, jalándola y besándola a la fuerza; sin embargo, inmediatamente fue impedido por la madre de la menor, quien los venía siguiendo sigilosamente, y quien propinó bofetadas al sentenciado; luego, la menor le contó que éste la había ultrajado sexualmente en dos oportunidades cuando tenía diez años de edad y no comunicó el hecho porque estaba siendo amenazada”.

De esta forma, conforme al art. 173.2 del CP y al último párrafo del mencionado tipo penal (el agente es primo hermano de la víctima), se sancionó en primera instancia con cadena perpetua al autor de dicho delito. Esta decisión fue confirmada por la Sala Penal de Apelaciones. Finalmente, presentado el recurso de Casación, la Corte Suprema advirtió, entre otras cosas, la “falta de aplicación de la ley penal –artículo 22° del Código Penal– sobre la responsabilidad restringida”². Se atenuó la sanción y se le condenó a treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

B. LA ATENUANTE PRIVILEGIADA

3. La determinación de la pena es un proceso amplio y complejo. Ésta tiene tres fases, la legislativa, la judicial y la ejecutiva. En la etapa judicial, la pena se fija según las *circunstancias* del caso concreto, conforme con el merecimiento y su necesidad. Las circunstancias del delito han sido definidas como “factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave” (Acuerdo Plenario N° 1-2008-CJ/116). Se tratan de “elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena” (Acuerdo Plenario N° 8-2009-CJ/116). En esa línea, MUÑOZ CONDE sostiene que las circunstancias son “situaciones que rodean (*circum-stare*: ‘estar alrededor’) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por lo tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos”³.

Dicho de otra manera, en el momento de medir la dosis de pena se evalúan aquellas circunstancias que estrictamente no forman parte del injusto ni de la culpabilidad, pero que los afectan⁴. En este nivel, la mayor o menor cantidad de pena dependerá de la intensidad

2 El encausado tuvo en el momento de los hechos diecinueve años y siete meses.

3 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte General*, 9ª edición, Valencia 2015, p. 480.

4 En la etapa de la individualización judicial de la sanción, conforme anota SILVA SÁNCHEZ, los conceptos tradicionales de la teoría del delito tienen un alcance cuantitativo más amplio, orientados a las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en *InDret* (2), 2007, p. 6.

de aquellas⁵. Por ejemplo, será razonable sustentar una sanción más grave en base a la valoración de los móviles execrables que tuvo el agente para cometer el hecho criminal o del uso de una violencia exacerbada en el momento de su ejecución⁶. Con ello, se incrementará la posibilidad de que la respuesta penal por el hecho cometido no sea sólo justa, sino también necesaria.

4. En el art. 22 del CP se regula una atenuante privilegiada por razones de edad: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción (...)”. El mensaje que se extrae de esta figura es que una determinada cantidad de edad resulta ser una circunstancia, en tanto factor objetivo, que incide en el grado de reprochabilidad del agente⁷ (no anula la culpabilidad, pero disminuye su intensidad)⁸. El considerar menos desaprobada la conducta de una persona que comete un delito teniendo entre dieciocho y veintiún años o más de sesenta y cinco años de edad es finalmente una decisión político criminal que se encuentra vinculada, entre otros principios, con los de proporcionalidad y culpabilidad (sobre este tema volveré más adelante).

No obstante, el legislador consideró establecer excepciones para la aplicación de esta circunstancia atenuante. Entre otros supuestos, se indica en la norma lo siguiente: “[e]stá excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual (...) u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”.

Con relación a esta última disposición, apreció razonable que la Corte Suprema la haya considerado inconstitucional. Mediante la resolución materia de comentario se hizo eco no sólo de la jurisprudencia penal como refuerzo de su posición (vid., la Casación N° 403-2012-Lambayeque, el R.N. N° 701-2014-Huancavelica y la Casación N° 335-2015-Del Santa), sino también de la constitucional (se citó la STC N° 751-2010-PHC/TC). Asimismo, se realizó un análisis de fondo acerca de la legitimidad de dicha norma.

5 Con mayor detalle, ALCÁCER POVIS, Eduardo, *La reincidencia como agravante de la pena*, en prensa, pp. 16 y ss.

6 ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires 1996, p. 107

7 Cfr. MARTÍNEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal*, Valencia 2005, p. 415.

8 Sobre el tiempo y sus efectos normativos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid 2008, p. 678 y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “La circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por dilaciones indebidas en el proceso penal”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Pamplona 2011, pp. 25-50.

La Corte Suprema señala que la prohibición de atenuar la pena por razones de edad en los casos de delitos sexuales resulta desproporcional⁹. De modo general, se define en la resolución al principio de proporcionalidad como aquél mediante el cual se exige “a los poderes de Estado –Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo–, como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito”. En esa línea, en la doctrina se ha definido al principio de proporcionalidad como un límite al poder coercitivo del Estado¹⁰, pues obliga al legislador y al juzgador a determinar una pena que se corresponda con la gravedad globalmente considerada del hecho¹¹. En efecto, con dicho principio se pretende garantizar que el legislador realice un adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos en el momento de individualizar positivamente la pena¹² (proporcionalidad abstracta¹³). También –en virtud del reconocimiento de dicho principio– se espera que el juez,

9 En el plano constitucional, el principio de proporcionalidad no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Política peruana, siendo deducido, en un primer momento, de la idea del debido proceso material establecido en el art. 139 de la Constitución (STC N° 061-2002-AA/TC). Posteriormente, el TC señaló que: “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona” (STC N° 0010-2002-AI/TC).

10 Como anota MIR PUIG: “Se trata de una exigencia que no nació, sin embargo, para las penas, sino para las medidas de seguridad. Al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, para evitar que las medidas pudiesen resultar un medio desproporcionalmente grave, en comparación con su utilidad preventiva –así, cuando para evitar que el pequeño ratero siguiera delinquiendo fuese necesario encerrarle durante toda su vida–. La doctrina suele emplear el principio de proporcionalidad en este sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal”. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona 2016, p. 138.

11 Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Derecho penal. Parte General*, Lima 2009, p. 528. Este autor indica que el principio de proporcionalidad “rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado este en su significado global”.

12 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires 2002, p. 130. Quien afirma que el Derecho penal “debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado”. El profesor argentino concluye que la tesis expuesta lleva a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado, de manera que no se puede tolerar que, a manera de ejemplo, lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida.

13 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, “[Comentarios] al Art. VIII”, en *Código Penal Comentado*, Lima 2004, pp. 218-219.

al declarar culpable a una persona, determine una sanción que resulte cuantitativamente proporcional al injusto culpable cometido (proporcionalidad concreta¹⁴)¹⁵.

De otro lado, un sector de la doctrina ha planteado que el principio de proporcionalidad no debe entenderse de modo tradicional como la equiparación entre pena y gravedad total del hecho, sino de modo “amplio” a partir de un balance entre los costes y los beneficios de una norma penal o de una decisión judicial. Desde este punto de vista, la determinación cuantitativa de la sanción, orientada a su proporcionalidad, requerirá de un específico proceso de ponderación: “El logro de los objetivos político-criminales se pondera con las consecuencias negativas de la punición”¹⁶. Se trata de una visión económica del mencionado principio, en el que se refleja –finalmente– la “clásica” lucha entre los postulados utilitaristas y los argumentos garantistas.

Con todo, a partir del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, el criterio costo-beneficio utilizado para el cálculo de la proporcionalidad de la medida estatal ha sido tomado en cuenta en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, considerados sub-principios que ayudan a determinar la legítima proporción de la sanción. La necesidad de que en el ejercicio del poder penal se realice una adecuada ponderación, ha sido reconocida por el TC peruano en diversas resoluciones (SSTC N° 2192-2004-AA/TC, 2235-2004-AA/TC, 0045-2004-PI/TC, entre otras sentencias). Considero que la prohibición de atenuar la pena por razones de edad en los delitos sexuales no es necesaria (por lo tanto, desproporcional). Existen alternativas menos gravosas a las que puede optar el juez a fin de garantizar el respeto a la libertad y a obtener resoluciones justas. Una de estas

Señala que el cálculo de la proporcionalidad abstracta de la pena tiene lugar en el momento de la creación de la ley penal, “tenemos que si se admite la necesidad de castigar alguna conducta, tendrá que precisarse el tipo de pena y la cantidad de la misma que sean proporcionales al hecho”. En esa medida “la lesión de un bien jurídico debe castigarse más gravemente que su sola puesta en peligro, la lesión cumulativa de bienes jurídicos más que la lesión de uno sólo de ellos, la comisión dolosa más que la culposa”, entre otros criterios.

- 14 Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, Ramón, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª edición, Barcelona 1999, p. 61. Indica que en lo pertinente a la proporcionalidad concreta, el juez podrá aplicar la pena que estime conveniente dentro del marco dado por la ley penal. GARCÍA CAVERO, Percy, “[Comentarios] al Art. VIII”, p. 220. Afirma que los criterios de determinación de la pena podrán elevar la sanción al máximo establecido o dirigirla hacia el límite mínimo. Debe tenerse en cuenta que dicha operación aritmética [penal] debe realizarse de acuerdo con los parámetros de un Estado social y democrático de Derecho, esto es, de acuerdo con un sistema garantista en donde la pena sea la derivada de un juicio sobre la globalidad del hecho.
- 15 Se trata de un principio transversal al Derecho penal, visto de modo sistémico. Por ejemplo, a nivel procesal el principio de proporcionalidad obliga al juez a restringir la libertad personal durante la investigación sólo en los casos en que fuera absolutamente indispensable, en la medida y por el tiempo necesario para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley.
- 16 HÖRNLE, Tatjana, “La concepción anticuada de la culpabilidad en la Jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena” (trad. Martín Lorenzo), en *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aires 2003, p. 47.

alternativas es dejar al juez la potestad de decidir aplicar o no la atenuante privilegiada, en atención a la gravedad del delito y a las características personales del agente. Una de estas características es, sin duda, la edad del infractor penal. Optar por decidir lo contrario, supondrá un exceso en el ejercicio del poder penal. Exceso que podría ser consecuencia de una política de Estado pendiente de los reclamos sociales ante la “alarma” colectiva.

De otro lado, la Corte Suprema también sustenta su posición en torno a los fines de la pena. En concreto, relaciona al principio de proporcionalidad de las penas con el fin preventivo especial positivo de la sanción: “la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Se indica que si bien el referido precepto constitucional “se describe al régimen penitenciario, sin embargo, no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal. Para que cumpla con los fines constitucionales debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización, en consonancia con el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos”. De esta forma, se considera que la prohibición de atenuar la pena (como se regula en el art. 22 del CP) a sujetos condenados por delitos sexuales limita sin razón suficiente las posibilidades de resocialización. Al respecto, anota SILVA SÁNCHEZ que la resocialización “no es entendida como imposición de un determinado esquema de valores, sino como creación de las bases de un autodesarrollo libre (...). Tal finalidad debe entenderse en el sentido a una garantía individual, y no a un derecho de la sociedad ni del Estado”¹⁷. En esa medida, aprecio que correctamente la Corte Suprema señala que la prohibición indicada en el art. 22 del CP (de no atenuar la pena por razones de edad en los delitos sexuales) no debe aplicarse porque no permitirá la valoración de las posibilidades del sujeto de reincorporarse a la sociedad a través de una pena que permita alcanzar ese propósito.

Ahora bien, aunque no fue abordado por la Corte Suprema, su decisión también pudo haberse sustentado en virtud de otros principios como el de la culpabilidad. Este principio es, a su vez, una garantía individual, que se halla dentro del conjunto de postulados esenciales a todo Estado constitucional de derecho y opera como límite de la potestad punitiva¹⁸. Se trata de una de las condiciones necesarias tanto para la atribución penal, como para la cuantificación de la pena¹⁹. Sólo mediante la vinculación de la pena, con la existencia de un “reproche” y de la gravedad de la pena aplicable con la entidad del “reproche”, es

17 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición, Buenos Aires-Montevideo 2010, p. 421.

18 En el art. VII del Título Preliminar del CP peruano se regula el denominado principio de culpabilidad de la siguiente manera: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

19 MIR PUIG considera que bajo la expresión “principio de culpabilidad”, se pueden incluir diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen en común exigir como presupuesto de la pena que pueda culparse a quien la sufre del hecho que la motiva. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, p. 134.

posible evitar una instrumentalización de la persona que debe sufrirla²⁰. En la medida de que la pena no se utilice para perseguir sólo fines preventivos, se deberá ajustar su gravedad a la culpabilidad²¹. Por ello, resulta prudente que se haya considerado que la entidad del reproche (juicio personal) no depende exclusivamente de la gravedad del hecho, sino también de las características del autor (por ejemplo, su edad). Y es que el principio de responsabilidad penal por el hecho no impide que las características personales del autor puedan ser tomadas en cuenta en el momento de la individualización judicial de la pena²².

La Corte Suprema ha señalado, en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116, que la disminución de pena establecida en el art. 22 del CP, “no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano”. Por ello, aprecia que la diferenciación contenida en la norma no está constitucionalmente justificada.

5. Queda preguntarse, en líneas generales, si es razonable que se obligue al juez a aplicar la atenuante privilegiada regulada en el art. 22 del CP o cualquier otra incluida en el mencionado cuerpo legal²³. Considero que no es correcta aquella norma que limite al juez en su labor de determinar cuantitativamente la pena, dejando de lado que dicha autoridad tiene finalmente una obligación mayor: determinar una pena justa, conforme al grado de proporcionalidad y de culpabilidad, por mencionar algunos principios ya explicados²⁴. En efecto, aprecio que la sola aplicación de la atenuante privilegiada no debe ser considerada de carácter obligatoria para el juez²⁵. Y es que, según los casos, pueden aparecer otras circunstancias que agraven la responsabilidad, menguando el efecto de la atenuante basada en la edad²⁶. Por ejemplo, más

20 Cfr. HÖRNLE, Tatjana, “La concepción anticuada de la culpabilidad en la Jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena”, p. 49: “la pena adecuada a la culpabilidad tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor”.

21 Anota SILVA SÁNCHEZ que la culpabilidad, en realidad, expresa “una síntesis de fines preventivos, otros fines utilitarios opuestos a la intervención y fines garantísticos”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 466-467.

22 Cfr. ZUGALDÍA, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal*, 4ª edición, Valencia 1993, p. 279.

23 Las otras atenuantes privilegiadas que se regulan en nuestro Código son las siguientes: la omisión impropia (art. 13 del CP), el error de prohibición vencible (art. 14 del CP), el error de comprensión culturalmente condicionado vencible (art. 15 del CP), la tentativa (art. 16 del CP), las eximentes incompletas (art. 21 del CP) y la complicidad secundaria (art. 25 del CP).

24 Sobre este tema, AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos, *Determinación judicial de la pena. Nuevos criterios*, Lima 2015, p.153. En contra, PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *La determinación judicial de la pena en la Ley n° 30076*, Lima 2015, p. 60.

25 En el Pleno Jurisdiccional celebrado en Moquegua en junio de 2017 se llegó al siguiente acuerdo: el juez debe tener la “posibilidad de imponer penas por debajo del mínimo legal o abstracto previsto por el legislador” cuando se presenten las circunstancias atenuantes privilegiadas.

26 Con relación a las circunstancias agravantes calificadas, en el derecho comparado se optó por dejar de lado aquellas normas que obliguen al juez a aplicarlas cuando se hayan cumplido los requisitos formales. Así,

allá de la mera prohibición legal, en el caso que un sicario de diecinueve años de edad mate a su padre, no debería atenuarse la pena (a menos que se presente alguna otra circunstancia que amerite reducir el marco de la sanción conforme al grado de reprochabilidad).

IV. REFLEXIÓN FINAL

6. La edad del agente es un factor objetivo que en determinados casos puede influir en la cantidad de pena a imponérsele en virtud de la comisión de un hecho delictivo. Lo resuelto por la Corte Suprema, mediante la resolución casatoria N° 336-2016-Cajamarca, resalta dicho factor al dejar de aplicar la prohibición de atenuar la pena en virtud de la edad del sujeto responsable en los delitos sexuales (art. 22 del CP). Se trata de una posición que tiene sustento en la tutela de los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Asimismo, dicha postura está orientada a que la pena cumpla con sus fines. Entre ellos, el de resocialización (fin preventivo especial positivo). Por lo tanto, se da al juez un amplio margen de libertad para crear e imponer una sanción que en términos generales sea considerada como justa.

respecto a la obligación de aplicar la agravante de reincidencia en determinadas circunstancias, en Italia el TC consideró que no es razonable que se “neutralice” al juez en su capacidad de decidir si debe o no agravarse la pena en caso de reincidencia. Lo correcto es que la mayor culpabilidad y peligrosidad del agente se analice en cada caso en particular (STC N° 185/2015). Anteriormente, el Tribunal Supremo italiano rechazó toda opción interpretativa orientada a anular el poder discrecional del juez de valorar el elemento objetivo “repetición” de infracciones en el tiempo. Por ello, en la STS N° 35738/2010, del 27 de mayo de 2010, se consideró inconstitucional el aumento automático de la pena previsto en el art. 99.5 del CP. Cfr. D’AMBROSIO, Luca, “¿De la incapacitación a la exclusión? Peligrosidad y Derecho penal en Italia”, en ARROYO ZAPATERO, Luis; DELMAS-MARTY, Mireille; DANET, Jean y ACALE SÁNCHEZ, María (eds.), *Securativismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista*, Cuenca 2013, pp. 200 y ss. En España, por su parte, anotó la STS N° 1263/1990, del 6 de abril de 1990, en la que se sostuvo que los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de reincidencia “siempre que de esa manera no supere la gravedad de la culpabilidad por el hecho (...)”. El Tribunal sostiene que los jueces podrán no aplicar la agravante si es que existe desproporcionalidad entre la pena resultante y la culpabilidad por el hecho del autor. En Alemania, el TC, en la Sentencia del 16 de enero de 1979, consideró que la agravante de reincidencia no vulnera el principio de culpabilidad por el hecho, siempre que la agravación de la pena se haga depender de la mayor culpabilidad del reincidente. Esto quiere decir que el reincidente no implica ser más culpable, sino que este extremo se deberá de comprobar en cada caso concreto. Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Granada 1999, pp. 114-115.

21

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 661-2016
PIURA

SUMILLA:

En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor del resultado-. Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene a ser la pericia contable, en tanto esta sea concreta y específica.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia los recursos de casación interpuestos para desarrollo de doctrina jurisprudencial de Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silua Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (*todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP*); y Luis Alberto Granda Tume (*por los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP*). Así como los recursos de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (*ambos por la causal 4 del artículo 429 del CPP*), contra la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis –fojas 666-. Interviene como ponente el señor Juez Supremo PARIONA PASTRANA.

I. HECHOS IMPUTADOS:

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal –fojas uno del Tomo I- se atribuye a la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, a título de autor, y a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silua Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda

Tume a título de coautores, y al procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, a título de cómplice primario, **la comisión del delito de colusión agravada, alternativamente delito de colusión simple**, en relación al Convenio suscrito entre la Municipalidad Distrital de Castilla, el directorio de la EPS Grau S.A. y dirigentes del Sector Nor Oeste de Castilla para el financiamiento y ejecución de la obra denominada "Ampliación y Mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla". Asimismo, se atribuye a los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, a título de coautores, **la comisión del delito de omisión de actos funcionales**. Y, se imputa a Edwar Fernando Barboza Nieto, **la comisión del delito de falsificación de documento público y uso de documento público falso**, a título de autor.

SEGUNDO: Así, el **once de mayo de dos mil once**, la Municipalidad Distrital de Castilla expidió la Resolución de Alcaldía N° 443-2011-MDC, aprobando el expediente técnico de la citada obra; por ello, **el cinco de julio de dos mil once**, la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, expidió la Resolución de Alcaldía N° 628-2011-MDC, designando al Comité Ad Hoc integrado por: José Castro Pisfil -Gerente de Desarrollo Urbano-, Nilton Ramos Arévalo -Sub Gerente- y Jimi Silva Risco -Sub Gerente de Logística-. Asimismo, por Resolución de Alcaldía N° 658-2011, del **ocho de julio de dos mil once**, la procesada Ruesta de Herrera, en su calidad de Alcaldesa, aprobó las Bases del Proceso de Licitación para la Adjudicación de la citada obra, con una inversión ascendente a US\$ 31'000,000.00 dólares americanos.

El once y dieciocho de julio, y el dos de agosto de dos mil once, el ciudadano Carlos Manuel Valdivia Vizcarra, hizo llegar a la procesada Ruesta de Herrera (Alcaldesa) las cartas N° CVV/MDC N° 201011, N° CVV/MDC N° 23-2011 y N° CVV/MDC N° 24-2011, respectivamente, señalando que el citado proceso de licitación permitía la participación de consorcios con poca capacidad económica, exigiendo sin necesidad alguna la inclusión de un arqueólogo en nómina de quienes concursarían en la adjudicación de la obra. El **cinco de agosto de dos mil once**, el ingeniero Luis Ruiz Valencia, mediante oficio N° 39-2011-AMP, solicitó a la procesada (Alcaldesa) la nulidad de la licitación, alegando la vulneración de derechos de otros postores y por el cobro por derecho de registro (S/. 2,000.00); sin embargo, no se hizo nada al respecto. El **diez de agosto de dos mil once**, el Comité Ad Hoc procedió a integrar las Bases, consignadas en un acta en el SEACE, estableciendo los siguientes requisitos: 1) el precio requerido, 2) la acreditación de un profesional de arqueología y un técnico automotriz, y 3) el no adelanto de dinero para la compra de materiales e insumos.

TERCERO: El **diecisiete de agosto de dos mil once** se realizó la presentación de propuestas de las empresas que compraron las Bases y se presentaron al referido Proceso de Licitación, y el Comité Ad Hoc adjudicó la obra al consorcio H&B, conformado por las empresas Gold Perú S.A., Gerald Contratistas Generales, AR Constructora, y Moscol Contratistas. Posterior a la adjudicación de la buena pro, el ciudadano Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla la nulidad del referido Proceso de Licitación, argumentando que el consorcio H&B (empresa ganadora) presentó en su propuesta a un técnico automotriz (el procesado Billy Negrón Luna), cuya condición se sustentaba en título profesional falso; circunstancia que fue corroborada, toda vez que el Director del Instituto “Miguel Grau” de Piura, mediante Oficio N° 1065-SA-DG-IESTP “AMG”, comunicó a Luis Neptalí Olivares Antón -Gerente de Administración y Finanzas de la citada Municipalidad-, que el título profesional de Negrón Luna era falso porque aún se encontraba en trámite. Pese a ello, el **nueve de setiembre de dos mil once**, se suscribió el contrato entre la Municipalidad Distrital de Castilla, representada por Javier Enrique Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y el consorcio H&B, representado por Edward Fernando Barboza Nieto, presentándose una carta fianza por la suma de S/. 2’893,888.00 soles, emitida por COOPEX.

CUARTO: El **trece de octubre de dos mil once**, mediante Acuerdo de Consejo N° 042-2011-CDC, la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, encarga a la Gerencia de Asesoría Jurídica, representada por el procesado Girón Gómez, que se pronuncie sobre la validez o nulidad del contrato suscrito con el consorcio H&B, solicitando acciones de control para solucionar dicha situación. El **diecisiete de noviembre de dos mil once**, el consorcio H&B, a través de la Carta N° 039-2011-GA, solicita a la referida Municipalidad un adelanto de más de S/. 5’000,000.00 soles para la compra de materiales, adjuntando dos cartas fianzas emitidas por el Banco Continental, advirtiéndose que una vencía el veinticuatro de febrero de dos mil doce y la otra vencía el seis de diciembre de dos mil once; sin embargo, no se consignaban el nombre de todas las empresas que conformaban el consorcio H&B. Ante dicha circunstancia se emitieron los siguientes informes: **1)** Informe N° 04-2011-CCNME/MDC, suscrito por el ingeniero José Ulloque Rodríguez, representante de la empresa supervisora de la obra, señalando que según las Bases del contrato no cabía adelanto de dinero para la compra de materiales; **2)** Informe N° 939-2011-MDC-GDUR, suscrito por José Castro Pisfil, quien refiere que el citado adelanto de dinero debería ser denegado, pero no lo rechaza en forma categórica; **3)** Informe N° 1139-2011-MDC-GAJ, suscrito por Pablo Girón Gómez, indicando que debía entregarse dicho adelanto de dinero, a fin de evitar el “costo social”; **4)** Informe N° 18-2011-MDC-GT, emitido por el procesado Granda Tume, en su condición de Coordinador de la Obra, afirmando que el adelanto de dinero debía ser entregado. El dieciséis de diciembre de dos mil once, Salas Zamalloa -Gerente Municipal- y Barboza Nieto -representante del citado consorcio-, suscribieron la Adenda al mencionado contrato de ejecución de la obra, a fin de

otorgar el adelanto del 20% del total de la obra al consorcio H&B. Posteriormente, se emitió la Factura N° 0001-0006, a nombre de la Municipalidad Distrital de Castilla, por la suma de S/. 5'787,776.00 soles, expidiéndose el Comprobante de Pago N° 9674-2, a fin de proceder al pago mediante la Oficina de Tesorería.

II. ITINERARIO DEL PROCESO DE 1° INSTANCIA

QUINTO: Luego de producido los debates orales, el Primer Juggado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Piura, mediante sentencia del primero de febrero de dos mil quince -fojas trescientos noventa y ocho-, falló: **1)** absolviendo a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salaz Zamalloa, Jimi Silua Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume, por delito contra la administración pública, en su modalidad agravada, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; **2)** absolviendo a los acusados Javier Enrique Salas Zamalloa, José Castro Pisfil, Jimi Silua Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, por delito contra la administración pública, en la modalidad de omisión de actos funcionales, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; **3)** absolviendo a los acusados Billi Negrón Luna, por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento público falso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; y, **4)** condenando a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silua Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume, como autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple -primer párrafo del artículo 384 del Código Penal-, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; **5)** condenando al acusado Edwar Barboza Nieto, a título de cómplice primario, por delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla.

III. ITINERARIO DEL PROCESO DE 2° INSTANCIA

SEXTO: Al impugnarse la sentencia de primera instancia, en sus extremos condenatorios, se elevaron los actuados a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Piura, que mediante sentencia del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas seiscientos sesenta y seis-, resolvió por unanimidad: **1)** reuocar la sentencia de primera instancia, en el extremos que condenó a Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silua Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume como autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple; y,

reformándola condenaron a Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, y Tulio Ulixes Vignolo Farfán, como **autores del delito contra la administración pública en su modalidad de colusión agravada**; y condenaron a Luis Alberto Grande Tume y Luis Neptalí Olivares Antón, como cómplices secundarios del citado delito; **2)** declararon inadmisibles la apelación interpuesta por el procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, en aplicación del inciso tercero del artículo 423° del Código Procesal Penal.

IV. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

SÉTIMO: Emitida la sentencia de vista, los procesados Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón -fojas ochocientos diecisiete-, José Castro Pisfil -fojas ochocientos veintisiete-, Pablo Javier Girón Gómez -fojas ochocientos cuarenta y dos-, Aura Violeta Ruesta de Herrera -fojas ochocientos ochenta-, Javier Enrique Salas Zamalloa -fojas ochocientos noventa y nueve-, Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo -fojas novecientos dieciocho-, Edwar Fernando Barboza Nieto -fojas novecientos treinta y seis-, y Luis Alberto Granda Tume -fojas novecientos cuarenta y cinco-, interpusieron sus recursos de casación, los cuales fueron elevados a este Supremo Tribunal.

OCTAVO: Por resolución del veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis -fojas ciento sesenta y cuatro del cuaderno de casación- esta Suprema Sala Penal declaró: **1) BIEN CONCEDIDO** para desarrollo de doctrina jurisprudencial los recursos de casación interpuesto por Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (*todos por el inciso 3 del artículo 429 del CPP*); y Luis Alberto Granda Tume (*por los incisos 1 y 3 del artículo 429 del CPP*); **2) BIEN CONCEDIDO** el recurso de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (*ambos por la causal 4 del artículo 429 del CPP*); **3) INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto.

8.1. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público -con las partes que asistan-, conforme a los artículos 431°, inciso primero, y artículo 425°, inciso cuarto, del Código Procesal Penal.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A. Normatividad aplicable al presente caso

NOVENO: Previo a desarrollar los elementos objetivos del delito de colusión, es necesario establecer qué norma penal corresponde aplicar, pues debe advertirse que los hechos que

se imputan a los recurrentes se suscitaron en el año dos mil once. Así, desde la entrada en vigencia con el Código Penal de 1991, el artículo 384° que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. **La primera modificación se efectuó en 1996**, mediante **Ley N° 26713**, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que establecía: ***“Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.***

9.1. Asimismo, el diez de junio de dos mil once, se aprobó la **Ley N° 29703**, que modificó la ley anterior agregando el término **“patrimonialmente”**; así, precisó la norma: ***“Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”.*** Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente N° 00017-2011-PI-TC del tres de mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”, siendo posteriormente modificada.

9.2. Por ello, el veintiuno de julio de dos mil once se publicó la **Ley N° 29758**, que regula el delito de colusión en dos modalidades: “Colusión simple – primer párrafo” y “Colusión agravada – segundo párrafo”:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

9.3. Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión, que serán desarrollados en acápites posteriores. Debiendo precisarse que posterior a esta modificatoria, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013, y el D. Leg. N° 1243 del 22 de octubre de 2016.

DÉCIMO: Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el apartado **"I"** de la presente ejecutoria, se inició el **8 de julio de 2011** con la emisión de la resolución de Alcaldía N° 658-2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N° 26713.

DÉCIMO PRIMERO: En esa línea, el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 26713, no distingue **–como es en la actualidad–** entre colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, **"defraudar al Estado"** no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio. [Vid. Al respecto el fundamento N° 3.4 del R.N. 2617-2012 del 22 de enero 2014; fundamento jurídico N° 3.1.2 del R.N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014]. En ese sentido, independientemente del perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial de la pena.

DÉCIMO SEGUNDO: Conforme a lo señalado, se puede advertir que con la norma vigente al tiempo de la comisión del acto delictivo **-Ley N° 26713- el delito de colusión sancionaba con una pena de 3 a 15 años**, independientemente del perjuicio patrimonial que pueda existir. Sin embargo, al haberse emitido posteriormente la **Ley N° 29758** que regula una nueva estructura típica del delito de colusión **-simple y agravada-** la cual prevé que en el supuesto que no exista un perjuicio patrimonial se configura el acto como una colusión simple, cuya pena privativa de libertad puede ser de 3 a 6 años. Estando a ello, se tiene que **la Ley N° 29758 es**

una norma más favorable -por tanto es de aplicación al caso el principio de retroactividad benigna¹, en virtud al inciso 11 del artículo 139 de la Constitución y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos-, pues en caso exista un acuerdo colusorio pero no un perjuicio patrimonial la sanción a imponer tendrá un **límite máximo de 6 años de pena privativa de libertad.**

B. Estructura típica del delito de colusión

DÉCIMO TERCERO: El delito de colusión, previsto en la Ley N° 29758 -que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual-, regula dos supuestos: **1) Colusión simple y 2) Colusión agravada**; el primero establece que: ***“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)”; mientras que el segundo señala: “El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, (...)”***

DÉCIMO CUARTO: Debe precisarse que en ambos supuestos **el núcleo del comportamiento típico** es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio -colusión- es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: ***“(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...)***”.

DÉCIMO QUINTO: Asimismo, la diferencia que existe entre colusión simple y agravada, estriba en que: ***“si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada”***. Así, **la colusión simple se consume con la sola concertación**, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar.

Mientras que para configurarse **la colusión agravada es necesario que mediante**

1 El principio de **retroactividad benigna** significa que un hecho se retrotrae a los efectos de la ley vigente durante la determinación de la sentencia que es más favorable que la ley que estaba vigente al momento de la comisión del hecho. Cfr. Villavicencio Terreros, **Derecho Penal Parte General**, Grijley, Lima, 2013, p. 175.

2 Vid. Salinas Siccha, Ramiro, **Delitos cometidos por funcionarios públicos**, Lima, Grijley, 2011, p. 251

concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

DÉCIMO SEXTO: Además, es de precisar que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: **a)** la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y **b)** el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta –“para defraudar”-. **Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto.** En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta³.

DÉCIMO SÉPTIMO: Así, también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado –desvalor de resultado-. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltado en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en **la Casación N° 1105-2011/SPP –fundamento jurídico N° 7- que señala: “La necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.**

C. La complicidad en el delito de colusión

DÉCIMO OCTAVO: Para determinar jurídicamente cómo se manifiesta la complicidad en el delito de colusión es necesario primero recordar que esta Suprema Corte ya se ha pronunciado en la sentencia de casación N° 367-2011/Lambayeque, respecto a los grados de intervención delictiva en la complicidad, señalando que: **“3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. 3.11. De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. (...). 3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego,**

3 Vid. Recurso de Nulidad N° 341-2015 de fecha 04 de noviembre de 2015.

habrá de analizarse si la conducta –objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente.”

DÉCIMO NOVENO: Conforme a lo citado –énfasis en lo resaltado-, las acciones que pueda realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice –primario o secundario- son acciones anteriores o simultáneas a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor⁴. En ese sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente.

VIGÉSIMO: Como ya ha señalado esta Corte Suprema –véase fundamento jurídico 28 de la Casación N° 841-2015- **la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica.** Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (intraneus); y, de otro lado, la participación del interesado (extraneus: sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria.

VIGÉSIMO PRIMERO: En ese sentido, el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384 del Código Penal, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

D. De la reparación Civil

VIGÉSIMO SEGUNDO: EL derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal, el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de la causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil –véase Acuerdo Plenario N° 06-2006/CJ-116, fundamento jurídico sexto-; más aún si “nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...) [por lo que, esta] acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el mejor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho” –véase Acuerdo Plenario N° 05-2011/CJ-116, fundamento jurídico

4 Cfr. García Cauero, Percy, Derecho Penal Parte General, 2 ed., Lima, 2012, p. 712

décimo; por tanto, una sentencia penal deberá pronunciarse sobre la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones penales.

VI. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

A. Recurso de casación de Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón

VIGÉSIMO TERCERO: El imputado **Tulio Ulixes Vignolo Farfán** fue condenado como autor del delito de colusión agravada, pues conforme se advierte de la resolución recurrida –véase a fojas 709-, el imputado en su calidad de **Sub Gerente de tesorería** tenía la labor de control de las cartas fianzas; sin embargo, no controló que la carta fianza emitida por COOPEX, otorgada por el consorcio H&B no estaba autorizada ni avalada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, tampoco cauteló la vigencia de las cartas fianza del Banco Continental que no consignaban los nombres de los integrantes del consorcio H&B, conformado por varias empresas, y en caso de un reclamo o demanda de la entidad no se hubieran podido ejecutar con eficacia.

VIGÉSIMO CUARTO: De lo señalado se puede advertir claramente que los hechos que se imputan a Vignolo Farfán no encajan en la configuración típica del delito de colusión –simple o agravada-. Debe recordarse que este tipo penal solo puede ser ejecutado por el funcionario público que en razón de su cargo o de su comisión especial, interviene en la operación defraudatoria (véase R.N. N° 2617-2012, fj. 3.4). Siendo esto así, no se advierte cómo pueden las acciones imputables a Vignolo Farfán configurar el delito imputado, pues el cargo que ostentaba dentro de la municipalidad no le permitió intervenir en la contratación pública; más aún si se debe apuntar que las acciones imputadas al recurrente son posteriores a la emisión de las Bases o a la firma del contrato o su Adenda –acciones que conforme a la acusación serían manifestaciones de un acuerdo colusorio-; no existiendo vinculación típica. **Por lo que, corresponde su absolución por delito de colusión.**

VIGÉSIMO QUINTO: Respecto al procesado **Luis Neptalí Olivares Antón**, conforme a la resolución recurrida -fojas 710 fj. 49-, se le imputa ser cómplice secundario del delito de colusión agravada, pues en su calidad de **Gerente de Administración y Finanzas** habría tenido injerencia en la función de clasificar y revisar la documentación contable, e intervino en la cancelación de la suma otorgada como adelanto para materiales a la empresa H&B, a pesar de tener conocimientos de que éste había sido un requisito no establecido en el contrato de ejecución de obra.

VIGÉSIMO SEXTO: Se debe advertir que el citado imputado, pese a ser funcionario de la Municipalidad Distrital de Castilla, no participó en razón de su cargo en un acto colusorio. Si bien se afirma en la sentencia recurrida que el recurrente participó en la cancelación del adelanto solicitado por la empresa H&B; no obstante, ello era propio de su función como Gerente de Administración y Finanzas, debiendo advertirse que al tiempo del accionar que se imputa al presente recurrente ya existía una adenda en el contrato que permitía el adelanto para la compra de materiales. Por tanto, los hechos imputados al recurrente, no se encuentran subsumidos en el tipo penal de colusión, correspondiendo su absolución.

B. Recurso de casación de Pablo Javier Girón Gómez

VIGÉSIMO SÉTIMO: Conforme a la resolución cuestionada el recurrente **Girón Gómez** habría incurrido en el delito de colusión agravada, a título de autor, en la medida que fue el **Gerente de Asesoría Legal** del municipio, y su intervención fue fundamental para la concesión de la Adenda al contrato de ejecución, pues emitió el informe N° 1139/2011-MDC-GAJ del 15 de diciembre de 2011 que fue el sustento para la suscripción de la Adenda que permitía el adelanto a la empresa H&B.

VIGÉSIMO OCTAVO: El accionar que se imputa al recurrente no se subsume en el tipo penal de colusión, pues el imputado ostentaba un cargo mediante el cual no se podía intervenir en una contratación pública. Asimismo, como se desprende de la acusación fiscal, su accionar fue posterior a la emisión de Bases, incluso posterior a la celebración del contrato. Por último, se debe considerar que conforme al fundamento jurídico N° 15 de la sentencia recurrida -fojas 683- se señaló que el 14 de diciembre de 2011 Javier Enrique Salas Zamalloa, Gerente Municipal, formuló el memorándum N° 713-20121-MDC.GM dirigiéndose al Gerente de Administración y Finanzas indicándole que previa presentación de garantías se proceda a atender el adelanto de materiales solicitado.

VIGÉSIMO NOVENO: Es decir, el informe emitido por Girón Gómez independientemente de sus recomendaciones o conclusiones -favorables a que se suscriba la Adenda y se permita el adelanto solicitado-, no influenciaron en la decisión de brindar el adelanto cuestionado, pues se advierte que el informe se emitió un día después de que mediante memorándum se ordenara proceder con el trámite para brindar el adelanto de dinero solicitado. Por tanto, corresponde absolver al imputado de los cargos atribuidos.

C. Recurso de casación de Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo

TRIGÉSIMO: Ambos recurrentes fueron condenados como autores del delito de colusión agravada, pues **fueron integrantes del Comité Especial que llevó a cabo el concurso público**, quienes redactaron las Bases del concurso estableciendo requerimientos técnicos específicos sin haber realizado previamente un estudio de mercado para determinar la

exigencia de tales requisitos, asimismo establecieron en dichas bases que no se efectuaría adelantos para desincentivar la participación; logrando que solo se presente el consorcio H&B. Por tanto, los imputados habrían generado barreras artificiales para direccionar las bases a un determinado postor. Estas barreras artificiales son la exigencia de profesionales con particulares especialidades -arqueólogo, ingeniero ambiental-, el costo de las bases (S/. 2 000.00 soles) y el requisito de que no se darían adelantos.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Al respecto, se debe afirmar que los imputados independientemente de los cargos que ocupaban en la municipalidad, en los hechos concretos que se les imputa se desempeñaron como miembros de un Comité Especial que tenía como función la elaboración de las Bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección, hasta que la buena Pro quede consentida o administrativamente firme, o se cancele el proceso de selección -véase a más detalle el artículo 24 del Reglamento de la Ley de contrataciones-; asimismo, la normativa precisa que el Comité Especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección realizado se encuentre conforme a ley, y responden administrativa y/o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable -artículo 25 del citado reglamento-.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: En ese sentido, en el caso concreto se advierte que las bases elaboradas por el Comité Especial fueron cuestionadas razonablemente: **i)** primero, por las especificaciones que se requerían en ciertos profesionales, las cuales en función de la obra a realizar resultaban innecesarios -véase al respecto la declaración de Valdivia Vizcarra, Consejero Municipal, citado en la sentencia a fojas 409-, generando con ello un indicio razonable de direccionamiento. **ii)** En segundo lugar, se cuestiona haber consignado en las Bases la prohibición de adelantos, buscando con ello disuadir la participación de demás postores; y, en efecto, si bien más de un postor adquirió las bases de la licitación pública, no obstante, solo un postor se presentó -el consorcio H&B-, generándose así un indicio más de que se había direccionado las Bases a un determinado postor; por último, se debe señalar que posterior a la firma del contrato, el procesado Castro Pisfil -quien fue miembro del Comité Especial- emite el Informe N° 0939-2011-MDC-GDUR el 12 de diciembre 2011, refiriendo que por cuestiones de emergencia social debía admitirse el otorgamiento de un adelanto -véase a fojas 450 citado en la resolución recurrida-, y, si bien el citado hecho es posterior a la existencia y vigencia de funciones del Comité Especial, sin embargo, refuerza la imputación respecto a que éste direccionó las bases a una empresa determinada.

TRIGÉSIMO TERCERO: A lo largo de primera y segunda instancia se ha probado y motivado razonablemente que el delito de colusión se manifiesta en la emisión de bases y requisitos cuestionables -en el marco de la obra a realizar-, a fin de beneficiar a un determinado postor.

Lo señalado, solo es manifestación de la configuración del delito de colusión, en su modalidad simple, ya que no se ha probado objetivamente un daño de carácter patrimonial al Estado.

TRIGÉSIMO CUARTO: Se puede advertir de los fundamentos jurídicos N° 40 y 41 de la resolución recurrida -fojas 704- que la Sala entendió como perjuicio típico del delito de colusión agravada el desembolso de dinero efectuado por la Municipalidad Distrital de Castilla, en virtud de la adenda realizada. Al respecto, debe precisarse que en virtud de la citada Adenda lo que se efectuó fue un adelanto -véase artículo 38 del Reglamento de la Ley de Contrataciones- lo cual correspondía ser descontado del pago final que se efectuaría a la empresa. Por tanto, no existe prueba objetiva que determine que el adelanto brindado no haya sido descontado del pago final.

TRIGÉSIMO QUINTO: Por último, el perjuicio generado, típico del delito de colusión agravada, no puede ser identificado con el riesgo que se crea al infringir un deber funcional. La norma exige que el perjuicio que se genera al Estado sea de carácter patrimonial, y como tal debe encontrarse probado fehacientemente mediante pruebas de carácter objetivo -ejemplo: pericia contable, véase fundamento jurídico 17 de la presente ejecutoria-. En el caso concreto no se ha demostrado el citado perjuicio patrimonial; por lo que, no se puede hablar de un delito de colusión agravada, sino de un delito de colusión simple.

D. Recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume

TRIGÉSIMO SEXTO: Conforme a la resolución recurrida -véase fojas 710- se imputa al recurrente Granda Tume la comisión del delito de colusión agravada, a título de cómplice, pues éste se desempeñaba como “**Coordinador de obra” y fue contratado mediante contrato de consultoría** para que coordine acciones con las diferentes entidades estatales, así como para hacer seguimiento a los informes que requería el Ministerio de Vivienda y además para que realice coordinaciones con el supervisor de obra, siendo el autor del informe N° 18-2011-MDC-GT-CO del 15 de diciembre de 2011, donde opina que corresponde efectuar el pago por concepto de adelanto para compra de materiales, solicitado por el consorcio H&B, colaborando así dolosamente con el delito.

TRIGÉSIMO SÉTIMO: A efectos de analizar la situación jurídica del presente recurrente es necesario remitirnos a los fundamentos jurídicos *décimo noveno y vigésimo* de la presente ejecutoria donde se precisa que solo podrá ser cómplice del delito de colusión aquel que esté especificado en el mismo tipo penal; en ese sentido, conforme a la redacción del delito de colusión -artículo 384 del Código Penal- solo podrá ser cómplice el particular que concierta con el funcionario público para defraudar o defraudare al Estado. Así, en el presente caso la conducta imputada al procesado Granda Tume -véase considerando anterior- no es la de concertar ilícitamente con el funcionario público, lo que en primer término generaría que su conducta sea atípica.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Asimismo, debe precisarse que el accionar que se imputa al recurrente es la elaboración de un informe que justificaría la necesidad de brindar un adelanto -que estaba prohibido en las bases-; sin embargo, el citado informe N° 18-2011-MDC-GT-CO fue emitido el 15 de diciembre de 2011; es decir, fue expedido posterior a la concretización del pacto colusorio -que como se señaló se efectivizó con la emisión de bases-; asimismo, el citado informe fue posterior al memorándum N° 713-2011-MDC-GM del 14 de diciembre de 2011 -un día antes del citado informe- donde se permite brindar el adelanto del dinero solicitado. Es decir, las acciones imputadas al recurrente no solo son posteriores a la materialización del delito, sino que no tuvieron mayor implicancia a efectos de brindar o no el adelanto cuestionado. Por tanto, al estar frente a un extraneus, que no tiene la facultad de materializar los actos típicos del delito de colusión, corresponde por tanto su absolución.

VII. EFECTOS EXTENSIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

TRIGÉSIMO NOVENO: En el presente caso se ha dilucidado que los hechos que se imputan, solo a determinados procesados, configuran el delito de colusión, en su modalidad simple, en tanto no se ha acreditado un perjuicio de carácter patrimonial. En ese sentido, dicha interpretación a nivel de la Corte Suprema conforme a lo señalado en la Casación vinculante 421-2015, que en su fundamento jurídico N° 33, que dice:

“Conforme lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer extensiva la resolución casatoria a aquellos coimputados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408 inciso 1 del CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin dkelógico de que busca cumplir el recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria -positiva- a aquellos coimputados que no se recurrieron en casación; y, que inclusive no hicieron uso de la garantía de la pluralidad de instancias, apelando su sentencia”.

39.1. Ello debe ser extendida en virtud del artículo 408, inciso 2, del CPP a los demás procesados del caso concreto que no hayan accedido a la presente instancia extraordinaria; nos referimos en el caso concreto a los procesados José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto, quienes fueron condenados a nivel de segunda instancia como autor y cómplice primario -respectivamente- del delito de colusión agravada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon por unanimidad:

I. FUNDADO el recurso de casación interpuesto por los recurrentes: Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Jimi Silva Risco y Nilton Ramos Arévalo y Luis Alberto Granda Tume (**todos por el inciso 3 de artículo 429 del CPP**).

II. INFUNDADO el recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume (**solo por el inciso 1 del artículo 429 del CPP**).

III. CASARON la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis -fojas 666- **SIN REENVÍO** actuando en sede de instancia **reuocaron** la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume; y, **Reformándola ABSOLVIERON** a los citados imputados por el citado delito.

IV. ORDENARON respecto a los citados procesados se elimine sus antecedentes penales, y **ORDENA la inmediata libertad** de Tulio Ulixes Vignolo Farfán que se ejecutará siempre y cuando no existe mandato de detención o prisión preventiva emanada de autoridad judicial competente. Asimismo, se **ORDENA el levantamiento de orden de captura** que pesa sobre los imputados.

V. Asimismo, **SIN REENVÍO** y actuando en sede de instancia **confirmaron** la sentencia de primera instancia, en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, les impuso 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

VI. CASARON de oficio la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis que condenó a José Castro Pisfil y la sentencia integrada del catorce de junio de dos mil dieciséis que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto por efecto de recurso extensivo en aplicación del artículo 408 inciso 1 del Código Procesal Penal.

VII. SIN REENVÍO y en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que condenó a José Castro Pisfil como autor del delito de colusión simple a 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años. **CONFIRMARON** la propia sentencia que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto como cómplice primario del delito de colusión simple a 4 años; y, por delito contra la fe pública,

en su modalidad de uso de documentos falso, a 2 años de pena privativa de libertad; computándose en total 6 años de pena privativa de libertad efectiva.

VIII. Respecto de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa se ha producido discordia conforme a los votos que se adjuntan; debiendo llamar al Magistrado habilitado dirimente.

IX. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante, los fundamentos jurídicos **DÉCIMO QUINTO** a **DÉCIMO SÉPTIMO**, de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia al delito de colusión -simple y agravado-.

X. MANDARON su publicación en el diario oficial “El Peruano” y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron.

XI. ORDENARON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

ESTADO ACTUAL DEL DELITO DE COLUSIÓN CASACIÓN N° 661-2016-PIURA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: RAÚL MARTÍNEZ HUAMÁN¹

1.- SUMILLA:

La Casación materia de análisis realiza un desarrollo sobre los elementos principales del delito de colusión, desde el bien jurídico penalmente protegido, diferencia entre colusión simple y agravada, la participación del tercero interesado y la complicidad. Además, desarrolla la importancia de la Pericia contable como requisito para determinar la Colusión agravada. Así, el presente trabajo trata de aportar un análisis crítico sobre los elementos del delito de colusión indicados en la Casación, a fin de salvaguardar los posibles vacíos de impunidad que podrían surgir.

2. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

2.1. Introducción

La corrupción pública, como fenómeno social², afecta gravemente las instituciones de un Estado Constitucional de Derecho. La afectación no sólo se limita al normal desarrollo de las actividades de las instituciones, sino también a la percepción que la ciudadanía³ y los actores

1 Mg. Raúl Ernesto Martínez Huamán. Máster en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Málaga (España). Profesor de Derecho penal en la Universidad de San Martín de Porres y en la Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann (Tacna). Ha sido profesor en la AMAG, UIGV y la Maestría en Ciencias Penales de la UNPRG (Chiclayo). Becado por el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemania) para una estancia de investigación. Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios de Lima.

2 Conforme las estadísticas del Latinobarómetro, uno de los problemas más importantes para el peruano es la Corrupción con un 10%; muy por encima de la tasa promedio de Latinoamérica que es de 4%. En Informe de Prensa 1995-2010 Perú. Para el año 2016, se aprecia en el Latinobarómetro que el segundo problema del peruano es la corrupción, después de la delincuencia.

3 En una encuesta realiza por IPSOS Perú (Encuesta pública en el diario El Comercio, el lunes 17 de febrero de 2014, http://www.ipsos-apoyo.com.pe/Encuesta_corrupcion_febrero_2014), en febrero de 2014, cuando se le pregunta a los encuestados cuál es el principal problema que enfrentan las instituciones públicas y que impiden lograr el desarrollo del país, el 58% respondieron que la corrupción de funcionarios y autoridades, en tanto que el 22% señalaron que la falta de eficiencia de los funcionarios y autoridades. Asimismo, a la pregunta de cuál será la situación de la corrupción en el Perú dentro de cinco años, el 50% de los encuestados considera que continuará igual, y un 33% que aumentará.

del mercado tienen sobre ellas, pues la corrupción genera una grave desconfianza en las instituciones públicas⁴, tan importante para un Estado. Al respecto, señala Mario CACIAGLI⁵ que: **“La tolerancia con la corrupción genera o aumenta la desconfianza hacia el Estado de Derecho, impide la maduración de una conciencia participativa y destruye cualquier percepción de los intereses colectivos”**.

No debemos olvidar que la corrupción afecta de manera severa el desarrollo del país, que es un factor adverso para el adecuado y satisfactorio avance de una sociedad, no importando el país donde se desarrolle, daña a todos por igual; siendo a nuestra consideración los efectos más dañinos la erosión de los valores básicos de la sociedad, las expectativas de los ciudadanos, la estabilidad de las instituciones estatales y el desarrollo económico⁶.

Así, el contexto social en que actualmente vivimos y las, cada vez mayores, demandas al Estado de satisfacer las necesidades básicas y primordiales de sus ciudadanos (construcción de carreteras, inversión en la educación, salud, etc.) a través de la administración pública, hacen que la sociedad exija al mismo un control más eficiente y una respuesta más enérgica sobre los actos de corrupción que se desarrollan dentro de la administración; específicamente en el ámbito de los procesos de contrataciones públicas al ser uno de los espacios más sensibles y donde mayor incidencia de corrupción existe⁷.

Ello se debe a que la contratación pública es uno de los ámbitos donde mayor presupuesto público se introduce, lo que hace que los agentes corruptos focalicen sus actuaciones en la misma. En ese sentido, se aprecia que la sociedad reclame al sistema penal -incluyendo en el mismo sus mecanismos de prevención y represión- una actuación más eficaz sobre los posibles actos desleales de los funcionarios o servidores públicos en sus funciones vinculadas a contrataciones de bienes o servicios -sean para o dados por el Estado- con terceros.

4 Así se señala que uno de los principales problemas que genera la corrupción es la creciente desconfianza en las instituciones del Estado, SALAS, Luis. “La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en la América Latina”. En: **La reforma de la justicia penal (Estudio en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)**. Castello de la Plana: Universitat Jaume I, 1997. p. 203.

5 Vid. CACIAGLI, Mario. “Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos”. En: **Cuadernos y debates**. N° 60. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 84 y 91.

6 En el mismo sentido, PRIETO DEL PINO, Ana María. “Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol”. En: **Cuadernos penales José María Lidón. Corrupción y Urbanismo**. Núm. 5. Bilbao, Universidad de Deusto, 2008, p. 409.

7 Sobre la incidencia de la corrupción en las contrataciones públicas en el Perú, véase a MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “Corrupción en el Perú: ¿Es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción?” En: **Estudios de Política criminal y Derecho penal. Actuales tendencias**. GASPAS CHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Lima, Gaceta jurídica, 2015, p. 383.

Así, el funcionario o servidor público ocupa un papel primordial dentro de la estructura del Estado, al tener que realizar sus actividades acorde a las expectativas sociales que recaen sobre él. Sin embargo, y esto se está dando de manera cada vez más intensa, existen ocasiones en que los funcionarios, abusando de las facultades concedidas, se concertan con los interesados en las contrataciones y celebran acuerdos desventajosos y dañinos para el Estado, que son de tal magnitud que ponen en peligro la existencia misma de la institucionalidad y del rol del Estado.

En tal sentido, se afecta los principios por los cuales el Estado se rige en el marco de contrataciones de bienes o servicios como son la transparencia, la promoción del desarrollo humano, la eficiencia, entre otros. Es por ello que el legislador penal, consciente de la trascendencia de las contrataciones públicas en el Perú, ha tipificado como delito la conducta del funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, se concerta con los interesados en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, para defraudarlo. Precisamente, tenemos que la indicada conducta se encuentra regulada en la legislación peruana en el art. 384° CP (colusión). De lo mencionado en este apartado, podemos indicar que realizar un análisis del delito de colusión y sus distintas problemáticas, en nuestra realidad peruana, resulta de por sí justificada, lo cual queda respaldada con las distintas casaciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, de entre ellas la Casación N° 661-2016-Piura, donde se desarrollan una serie de elementos del delito de colusión, la cual será analizada en el presente trabajo.

2.2. Hechos materia de pronunciamiento

Los hechos sobre los que se circunscriben la Casación materia de análisis consistieron, básicamente, en lo siguiente: ***“Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se imputa a los recurrentes, conforme el apartado “I” de la presente ejecutoria, se inició el 8 de julio de 2011 con la emisión de la resolución de Alcaldía N° 658-2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N° 26713”***. Así, distintos funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla se concertaron con representantes de la empresa H&B a fin de favorecerlos en el Proceso de Licitación para la Adjudicación de la obra denominada “Ampliación y Mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla”.

2.3. Análisis sobre la contratación en el marco del delito de colusión

2.3.1. Bien jurídico protegido: Expectativa normativa o patrimonio

En el décimo primer considerando, la Corte Suprema sienta posición sobre el bien jurídico penalmente protegido, señalando que: ***“Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, “defraudar al Estado” no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un perjuicio potencial o peligro de perjuicio”***. Al respecto, podemos observar que a nivel metodológico la Corte Suprema asume la posición funcionalista normativista, posición que hemos asumido en otro artículo relacionado al bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión⁸, donde consideramos que el Derecho penal no protege directamente bienes jurídicos (objetos), sino expectativas de conductas institucionalizadas⁹, las cuales son básicas para el desarrollo personal en sociedad.

En ese sentido, para el caso del delito de colusión, no se protege propiamente el bien patrimonio estatal, debido a que dejaría sin sustento la represión de aquellas situaciones en las que el funcionario público encargado de la contratación pública se concierta con la mejor empresa concursante (técnica y económicamente) sin ocasionar un daño patrimonial al Estado; empero, del tipo penal se aprecia que la citada conducta sí tendría que ser sancionada, puesto que la defraudación se sustenta en la infracción del rol de funcionario en el marco de la contratación pública, lesionando la expectativa que la sociedad tiene sobre su actuación en las contrataciones públicas. Esta expectativa social cuenta con respaldo constitucional, si tenemos en cuenta que el artículo 76° de la Carta Magna establece la relevancia del procedimiento para obras y adquisiciones de suministros con utilización de fondos o recursos públicos a través de la contratación pública, lo cual debe ser adecuadamente protegido.

Por ende, lo que propiamente se protege es la expectativa de conducta de que los intervinientes (funcionario y particular) en el proceso administrativo de contratación pública no abusarán de las facultades que le son conferidas por su posición, para concertarse ilícitamente defraudando al Estado. De esta forma, el funcionario público tiene que procurar que dentro del cumplimiento de sus deberes en el ámbito de la contratación pública no se derive ningún

8 Extensamente MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl E. “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”. En: Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 79. Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 90.

9 Por todos JAKOBS, Günther. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. En: **Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal**. Lima: Palestra, 2002, p.90.

output que afecte al Estado (el adecuado y normal desarrollo de todas las fases del proceso de contratación pública), así como evitar que terceras personas pongan en peligro el regular desarrollo del ámbito de la contratación pública a su cargo, fomentando la relación jurídica con el espacio institucional puesto a su disposición¹⁰. En tanto que el particular, tiene el deber de participar del proceso administrativo de contratación pública sin infringir los deberes que adquiere con la calidad de concursante, específicamente de no formar pactos ilícitos con los funcionarios para defraudar al Estado en las contrataciones públicas.

Así, los deberes que pesan sobre los intervinientes del delito de colusión son de dos formas: para el particular los deberes generales (deberes negativos) y para el funcionario los deberes especiales (deberes positivos). El primero (tercero interesado) tiene toda la libertad de administrar su ámbito de libertad de la mejor forma, pero procurando no dañar las esferas de libertad de otras personas: **“la libertad de uno termina donde comienza la del otro”**. En cuanto al funcionario o servidor público, no sólo tiene el deber de no dañar otro ámbito de libertad (al Estado), sino además, en base al vínculo que nace con el bien, fomentar el desarrollo del mismo, protegerlo de ataques de terceros.

Por ello, el Derecho penal no protege el patrimonio del Estado en el delito de colusión, **sino la expectativa normativa de conducta de que los intervinientes (funcionario público y particular interesado) en los procesos de contratación pública no abusarán de sus facultades o incumplirán los deberes que emanan de su participación, a través de la concertación ilícita, para defraudar al Estado**. Con el delito de colusión se defrauda la señalada expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a la norma infringida¹¹. Ello consideramos se debe a que el funcionario tiene como facultad decidir -en alguna medida- sobre el desarrollo de la contratación pública en cualquiera de sus distintas fases, que hoy resulta de gran importancia para nuestra sociedad, a la cual también pertenece el funcionario. En el artículo que desarrollé sobre la incidencia de los delitos de corrupción en el marco de las contrataciones públicas, se apreció el papel dañino del mismo para la consolidación de las instituciones en el Perú y la necesidad de su protección a través de la vigencia de las expectativas que se tiene sobre la actuación de los funcionarios y terceros en el proceso de contratación pública¹². Es a partir de la realidad peruana que se establece que la expectativa sobre la actuación de funcionario público no se

10 La posición especial que ocupa el funcionario lo obliga (deberes) a no dañar al objeto (contrato público) sometido a su esfera de protección, así como a fomentar o favorecer **“la relación jurídica que une al funcionario con el segmento de la función pública confiado a su esfera personal”**. CARO JOHN, José Antonio. “La autoría delictiva de funcionario público”. En: **Ius Puniendi. Sistema integral**. Año I. Vol. 2. Lima: Ideas solución editorial, 2015, p. 30.

11 Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”. En: **El delito de colusión**. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. Lima: Grijley, 2008, p. 22.

12 MARTÍNEZ HUAMÁN, R. E. Ob. cit. p. 383.

circunscribe solo a su relación con el funcionamiento de la administración pública como ente autónomo (Funcionario-Administración), sino que es a la sociedad en su conjunto a la que se defrauda con la infracción de su deber (Funcionario-Sociedad) y por ello se exige que la expectativa afectada vuelva a su status anterior -siga vigente-.

Debo descartar aquellas posiciones que sustentan a través del segundo párrafo del artículo 384° del CP ("**defraudare patrimonialmente al Estado**"), que el bien jurídico protegido en el delito de colusión es el patrimonio. Sobre el particular, no resulta acertado partir de la agravante para establecer el sentido del injusto penal del tipo base del artículo mencionado, que para el delito de colusión se encuentra en el primer párrafo del artículo 384° del CP, pues la lógica de las agravantes, y por ende de su mayor reprochabilidad, se debe a la afectación de distintos ámbitos de protección de la norma, en el caso del delito de colusión agravada sería: 1) la expectativa social que pesa sobre el actuar del funcionario en las contrataciones públicas y 2) la expectativa de que no se afecte el patrimonio del Estado en el marco de las contrataciones públicas. En tal sentido, así como el legislador ha establecido el perjuicio patrimonial como forma agravada del delito de colusión, también pudo establecer como agravante que la contratación pública se circunscriba a fines asistenciales, programas de apoyo o inclusión social. En consecuencia, la agravante no puede determinar el sentido de protección de la norma penal de colusión.

Finalmente, si la protección penal en delito de colusión fuese el patrimonio estatal sin más, resultaría complicado responder la siguiente pregunta: ¿Responde penalmente el funcionario público que pacta con el particular interesado para beneficiarlo con la concesión de un contrato público; teniendo en cuenta que el particular (la empresa) posee la propuesta técnica y económica más adecuada para el Estado? Bajo la lógica de la posición del bien jurídico patrimonio estatal, sin lugar a dudas resultaría inadecuado sancionar al funcionario, lo cual consideramos totalmente erróneo, pues lo primordial es la expectativa de actuación del funcionario acorde con sus deberes en el ámbito de las contrataciones públicas, bajo esta última posición, desde luego que el funcionario tiene que ser castigado penalmente por su actuación no adecuada a derecho¹³, y es que socialmente, en la realidad peruana, se ha podido verificar que el ámbito de las contrataciones públicas es el más afectado a nivel de los actos de corrupción, por lo que la sociedad ya no exige que se sancione al funcionario cuando recién haya ocasionado un perjuicio patrimonial al Estado, sino que exige el adelanto de las barreras de punición, estableciendo que se configura el delito de colusión en el momento en que el funcionario público acuerda con el particular interesado beneficiarlo en el proceso de contratación pública, lo cual resulta legítimo en nuestra realidad.

13 Crítico de que se proteja el patrimonio estatal bajo cualquier delito vinculado con la administración pública, vid. a MEINI MÉNDEZ, Iván. "El marco normativo internacional anticorrupción". En: **La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción**. Lima: MINJUS, 2012, p. 329.

2.3.2. Diferencia entre colusión simple y agravada

En el quinto considerando de la casación materia de análisis se establece que la **“la colusión simple se consume con la sola concertación, sin necesidad que la Administración Pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar”**. Además, señala que la colusión simple exige para su concurrencia dos elementos típicos: **a)** la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y **b)** el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión, constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta -“para defraudar”-.

En tanto que para la configuración de la colusión agravada **“es necesario que mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal”**. Igualmente, señala que la colusión agravada es un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado -desvalor de resultado-.

Referente a lo señalado, se puede apreciar que para la configuración del delito de colusión simple sólo se requiere la concertación, pero no cualquier concertación, sino una con potencial para afectar el patrimonio. Sobre lo indicado, consideramos que un elemento trascendental para la configuración de la colusión simple es la **idoneidad** del acuerdo para generar un riesgo al proceso de la contratación pública¹⁴, lo que supone desviarse de la defensa de los intereses públicos encomendados¹⁵ y de los deberes que informan la actuación pública en el marco de las contrataciones. Tal idoneidad debe ser analizada desde una perspectiva **ex-ante**; por lo que resultaría jurídico-penalmente relevante llegar a un acuerdo a fin de que el funcionario ejecute una actividad que perjudique el correcto desarrollo de sus funciones en el marco de las contrataciones públicas, como por ejemplo actuar de forma menos ventajosa para los intereses del Estado en la contratación pública¹⁶.

14 Ya la Corte Suprema de Justicia del Perú, en lo penal, señaló en la Ejecutoria Suprema sobre el Recurso de Nulidad N° 1464-2004-Cusco, de 17 de febrero de 2005, que bastaba para la configuración del ilícito penal la concertación, y siempre que ésta sea idónea para afectar el patrimonio público. Igualmente tenemos lo establecido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el caso “Mobetek”, Exp. N° 20-2003-AV, al señalar: **“[...] es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos”**.

15 Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delito de colusión según la Ley N° 29758”. En: **Revista Gaceta penal y procesal penal**. T. 29. Lima: Gaceta jurídica, 2011, p. 131.

16 En un sentido similar ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. **Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano**. 2da. Ed. Lima: Palestra Ed, 2003, p.313. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit. p.40, al indicar: **“[...] el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado”**.

Así, la actividad funcional tiene que ser la más adecuada para su representada (Estado) en la contratación pública, no sólo en el sentido cuantitativo (económico), sino también en el sentido cualitativo (el mejor servicio). De acuerdo con lo dicho, cuando hacemos referencia al riesgo que la conducta tiene que englobar, aludimos a la capacidad para afectar la expectativa normativa protegida, cual es la expectativa sobre el adecuado comportamiento del funcionario en el ámbito de las contrataciones públicas, debido a que es el marco de las contrataciones lo que genera la relevancia de la intervención del Derecho penal, y en dicho marco se exige de los participantes (funcionario y particulares) que no defrauden la expectativa que pesa sobre ellos nacida de los deberes inherentes que genera la actuación en la contratación pública. Ingresar a dicho marco les produce una serie de deberes que tendrán que cumplirlas, siendo la primordial la de no coludirse ilícitamente. Por ejemplo, el funcionario y particular interesado que acuerdan direccionar el proceso de contratación pública a fin de otorgar la buena pro a la empresa que representa el particular, a pesar de no cumplir con las especificaciones técnicas, lo cual resulta idóneo para afectar el proceso administrativo de contratación.

Al respecto, debemos indicar que somos de la posición que la idoneidad del acuerdo no debe estar vinculada a la afectación del patrimonio del Estado, pues como hemos señalado lo protegido por la norma penal es la expectativa que se tiene por parte de la sociedad en cuanto a los deberes que posee el funcionario en la contratación pública, y no el patrimonio, por lo que la idoneidad tendrá que relacionarse con la afectación al adecuado desarrollo del proceso de contratación pública. De este modo, pesan sobre el funcionario público distintos deberes en el desarrollo de la contratación pública (transparencia, imparcialidad, económica, elegir la mejor propuesta técnica y económica, etc.), por lo que la concertación será idónea si afecta cualquiera de las normas que regulan el correcto desarrollo del proceso de contratación pública. Por ello, no consideramos acertado que la idoneidad de la concertación se centre solo en el aspecto patrimonial de la contratación, sino que la concertación debe estar vinculada a la afectación del apropiado desarrollo del proceso de contratación pública, lo cual -como hemos indicado- parte de la comprensión del bien jurídico penalmente protegido (expectativa normativa) señalada *ut supra*. Si no existe idoneidad en la concertación no será jurídico-penalmente relevante, sin menoscabo de que pueda serlo administrativamente.

En lo que respecta a la colusión agravada, conforme lo indica la Casación, no es suficiente la concertación, sino que se requiere de una defraudación patrimonial al Estado, el cual desde luego debe formar parte de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado producto de la concertación entre funcionario público y particular interesado. Sobre el particular, si la defraudación patrimonial no puede ser atribuida a los participantes producto de la concertación, no se podrá establecer la colusión agravada, sino la colusión simple. Por tanto se entiende por defraudación en la colusión agravada al perjuicio económico para el

Estado¹⁷. Cabe señalar sobre este punto, que propiamente el perjuicio patrimonial no forma parte el centro de comprensión del delito de colusión, sino que debido a su mayor lesiuidad, por su carácter pluriofensivo (el acuerdo ilícito y el patrimonio), genera un mayor grado de reprochabilidad sobre el autor, al no sólo afectar la expectativa de no concertarse en el marco de una contratación pública, sino que además afecta al patrimonio estatal, generando un mayor grado de dañosidad social, y por ende la aplicación de una pena mayor.

Además, debemos indicar que la defraudación patrimonial debe ser entendido no sólo como la disminución del patrimonio estatal, sino también como la posibilidad de aumento del patrimonio del Estado, pues en los casos que el Estado venda un bien o realice una prestación (p.e. una subasta) se busca el beneficio acorde con los parámetros que el mercado establezca¹⁸.

2.3.3. Colusión agravada: ¿Pericia contable como requisito indispensable?

Otro punto desarrollado por la casación es el referente a la pericia contable como medio probatorio para acreditar el perjuicio económico en el delito de colusión agravada, así señala: ***“una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N° 1105-2011-SPP -fundamento jurídico N° 7- que señala: “la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer el perjuicio patrimonial en el delito de colusión”.***

En tal sentido, la pericia contable servirá para supuestos en los cuales se puedan establecer una sobrevaloración del bien materia de contrato. Sobre el mencionado punto, si bien consideramos adecuado el uso de la pericia contable para determinar el quantum del daño patrimonial, debemos señalar que el mismo no siempre es indispensable, pues existe casos donde el daño puede ser apreciado a través de las máximas de la experiencia; así, p.e., si el contrato consiste en la entrega de determinados bienes, los cuales nunca fueron entregados al Estado, se colige que -efectivamente- hubo un perjuicio patrimonial para el Estado, configurándose así la agravante del delito de colusión. De este modo, si bien en determinados supuestos no se podrán establecer los montos específicos del perjuicio, ello no restringe que no se configure el delito de colusión agravada al tener la certeza de un efectivo

17 Ello conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo español N° 189/1995, citada por MARTÍNEZ MORA, Gema. ***Fraudes Ilegales***. En: ***Código Penal. Parte Especial***. T. II. V. II. AMADEO GADEA, Sergio (Coord.). Madrid: Factum Libri Ediciones S.L, 2011, p. 629.

18 Así lo ha entendido en el Perú SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit. p. 129, al señalar: “[...] ***pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras***”.

perjuicio patrimonial. Empero, no establecer el monto del perjuicio de forma específica tendrá implicancias sobre la determinación de la reparación civil a favor del Estado.

2.3.4. Complicidad en el delito de colusión

Sobre la complicidad en el delito de colusión y el ámbito en el cual se desarrolla su aporte, la Casación establece en el vigésimo considerando que el delito de colusión es un delito de participación necesaria, incluida en la misma redacción del tipo, y que por ende cabe la participación. En tanto que en el considerando vigésimo primero señala que cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

Sobre el particular, si bien consideramos acertado que el tercero interesado pueda responder penalmente como cómplice (primario) o instigador, debemos indicar que no se puede limitar la participación en el delito de colusión solo al tercero interesado, sino que también deberá considerarse como partícipe (complicidad o instigación) al sujeto que aporte con su conducta en la comisión del hecho delictivo. Debo indicar que el delito de colusión ha sido configurado como un delito especial propio, donde sólo aquellos sujetos que posean las cualidades objetivas requeridas por el tipo penal pueden cometer el hecho delictivo¹⁹. La edificación de esta forma del tipo penal tiene como fundamento la cercanía que mantienen los funcionarios con el objeto del delito, que para el presente estudio sería la proximidad al Estado mediante la participación en los contratos públicos. Por tanto, en principio, sólo el funcionario en razón de su cargo (intraeius) será autor del delito en estudio, lo cual ha sido entendido por la jurisprudencia peruana: **“Sujeto activo. Pueden ser autores de este delito, los funcionarios o servidores públicos que en razón de su cargo intervengan en las contrataciones o adquisiciones estatales”²⁰**.

No obstante, dada la connotación especial del delito de colusión como un **delito convergente** también, de **lege ferenda**, debería ser autor el particular interesado²¹, quien deberá

19 Vid. a MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. 13ra ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001, p.503, quien señala: **“Nos encontramos ante delitos especiales, lo que supone que sujeto activo de estos delitos sólo puede ser la persona que además de realizar la acción típica tenga las cualidades exigidas en el tipo”**. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Corrupción y delitos contra la Administración pública”. En: **Fraude y corrupción en la administración pública**. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos & AAVV. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2002, p. 187.

20 Vid. Recurso de Nulidad N° 2543-2013-Ancash, de fecha 12 de diciembre de 2014.

21 De esta posición, al señalar al funcionario y al particular interesado como codelincuentes. RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. “Fraudes y Exacciones ilegales”. En: **Código Penal. Comentado y con jurisprudencia**. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.). Madrid: La Ley, 2009, p. 1264. Con más detalles sobre nuestra posición vid. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl E. “El delito de colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito”. En: **Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal**. N° 96. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 113.

encontrarse inmerso en el proceso administrativo dirigido al contrato público. En caso no tenga dicha cualidad, no estaríamos propiamente en el delito de colusión, pues no existiría en la concertación la idoneidad necesaria para su configuración, ya que no se puede hablar de colusión cuando se concierta para que gane una empresa que no participa del proceso administrativo, dicha conducta estaría inmerso en el ámbito del derecho administrativo sancionador. No obstante, de acuerdo a la redacción actual del CP, el particular interesado responderá como cómplice primario, por la importancia de su conducta, concertar, para la configuración del hecho delictivo, es decir sin su aporte no se podría configurar el delito de colusión.

De otro lado, respecto a terceros que carecen de los elementos especiales del tipo (**extraneus**) a lo más serán partícipes (inductores, cómplice primario o secundario), por más que para el tercero sea un funcionario o tenga el dominio del hecho en la comisión del delito de colusión, puesto que no pesa sobre él el deber especial que emana de la posición social que ocupa el funcionario a cargo del proceso de contratación pública²². En tal sentido, a diferencia de lo establecido por la Casación, consideramos que sí existe la posibilidad de la participación en el delito de colusión.

Por lo tanto, sólo pueden ser autores del delito en estudio los funcionarios que posean tal status y que además tenga, por razón de su cargo, que participar en el proceso de contratación pública²³; contando con la potestad de disponer sobre el desarrollo del proceso de contratación. Se tratan de sujetos con cierta capacidad para la toma de decisiones o influir en el proceso de contratación pública (informes técnicos, por ejemplo) dentro del seno de la administración pública; y que, por tanto, al realizar los comportamientos descritos incumplen deberes que tienen asignados como consecuencia de su status en la administración pública. Por ello, por más que un tercero posea el “domino del hecho” (p.e. un ministro o alcalde), pero carezca de los elementos exigidos por el tipo penal, es decir no sea considerado propiamente funcionario que participe por razón de su cargo en la contratación pública, tendrá que ser sancionado a lo más como partícipe del delito, lo cual no impide que pueda ser sancionado con la misma pena (quantum) que el autor, conforme a los art. 24º y art. 25º del CP, ello

22 Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. “La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Lima: Grijley, 2001, p.155, quien indica: “**Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios**”.

23 Así, lo decisivo no es sólo la calidad de funcionario, sino el deber específico -por razón de su cargo- que se deriva de la posición especial que ocupa en la administración pública. En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Ob. cit. p. 151, al señalar: “[...] **lo determinante para la autoría no es “la condición formal de funcionario”, ya que si así fuera, cualquier delito cometido por quien ostenta dicha condición habría que considerarlo delito de funcionarios. Lo relevante es el deber específico de tener encomendado un cometido concreto**”.

en base a la unidad del título de imputación²⁴. Por ejemplo, el funcionario o particular que instiga al funcionario encargado del contrato a concertarse con el empresario o el sujeto que facilita las gestiones para llegar al acuerdo ilícito.

No obstante, del otro lado, tenemos que en el Código Penal peruano no se encuentra tipificada de forma específica la autoría del particular interesado, lo cual consideramos una omisión relevante, que sólo puede ser rescatada a través de la comprensión correcta del sentido normativo del tipo penal; es decir, centrándonos en la **concertación**, como un acto que sólo puede realizarse a través de la aportación de dos sujetos (funcionario – particular) para la configuración del hecho delictivo, como **unidad de sentido**. Sólo de esta forma se puede entender el desvalor del injusto penal, que la sociedad considera inadmisibles en la interrelación intersubjetiva, y específicamente en la administración pública vinculada a contratos administrativos o civiles; por lo que considero que se debe modificar el artículo 384° CP, de tal forma que se pueda sancionar al tercero interesado como autor.

24 De la posibilidad de sancionar a terceros como partícipes en delitos de infracción de deber a través de la teoría de la unidad del título de imputación, vid. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 150 y ss.

22

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERÚ
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 760-2016
LA LIBERTAD

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

SUMILLA:

La acusación fiscal puede ser objeto de control formal: a) Que esté debidamente motivada y, b) Que sea completa en los elementos taxativamente exigidos en el artículo 349 CPP.

En el supuesto, excepcional, de control sustancial del requerimiento acusatorio, el imputado es competente para pedir el sobreseimiento del proceso, cuando los supuestos del art. 344.2 sean evidentes. Limite al que está sujeto el Juez de Investigación Preparatoria.

El delito de inducción al voto es un delito contra el derecho al sufragio, de pura actividad, de peligro concreto y solo puede cometerse, una vez que existan candidatos elegibles. Por principio de subsidiaridad y fragmentariedad debe circunscribirse a las conductas más graves y que no puedan ser controladas eficientemente por el derecho electoral. La imputación sostiene que la conducta inductora de entrega de víveres se habría mantenido hasta un día antes de realizado el sufragio electoral para Alcalde, basado en testimonio, videos, entre otros.

Desde que se incorpora a la legislación nacional la excepción de improcedencia de acción no procede por argumentos de irresponsabilidad.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de marzo del dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado Cesar Acuña Peralta contra la resolución de vista, de fojas cuatrocientos treinta y ocho, del veinte de abril del dos mil dieciséis, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el extremo que resolvió: i) Revocar la resolución N° 17, de fecha diecisiete de setiembre del año dos mil quince, en el extremo que declara Fundado el sobreseimiento planteado por la defensa del acusado Cesar Acuña Peralta, en relación al delito de Falsedad Genérica, en agravio del Jurado Nacional de Elecciones, y Reformándolo declararon Infundado el sobreseimiento y dispusieron la

continuación del proceso según en el estado que se encuentre; y, ii) Confirmaron la referida resolución en el extremo que declara Infundada la excepción de improcedencia de acción, en relación al delito de Inducción al Voto, seguido contra los acusados Cesar Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero, en agravio del Jurado Nacional de Elecciones.

Interviene como ponente el Señor Juez Supremo **Aldo Figueroa Navarro**.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

Primero: La Señora Fiscal Provincial Titular de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, mediante requerimiento, de fojas doscientos once, formuló acusación contra Cesar Acuña Peralta como coautor del delito contra el Derecho de Sufragio en la modalidad de Inducción al Voto y como autor del delito contra la Fe Pública en la modalidad de Falsedad Genérica, ambos en agravio del Estado -Jurado Nacional de Elecciones, solicitando se le imponga, por la comisión de ambos delitos, cinco años de pena privativa de libertad y cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada. Así mismo, se formuló acusación contra Tania Soledad Baca Romero como coautora del delito contra el Derecho de Sufragio en la modalidad de Inducción al Voto, en agravio del Estado- Jurado Nacional de Elecciones y como tal solicita se le imponga dos años de pena privativa de libertad y tres mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada.

Segundo: Realizado el control de acusación -fojas doscientos ochenta y siete-, al pronunciarse respecto de los medios de defensa técnicos ofrecidos por la defensa legal de Cesar Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero, el Noveno Juggado de Investigación Preparatoria resuelve mediante resolución, de fecha diecisiete de setiembre de dos mil quince -fojas doscientos ochenta y nueve- declarar Fundado el sobreseimiento planteado en relación al delito de falsedad genérica; Improcedente el **Ne Bis In Idem**, Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción e Infundado el Sobreseimiento en relación al delito de Inducción al Voto.

Estableciendo que consentida o ejecutoriada la resolución en este extremo, se continuara con el trámite del proceso.

Tercero.- El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Jurado Nacional de Elecciones interpone recurso de apelación en el extremo del sobreseimiento del delito de falsedad genérica -fojas trescientos siete-. Así mismo, el Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Trujillo, en calidad de Procurador delegado en la defensa del Jurado Nacional de Elecciones, interpone recurso de apelación en el extremo del

Sobreseimiento del delito de Falsedad Genérica y en el extremo que se dispuso no emitir Auto de Enjuiciamiento hasta que la resolución se encuentre firme o ejecutoriada -fojas trescientos treinta y siete-. Por su parte, la Fiscal Provincial del Despacho de Investigación de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo interpone recurso de apelación, en el extremo que declaró Fundado el Sobreseimiento del delito de Falsedad Genérica -fojas trescientos cuarenta y ocho-. La defensa legal de Cesar Acuña Peralta interpone recurso de apelación en el extremo de la resolución que declaró Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción -fojas trescientos cuarenta y ocho-. En tanto que la defensa legal de Tania Soledad Baca Romero interpone recurso de apelación contra el extremo de la resolución que declara Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción e Improcedente el **Ne Bis In Idem** -fojas trescientos cincuenta y cuatro-. Mediante auto, de fecha dos de octubre de dos mil quince, el Noveno Juggado de Investigación Preparatoria dispone conceder los respectivos recursos de apelación, con efecto suspensivo sin calidad de diferida; reservar la emisión del Auto de Enjuiciamiento hasta que sea devuelto por la instancia superior y elevar los autos a la Sala de Apelación respectiva.

II. ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA

Cuarto: El Superior Tribunal, culminando la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas trescientos sesenta y nueve, del veintiséis de octubre del dos mil quince, y realizada la audiencia de apelación, conforme al acta de audiencia de apelación de auto, a fojas cuatrocientos treinta y uno, cumple con emitir la resolución de fecha veinte de abril del dos mil dieciséis -fojas cuatrocientos treinta y ocho-.

Quinto: La resolución de vista resolvió, por mayoría, revocar el auto de primera instancia de fecha diecisiete de setiembre del dos mil quince en el extremo que declara fundado el Sobreseimiento respecto del delito de Falsedad Genérica, reformándolo declararon Infundado el Sobreseimiento y dispusieron la continuación del proceso según en el estado que se encuentre; y, confirmaron la referida resolución en el extremo que declara improcedente el **Ne Bis In Idem**, Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción e Infundado el Sobreseimiento en relación al delito de Inducción al Voto.

Sexto: Notificada la resolución emitida por el Superior Tribunal, la defensa legal de Cesar Acuña Peralta interpone recurso de casación -fojas quinientos cuatro- proponiendo desarrollo de doctrina jurisprudencial, a efectos que se declare Fundado su recurso y en tal virtud se disponga confirmar el auto de primera instancia, de fecha diecisiete de setiembre del dos mil quince, en el extremo que declara Fundado el Sobreseimiento respecto del delito contra la Fe Pública - Falsedad Genérica; y, se revoque el auto antes indicado en el extremo que declara Improcedente la excepción de improcedencia de acción en relación a la imputación

formulada por el delito contra el Derecho de Sufragio - Inducción al Voto y reformándolo declare Fundada dicha excepción. El referido recurso fue concedido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad mediante auto de fecha once de julio del dos mil dieciséis.

III. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

Sétimo: Elevado el expediente a esta Suprema Sala, mediante auto de calificación, de fecha siete de octubre de dos mil dieciséis, se declara bien concedido el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, vinculada a la causal de errónea interpretación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, respecto de la aplicación artículo 344, inciso 2, del Código Procesal Penal, sobre la naturaleza jurídica de los elementos de convicción que justifiquen un auto de enjuiciamiento y del artículo 356 del Código Penal sobre la temporalidad del delito de Inducción al Voto.

Octavo: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación -notificación a fojas 92 a 94 del cuadernillo formado en esta Suprema instancia-, señalada fecha para la audiencia de casación el día ocho de marzo del dos mil diecisiete. Instalada la audiencia de casación con la presencia de la representante del Ministerio Público, Fiscal Adjunta Suprema Titular de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal y la defensa legal del recurrente y culminada la misma, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es la de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal, tendrá lugar para el veintiuno de marzo del dos mil diecisiete.

IV. AGRAVIOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Noveno: La defensa del encausado Acuña Peralta fundamenta su recurso de casación a fojas quinientos cuatro, argumentando lo siguiente: i) El **Ad Quem**, en contra del contenido esencial del Derecho a la presunción de inocencia, -en su aspecto referido a la necesidad de prueba suficiente para formular requerimiento acusatorio-, ha declarado, infringiendo el derecho a la legalidad procesal (por indebida interpretación de los artículos 344.2 y 352.4 del Código Procesal Penal), haber mérito para pasar a juicio oral por el delito de Falsedad Genérica, solo sobre la base de simples conjeturas y, absolutamente, al margen de elementos de convicción propiamente dichos, en los términos exigidos por la ley para efectos de establecer si el Ministerio Público puede solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. ii) El órgano **Ad Quem** en contra de la garantía del principio de legalidad -en su expresión procesal referida al Derecho a no ser procesado por un hecho que no constituye delito- y en

contra del Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales-, ha declarado Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción, respecto del delito de Inducción al Voto (artículo 356 del Código Penal), sin haber realizado un proceso de subsunción entre la conducta descrita en el requerimiento acusatorio y todos los elementos del tipo penal del delito imputado.

V. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

Décimo: El requerimiento acusatorio de fojas doscientos once sostiene, respecto del investigado Cesar Acuña Peralta, lo siguiente:

La Fiscalía presenta como **hechos anteriores:** i) En el año 2010 ostentaba el cargo de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Trujillo; ii) En el mismo año se programaron las elecciones Municipales y Regionales a nivel nacional; iii) El investigado postuló como candidato para la reelección por el partido Alianza por el Progreso; y iv) El partido Alianza por el Progreso tiene como siglas APP y sus colores de representación son azul con blanco”.

Igualmente, precisa como **hechos concomitantes:** “Los hechos atribuidos a los acusados sobre ventaja electoral ilegal, se inicia con las afirmaciones realizadas por el investigado Cesar Acuña Peralta, en una reunión realizada con fecha 18 de marzo de 2010, con un grupo de personas pertenecientes al Partido Político Alianza Para el Progreso (APP) y de la Municipalidad Provincial de Trujillo. Reunión en la que presentó y detalló su ilícita estrategia política, para enfrentar el proceso electoral municipal del año 2010; acción ilícita que consistía en comprar votos de los ciudadanos más pobres de la ciudad de Trujillo para lograr su reelección como alcalde. Señala que, en su condición de Presidente y fundador del Partido APP, tenía decidido participar en los comicios electorales municipales del año 2010 para la elección de Alcaldes Distritales de Trujillo, con tal propósito debería inscribirse la lista conteniendo los candidatos, la misma que ya la tenía confeccionada, sin embargo, debió simular la realización de elecciones internas en la agrupación política a la cual pertenece, para de esa manera cumplir con la ley”.

En cuanto a los hechos posteriores refiere: “(...) Lo que se concretizó con la entrega de dichos víveres por el periodo de seis meses, tal como se advierte de la información brindada por las personas de Faustina Bautista Peralta, Cristina Margarita Arqueros Izquierdo, Martha Miriam Horna Enriquez, Santa Elena Acosta Muñoz, Emerita Gamarra Aguilar, y Nancy Marlene Díaz Ponce quienes refieren haber sido beneficiadas con la entrega de bienes condicionándolos a la firma de documentos en apoyo de APP y que les decían que debían votar por APP (...) Posteriormente, se desarrollaron las elecciones municipales y regionales del año 2010 y se reeligió al acusado Cesar Acuña Peralta, logrando el objetivo inicial fijado en la reunión realizada con fecha 18 de marzo de 2010”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

VI. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO: TEMAS A DILUCIDAR

A. Primer motivo casacional: Sobreseimiento e (in)suficientes elementos de convicción

Décimo primero: Verificar si existe una errónea interpretación de los artículos 344, inciso 2, literal d); 349, inciso 1, literal c); y, 352, inciso 4, del Código Procesal Penal. Al respecto, conforme ha sido establecido en la Ejecutoria Suprema -fojas ochenta y cinco del cuadernillo formado ante esta Suprema Instancia- los motivos de casación admitidos para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, sin perjuicio de los que como resultado del análisis del presente caso se diluciden, son: i) Desarrollar doctrina jurisprudencial respecto de la naturaleza jurídica de la suficiencia de los elementos de convicción que se presentan en la acusación fiscal a fin de determinar cuándo nos encontramos frente a dicho supuesto.

Grados de convicción en el proceso penal

Décimo segundo: La exigencia de la prueba suficiente, como parte integrante del derecho a la presunción de inocencia, está consagrado por el artículo 2, inciso 24 de la Constitución Política del Perú. Así mismo, el inciso 1, del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe, como una regla de juicio, que la presunción de inocencia “requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal deberá resolverse a favor del imputado”. Sin embargo, la prueba suficiente es el punto culminante de la actividad probatoria, y solo puede generarse en el juicio, y expresa una convicción en los jueces de la responsabilidad del acusado.

Décimo tercero: Ahora bien, durante el desarrollo del proceso penal, desde que se realizan diligencias preliminares, se formaliza la investigación preparatoria, se formula un pedido de prisión preventiva y se formula una acusación fiscal, se producen diversos grados de convicción, en el fiscal, de la existencia de un hecho punible y de la vinculación probable del imputado, como autor o partícipe. El grado de convicción que es objeto de examen, en la presente sentencia casatoria, es el que se debe verificar en la etapa intermedia, y que debe evidenciarse con una de las dos únicas opciones posibles: el pedido de sobreseimiento o la formulación de una acusación fiscal. En otros términos, durante el desarrollo del proceso, en cada una de sus etapas, se requieren distintos y ascendentes estándares de convicción, i) El inicio del proceso, para el inicio de diligencias preliminares, basta con el aviso inicial, conocido también como noticia criminal, el cual va a generar el primer grado de convicción requerido: La sospecha. ii) El avance a la formalización y continuación de la investigación preparatoria requiere como elemento adicional el descubrimiento de indicios reveladores, los cuales conllevan a un nivel de convicción superior: La posibilidad. iii) La acusación requiere

un nivel de convicción completo, para el fiscal, respecto de la responsabilidad penal del autor o partícipe y de sus circunstancias personales (Certeza Fiscal).

Elementos de convicción: Marco normativo

Décimo cuarto: Ahora bien, con relación a estas dos posibilidades, se establece en el artículo 344, bajo la sumilla *“Decisión del Ministerio Público”*, lo 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. 2. El sobreseimiento procede cuando: [...] d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundamentamente el enjuiciamiento del imputado”***.

Por otro lado, se establece en el artículo 349.1, literal c), bajo la sumilla “contenido” [de la acusación], lo siguiente: “1. La acusación fiscal será debidamente motivada y contendrá: [...] c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio [...]”.

Así mismo, se establece en el artículo 352.4, bajo el rotulo “Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar”, lo siguiente: ***“4. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista la posibilidad de incorporar al juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnable”***.

Interpretación sistemática y lógica de los elementos de convicción

Décimo quinto: En el Código Procesal Penal se mencionan los llamados elementos de convicción, pero no se le da un contenido concreto, se le vincula con su suficiencia, pero no se le dota de un contenido material. Una primera aproximación conceptual a su contenido sería la siguiente: Por la etapa en los que son utilizados, luego de realizados los actos de investigación, durante la investigación preparatoria, los elementos de convicción son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el fiscal para tener la certeza o convencimiento que se puede imputar un hecho punible al imputado, como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir a juicio.

Para una mayor delimitación de sus alcances pueden plantearse los siguientes criterios; a) Los elementos de convicción son los que sirven de base para la formulación de una acusación fiscal; b) No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba, obtenible solo en juicio, pues solo genera certeza en el fiscal que es quien sostiene sus acusación; c) Por juicio a contrario del artículo 344.2; d) Los elementos de convicción deben ser suficientes, para

acusar, pues en situación inversa solo daría lugar al sobreseimiento; e) Quienes determinan, por regla general, la suficiencia de los elementos de convicción, son los fiscales, pues son ellos los titulares de la acción penal; f) Solo cuando la insuficiencia de elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar al juicio, elementos de prueba -que en realidad son de convicción- puede instar el sobreseimiento, la defensa, o el juez decretarlo de oficio.

Control de la acusación y en particular de sus elementos de convicción

Décimo sexto: Uno de los avances del nuevo sistema procesal penal, es el hecho que la acusación formulada por el fiscal, para ir a juicio, está sujeta a un control por las partes, en una audiencia preliminar. En el nuevo sistema entonces, se establece una valla que los fiscales, como titulares de la acción penal deben superar. La cuestión que debe esclarecerse es, cuál es el alcance de dicho control, y que grado de injerencia tienen las partes para controlarla.

En este sentido, se establece que la acusación será debidamente motivada. De esta manera, los fiscales al igual que los jueces deben fundamentar suficientemente, de manera lógica e integral su pretensión persecutoria. Con el nuevo sistema procesal penal ya no es más posible que los fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio.

Pero, además, la acusación fiscal debe contar con un conjunto de requisitos fácticos y jurídicos que son mencionados de manera taxativa e independiente, uno de los cuales son los elementos de convicción.

Décimo sétimo: Ahora bien, fijadas estas dos exigencias, con relación a la acusación (motivación e integralidad), ¿cuál es el control que puede ejercerse respecto de ella? La respuesta está en función, otra vez, del estadio en que se formula y el rol de quien, como titular exclusivo, la realiza.

Décimo octavo: En este contexto, inicialmente, las partes y en particular la defensa solo tienen la posibilidad de hacer un control formal de la acusación; dar cuenta por ejemplo de omisiones relevantes en la acusación; indefinición en el título de imputación; insuficiencia o contradicción en la identificación de los acusados; insuficiente individualización de los acusados con relación a los hechos objeto del proceso o confusión en los tipos penales invocados. Se trata por tanto de errores o insuficiencias en la debida motivación de la acusación.

Décimo noveno: Se evidencia la necesidad de interpretar el artículo 352, inciso 4, del Código Procesal penal para definir el grado de convicción necesario para considerar la suficiencia de elementos de convicción y el alcance del control jurisdiccional del requerimiento acusatorio durante la etapa intermedia, todo ello desde la perspectiva de las funciones del Ministerio Público y del Juez de Investigación Preparatoria.

Vigésimo: Respecto al control sustancial, con relación a los elementos de convicción presentados en la acusación debe considerarse que el que puede ejercerse, tiene que circunscribirse exclusivamente a los casos en el que el juicio de suficiencia, que les está permitido hacer a las partes, tenga por resultado la evidente certeza de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la imposibilidad altamente probable que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba. Pero entiéndase que estos son casos límites, notorios, aprehensibles por cualquiera: inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido en atípico; o hay eximentes de responsabilidad evidentes; no hay mayor controversia que la acción penal se ha extinguido (prescripción evidente o muerte del imputado). Y en el caso que es motivo casacional que resulte, a todas luces, evidente que no hay elementos de convicción o que estos no estén apoyados en medios probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso (testigos, videos o actas). Finalmente, no pudiéndose sobreseer, en la etapa intermedia, un proceso penal 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.

Vigésimo primero.- Es decir, tanto la decisión del Ministerio Público como la solicitud que puede realizar el acusado o su defensa de sobreseer la acción penal se encuentra regulada por la misma norma adjetiva. Sin embargo el presupuesto de aplicación entre uno y otro sujeto procesal descansa en un fundamento diferente pues por mandato constitucional el Ministerio Público es el único encargado de desempeñar la acción penal, mientras que, en contraparte, el procesado y su defensa pueden únicamente cuestionarla ante el Juez de Investigación Preparatoria, en ese sentido, considerando quien únicamente tiene, en esta etapa del proceso, fundamentalmente, como función el control judicial y de garantías.¹

B. Segundo motivo casacional: Estructura típica del delito de inducción al voto

Principio democrático y dignidad de la persona

Vigésimo segundo: El segundo motivo casacional tiene relación con la interpretación del tipo penal de inducción al voto, en particular, respecto del elemento temporal que aparece

1 SAN MARTIN CASTRO, Cesar E., *Acerca de la Función Del Juez De La Investigación Preparatoria*, p. 25. Tomado de: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/funciondeljuez.pdf>

en el delito en cuestión, de cara a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esto es, salvaguarda del principio de afectación al bien jurídico protegido, contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

La libre elección de los representantes es la máxima expresión de libertad del ciudadano y uno de los pilares del sistema democrático. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional:

“La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45° de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, inciso 17 y 30° a 35° (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2°, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2°, inciso 5), de reunión (artículo 2°, inciso 12) y de asociación (artículo 2°, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte”.

23. Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de

organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es -como quedó dicho- el rasgo prevalente en nuestra Constitución.²

Alcances típicos del delito de inducción al voto

Vigésimo tercero: Ahora bien, para la consolidación del principio democrático, mediante la participación igualitaria y libre de los ciudadanos, el Estado ha estimado fundamental recurrir al derecho penal, como máximo y más severo instrumento de control social. Así, se ha previsto en el Código Penal, Título XVII, una serie de delitos contra la Voluntad Popular y en un Capítulo Único, Delitos contra el Derecho al Sufragio. Uno de los tipos penales es el referido a la inducción al voto, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 356.- Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado

El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

Vigésimo cuarto: El tipo penal mencionado presenta las siguientes características típicas:

- a. El ***sujeto activo*** es designado mediante la locución pronominal “El que” por lo que puede ser cualquiera. Se trata de un delito común y de organización. No se requiere por tanto ninguna cualidad particular.
- b. El ***sujeto pasivo*** es la sociedad que, en el ámbito electoral, está representada por toda la comunidad política de ciudadanos. Estos tienen la expectativa que la elección de sus autoridades, nacionales, regionales, municipales o sus representantes dentro de las organizaciones políticas, sean la directa, transparente, igual y libre expresión de la voluntad popular;
- c. La ***acción típica*** está constituida por los verbos conjugados “trata de inducir”. Inducir, en el sentido común del lenguaje es instigar o incitar. El tratar de inducir es procurar incitar al elector hacia un resultado. Al respecto caben dos aclaraciones. El sentido común del término instigación no puede confundirse con su sentido jurídico. La instigación que

2 Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 02 de febrero del 2006. EXP. N.° 0030-2005-PI/TC. Fundamentos Jurídicos 22-23.

pretende generar el sujeto activo es con relación a la voluntad de elector de no votar o de hacerlo, en el sentido deseado por el inductor. Ello nada tiene que ver con la instigación, en sentido penal, que hace nacer la voluntad en el instigado, de cometer un delito. En el mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta Corte Suprema señalando que “No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24 del Código Penal) el verbo **inducir** debe considerarse como un verbo rector, pues esta descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriadad³. Si el elector es inducido -instigado- su conducta es impune, pues el no votar solo merece una multa administrativa y el votar en un determinado sentido u otro, es una conducta neutra.

- d. La **finalidad del inductor** es la de buscar que el elector, como destinatario del acto inductor, no vote o vote en el sentido que desea el sujeto activo. Pero estos fines alternativos son en realidad elementos subjetivos distintos al dolo; se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Es irrelevante para fines típicos que el elector haya efectivamente sido inducido a no votar o a hacerlo en determinado sentido. El delito en cuestión es de pura actividad. Se agota con la entrega de los medios calificados, señalados expresamente en el tipo penal.
- e. Los **medios** que puede utilizar el sujeto activo pueden ser: i) La entrega de dádivas; esto es, donativos o bienes que se dan gratuitamente; ii) El otorgamiento de ventajas; vale decir, cualquier utilidad o beneficio que se reciba de carácter inmaterial (empleos, tratos preferentes, becas) y, c) La promesa o el ofrecimiento de recibir beneficios, bienes o cualquier utilidad.
- f. El **sujeto** sobre el que recae físicamente la acción debe necesariamente ser un elector.
- g. El **tipo subjetivo** es exclusivamente doloso. El agente debe tener conocimiento que pretende desviar la voluntad de un elector, mediante la entrega de dádivas, ventajas o promesas, con la finalidad de inducirlo a no votar o a hacerlo en determinado sentido.

Bien jurídico e imputación objetiva

Vigésimo quinto: Ahora bien, a efecto de precisar los alcances típicos del presente delito, es menester desarrollar puntualmente tres aspectos interrelacionados. i) La cuestión del bien jurídico protegido; ii) Los criterios de imputación objetiva; iii) El concepto de elector, como objeto del delito.

3 Ejecutoria Suprema Casación N° 348 - 2015 - Huanúco - Sala Penal Transitoria. Fundamento Jurídico Cuarto, apartado b).

Estos tres elementos están imbricados dado que debe considerarse que el bien jurídico protegido debe ser afectado de algún modo, a través de conductas cuya entidad y fin han de traducirse en un aumento del riesgo a dicho bien jurídico relevante, y ello con injerencia sobre las personas a quienes se quiere influenciar con la conducta inductora.

Vigésimo sexto: El bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no) voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de una sociedad democrática representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección, se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a sufragar -objeto jurídico específico de protección- sin presión, coacción o inducción alguna.

Vigésimo sétimo: Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe exigirse para que se entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día conuocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier momento.

Vigésimo octavo: Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, *ad portas* del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

Vigésimo noveno: Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. Primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicompreensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad

tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

Trigésimo: Descartadas ambas opciones interpretativas ha de buscarse un referente más adecuado a los fines y límites del control penal y a las concretas posibilidades que este delito se produzca en la realidad. Estimamos que el criterio objetivo más adecuado, en este ámbito, es el proceso electoral, tal como está regulado en nuestro país. El proceso electoral peruano puede ser diferenciado en las siguientes etapas: a) Convocatoria a elecciones; b) Inscripción de candidatos; c) Sufragio; d) Escrutinio; y, e) Resultado de las elecciones. En el marco del proceso electoral el ciudadano activa su condición de elector y es capaz de ejercer su Derecho al sufragio.

Si vemos secuencialmente el proceso electoral y lo vinculamos con las características típicas del delito en estudio, podríamos descartar que la convocatoria a elecciones, fija un momento aun muy lejano para que prospere una conducta inductora. En este periodo no se tiene aún idea de quienes participarán en la misma. En realidad, la etapa en la que ya podría tener sentido la conducta típica, es la de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio. El Derecho a la libre determinación del voto comienza a configurarse, de un modo fácticamente posible, desde el momento en que se tiene una relación certera de los posibles candidatos a elegir, esto es, desde el momento en que estos se inscriben, pudiendo verse afectada hasta el momento en que se lleva a cabo el sufragio, el cual es la culminación del proceso de determinación del voto.

Trigésimo primero: Es dentro de este contexto que adquiere sentido el concepto de elector. Esta categoría no pertenece al ámbito penal sino que es de origen y concepción del Derecho Electoral. La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a votar, sin embargo ello no implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado - Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

Trigésimo segundo: El concepto de elector, desde una perspectiva social, está vinculado al concepto de ciudadano. La adquisición de la mayoría de edad conlleva consigo Deberes y Derechos, entre ellos está la adquisición de la ciudadanía, esta última no solo puede ser adquirida con el nacimiento en un ámbito territorial sino también puede ser solicitada y otorgada por el Estado. Por ello, desde una perspectiva constitucional toda persona no es un ciudadano, pero el adquirir la categoría de ciudadano conlleva consigo el Derecho al voto. Así también, el hecho de ser ciudadano no habilita a desempeñar este derecho indistintamente, sino que este solo puede ser desempeñado en un ámbito territorial específico. En ese sentido el concepto de elector se encuentra vinculado al concepto de ciudadano antes que al concepto de sufragio. Empero el concepto de elector contenido en el tipo penal nos permite ubicar su interpretación en el marco del proceso electoral, lo cual es una primera delimitación del momento en que es factible vulnerar o poner en peligro el bien jurídico del tipo penal.

Bien jurídico y derecho electoral sancionatorio

Trigésimo tercero: Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: *“Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquellos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral”.*

Trigésimo cuarto: Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, o cual a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral. Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a proteger el proceso electoral -específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral- el tipo penal está orientado

a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferentes.

Grado de afectación del bien jurídico

Trigésimo quinto: El delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción⁴. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea relevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible. En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico sino que, en el caso individual, la propuesta de ventaja, dación o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

VII. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Trigésimo sexto: El presente caso tiene relación con dos medios de defensa del imputado. Sobre el delito de falsedad genérica se ha solicitado el sobreseimiento de la acusación fiscal y sobre el delito de inducción al voto se ha interpuesto una excepción de improcedencia de acción.

Trigésimo séptimo: Respecto del sobreseimiento del delito de falsedad genérica, en su recurso de casación el recurrente cuestiona la existencia de suficiencia probatoria, y asevera que: i) Únicamente existen meras suposiciones; y ii) Contra cualquier medio probatorio propuesto persistirá como contraindicio la conformidad administrativa formulada por los órganos estatales destinado al control del proceso democrático partidario.

4 Roxin, Claus. Derecho Penal- Parte General, Tomo I; Civitas; Madrid, 1997; p. 336

De la revisión de la acusación fiscal se advierte que se encuentran debidamente precisados los elementos de convicción que, a criterio del representante del Ministerio Público, la sustentan -copia del video de la reunión realizada el dieciocho de marzo del dos mil diez, las documentales denominadas "actas de escrutinio" y documentales relacionadas al proceso electoral-; los elementos de convicción aportados reúnen también las dos características necesarias (suficiencia aparente y motivación), que habilitaría a la acusación para que sea sustentada en juicio. Cuestión distinta y que no corresponde evaluar es si dichos elementos podrán convertirse en actos de prueba; cuestión que se dilucidará en la etapa correspondiente.

Trigésimo octavo: El recurrente en la sustentación de su recurso de casación cuestiona también el criterio de la Sala Superior, argumentando que contra cualquier elemento de convicción planteado por el requerimiento acusatorio persistiría, como un contraindicio, la conformidad administrativa formulada por los órganos estatales destinados al control del proceso democrático partidario. Su alegación no es admisible pues lo contrario conllevaría a que el Juez de Investigación Preparatoria tuviera que realizar un análisis respecto de los indicios que pudieran extraerse de los medios probatorios; a su vez establecer indicios que se opusieran a ellos para, finalmente, otorgar un valor probatorio preponderante a alguno de los conjuntos de indicios, sean convergentes o divergentes; posible situación que, en definitiva, se constituiría en un proceso de valoración probatoria durante la etapa intermedia del proceso penal que, a la luz de lo expuesto en los fundamentos jurídico anteriores, se constituye en una vulneración del principio acusatorio y una extralimitación de las funciones de control de un Juez de Investigación Preparatoria.

Trigésimo noveno: Este criterio también forma parte del análisis de la Sala Superior, la que en el fundamento jurídico veinticuatro de la resolución recurrida precisa que asumir los argumentos de la defensa legal del recurrente, implicaría evitar que los elementos objetivos propuestos en el requerimiento acusatorio sean sometidos al contradictorio, por lo que se realizaría un análisis sesgado, que no es propio de la etapa intermedia, concluyendo que no se encuentran ante la certeza absoluta de que no obren indicios racionales de delictuosidad del hecho imputado.

Más aun cuando de la revisión de los cuestionamientos realizados por la defensa legal del recurrente no se advierte que discuta la postulación o admisión de medios de prueba, tampoco discute su pertinencia, conducencia o utilidad. Así como no extiende argumento alguno en torno a una situación de evidente insuficiencia de elementos de convicción y tampoco se advierte ello de la revisión del requerimiento acusatorio.

Cuadragésimo.- Respecto del delito de inducción al voto, el recurrente propone, para fundamentar la excepción de improcedencia de acción, que los hechos que se imputan no son subsumibles en el tipo penal, pues según sostiene: i) De los hechos propuestos como fundamento fáctico se advierte que ninguno de ellos se suscitó el día de las elecciones por lo que no son susceptibles de poner en peligro el bien jurídico; y, ii) Al imputado no se le atribuye una conducta inductiva, sino más bien se refiere a la determinación a través de directivas.

Cuadragésimo primero: La excepción de improcedencia de acción como medio de defensa técnico se encuentra regulado en el artículo 6, numeral 1, inciso b), del Código Procesal Penal, y es admisible en dos supuestos: i) cuando el hecho no constituye delito; y, ii) cuando el hecho no es justiciable penalmente. Los cuestionamientos realizados por el recurrente se consignan dentro del primer supuesto pues a su criterio los hechos imputados no son subsumibles en el tipo penal imputado. Por ello, la procedencia de la excepción de improcedencia de acción se restringe a determinar si los hechos imputados, desde una perspectiva únicamente formal, pueden ser, objetivamente, subsumidos en el tipo penal que se imputa. Por tanto, en este medio de defensa queda fuera de su ámbito de cuestionamiento determinar si existe o no medios probatorios que sustenten los hechos imputados, pues esta circunstancia será verificada exclusivamente por el Juez de juicio, y forma parte del juicio de responsabilidad.

Cuadragésimo segundo: Conforme al desarrollo interpretativo realizado respecto del tipo penal de inducción al voto, se ha delimitado que el bien jurídico de este delito puede verse afectado desde el momento de la inscripción de candidatos hasta el momento del sufragio. Al considerar los hechos que se imputan al recurrente -conforme se precisó en el fundamento jurídico décimo de la presente sentencia- si bien la determinación inicial se dio el dieciocho de marzo del dos mil diez -es decir, antes de la inscripción de candidatos- también de acuerdo a la imputación abstracta del Ministerio Público, se precisa que se ejecutó hasta un día antes del sufragio, por lo que la conducta imputada estaría dentro del ámbito temporal del tipo penal. Así mismo, se estableció que la conducta típica de "inducción" debe ser comprendida como verbo rector y no como una categoría de participación delictiva -como pretende el recurrente- por lo que es susceptible de producirse directa o indirectamente. En ese sentido, la imputación fáctica propuesta por el Ministerio Público se adecúa, **in abstracto**, dentro del tipo penal en mención.

Cuadragésimo tercero: Cabe precisar que la casación citada⁵ en el considerando vigésimo cuarto de la presente Ejecutoria interpuesta por el Fiscal Adjunto Superior de Huánuco, fue declarado infundado considerando los siguientes hechos en su fundamento jurídico quinto:

5 Ejecutoria Suprema Casación N° 348-2015-Huanko- Sala Penal Transitoria. fundamento Jurídico Cuarto, apartado b).

“En el caso de autos, lo que el acusado Guile Alipazaga, expresó en unas declaraciones públicas en los marcos de una reunión proselitista y en el curso de un proceso electoral en giro, vulnerando, eso sí, la neutralidad electoral a que están obligados los funcionarios públicos por elección o por nombramiento importo un apoyo explícito a un candidato a congresista resaltando que si se vota por él las obras seguirían. No se trata de una promesa concreta a un elector o grupo de electores determinados sino de un ofrecimiento vago o genérico de las supuestas bondades y mejoras que importó el voto favorable a un candidato, expuesto en una conferencia de prensa realizada en ese acto político y en presencia del candidato en cuestión. No se indica que obras se realizarían y a que sectores se beneficiarían. La conducta del imputado es desde luego censurable desde el Derecho electoral pero no es típica, El Derecho penal no puede intervenir en este caso.”

Como se aprecia, difiere sustancialmente con la imputación que el Ministerio Público hace en el presente proceso.

VIII. DE LAS COSTAS

Cuadragésimo cuarto: El apartado dos del artículo 504 del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme lo preceptuado por el apartado 2 del artículo 497 del Código acotado, y no existen motivos para su exoneración.

DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

I. INFUNDADO el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensa técnica del acusado Cesar Acuña Peralta sobre errónea interpretación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación respecto de la naturaleza jurídica de los elementos de convicción y su suficiencia en la acusación fiscal; y, el análisis típico del delito de inducción al voto; en consecuencia, **NO CASARON** la resolución de vista número veintiséis del veinte de abril del dos mil dieciséis -fojas cuatrocientos treinta y ocho- que: i) Revocó la resolución N° 17, de fecha diecisiete de setiembre del año dos mil quince, en el extremo que declara fundado el sobreseimiento planteado por la defensa del acusado Cesar Acuña Peralta, en relación al delito de Falsedad Genérica, en agravio del Jurado Nacional de Elecciones, reformándolo declararon infundado el sobreseimiento y dispusieron la continuación del proceso según el estado en que se encuentre; ii) Confirmaron la referida resolución en el extremo que declara improcedente el **Ne Bis In Idem**, Infundada la Excepción de Improcedencia de Acción,

Infundado el Sobreseimiento en relación al delito de Inducción al Voto, seguido contra los acusados Cesar Acuña Peralta y Tania Soledad Baca Romero en agravo del Jurado Nacional de Elecciones.

II. IMPUSIERON el pago de las costas por la tramitación del recurso de casación interpuesto por el acusado Cesar Acuña Peralta, las que serán exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el artículo 506 del Código Procesal Penal.

III. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial el fundamento jurídico de la presente sentencia casatoria, del décimo quinto al trigésimo quinto fundamento relacionados con naturaleza jurídica de los elementos de convicción y su suficiencia en la acusación fiscal; y, el análisis típico del delito de inducción al voto.

IV. DISPUSIERON que se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública y se publique en el Diario Oficial "El Peruano", de conformidad con lo previsto en el numeral tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

V. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, se continúe conforme la etapa procesal correspondiente, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Hágase saber. Interviene la Señora Jueza Suprema Chávez Mella por periodo vacacional del Señor Juez Supremo Villa Stein.-

S.S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CHÁVEZ MELLA

**NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN EN EL REQUERIMIENTO
ACUSATORIO Y CAUSALES DE SOBRESEIMIENTO COMO CONTROL SUSTANCIAL
CASACIÓN N° 760-2016-LA LIBERTAD**

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: JOSÉ ANTONIO HUAYLLA MARÍN¹

I. SUMILLA:

Para sobreseer un caso tiene que existir **evidente certeza** de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la **imposibilidad altamente probable** que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba, es decir, deben tratarse de casos límites, notorios o aprehensibles por cualquiera.

Si ante un requerimiento acusatorio el Fiscal presenta elementos de convicción insuficientes, la defensa estará facultada para solicitar el sobreseimiento o el Juez decretarla de oficio. De presentar elementos de convicción que generen duda en la comisión del delito o en la responsabilidad del imputado, el caso tendrá que dilucidarse en juicio oral.

II. ANÁLISIS Y COMENTARIOS

Sobre los hechos

La casación bajo análisis nace de un proceso seguido contra Cesar Acuña Peralta, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Trujillo, quien en el año 2010 había decidido postular a la reelección de dicha comuna. Es así que el 18 de marzo de 2010 se reúne con personas de su partido político así como de la Municipalidad Provincial de Trujillo en donde presentó y detalló su estrategia política para enfrentar el proceso electoral la misma que consistía en la compra de votos de los ciudadanos más pobres de la ciudad de Trujillo, concretizando dicha estrategia con la entrega de dichos víveres por el periodo de seis meses, tal como se advierte de la información brindada por seis testigos quienes refirieron haber sido beneficiados con la entrega de bienes condicionándolos a la firma de documentos en apoyo de APP ya que les decían que debían votar por APP. Asimismo, como presidente y fundador del partido político APP, tenía decidido participar en los comicios electorales municipales del año 2010 para la elección de Alcaldes Distritales de Trujillo, con tal propósito debería inscribirse la lista

1 Magister en Derecho Penal por la Universidad Privada Antenor Orrego y docente universitario en la misma universidad. Actualmente Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Santa asignado a la Fiscalía Especializada de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.

conteniendo los candidatos, la misma que ya la tenía confeccionada, sin embargo, debió simular la realización de elecciones internas en la agrupación política a la cual pertenece, para de esa forma cumplir con la ley.

Acusación Fiscal y medios técnicos planteados por la defensa

El señor Cesar Acuña Peralta fue acusado por el Ministerio Público como coautor del delito de inducción al voto y como autor del delito de falsedad genérica. Ante ello la defensa técnica plantea: a) excepción de improcedencia de acción por el delito de inducción al voto; b) sobreseimiento de la causa por el delito de inducción al voto; y, c) sobreseimiento de la causa por el delito de falsedad genérica.

Resolución judicial

El juzgado de primera instancia resuelve: a) infundado la excepción de improcedencia de acción por el delito de inducción al voto; b) infundado sobreseimiento por el delito de inducción al voto; y, c) fundado el sobreseimiento por el delito de falsedad genérica.

La sala penal de apelaciones resuelve: a) confirmar la resolución de primera instancia que declaró infundado la excepción de improcedencia de acción por el delito de inducción al voto; b) confirmar la resolución de primera instancia que declaró infundado el sobreseimiento por el delito de inducción al voto; y, c) Revocar el auto de primera instancia que declaró fundado el sobreseimiento por el delito de falsedad genérica.

Desarrollo de doctrina jurisprudencial

El caso llega a la Corte Suprema y ésta declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial vinculada a la causal de errónea interpretación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, respecto de: a) Aplicación del artículo 344°, inciso 2°, del Código Procesal Penal², sobre la naturaleza jurídica de la suficiencia de los elementos de convicción que justifiquen un auto de enjuiciamiento; y, b) Aplicación del artículo 356° del Código Penal sobre la temporalidad del delito de inducción al voto.

El comentario estará referido únicamente al desarrollo del primer motivo de casación, esto es, conocer qué se entiende por elementos de convicción en etapa intermedia y la posibilidad de poder sobreseer una causa invocando alguna de las causales regulada en el artículo 344° inciso 2°. Es decir, a fin de ser más específicos, conoceremos la cualidad especial que deben

2 En adelante CPP

presentar las causales de sobreseimiento así como también la fuerza acreditativa que deben tener los elementos de convicción plasmados en un requerimiento acusatorio **-como soporte para pasar a la siguiente etapa procesal-** y en su defecto hasta qué punto dichos elementos de convicción pueden convertirse en sustento para el sobreseimiento de la causa cuando ha sido planteado por la defensa. Es por ello que la Corte Suprema en este pronunciamiento también analiza la existencia o no de una errónea interpretación de los artículos 349° inciso 1° literal “c” y artículo 352° inciso 4° del CPP.

Al respecto el artículo 349° inciso 1° literal “c” prescribe: **“La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio”.**

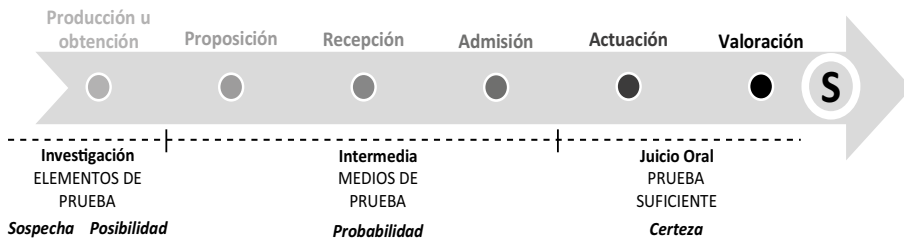
Por su parte el artículo 352° inciso 4° prescribe: **“El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344°, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347°. La resolución desestimatoria no es impugnable”.**

Fundamentos de la defensa de Cesar Acuña Peralta

La defensa manifestó que el Ad Quem, en contra del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia **(en su aspecto referido a la necesidad de prueba suficiente para formular requerimiento acusatorio)** ha declarado haber mérito para pasar a juicio oral por el delito de falsedad genérica, solo sobre la base de simples conjeturas y, absolutamente, al margen de elementos de convicción propiamente dichos, en los términos exigidos por la Ley (...).

Como podemos apreciar lo que la defensa cuestiona es el hecho de que el Ministerio Público ha acusado a su patrocinado por el delito de falsedad genérica en base a elementos de convicción que no son suficientes al no presentar las cualidades que el CPP ha exigido para pasar a la siguiente etapa procesal. Ahí radica la importancia de conocer cuál es la verdadera exigencia que deben cumplir los elementos de convicción planteados en un requerimiento acusatorio y asimismo que cualidad deben cumplir las causales para sobreseer una causa cuando ha sido planteada por la parte acusada.

Actividad probatoria y niveles de convicción



El gráfico antes mostrado refleja toda la actividad probatoria dentro de un proceso penal. Cuando hacemos mención a la actividad probatoria, nos referimos a las diferentes fases que debe comprender la prueba, desde su producción u obtención hasta su actuación y valoración en juicio, ello con la única finalidad de demostrar la averiguación de la verdad de un hecho³ y consecuentemente generar en el Juez un elevado grado de convicción respecto a las afirmaciones realizadas por las partes.

Esta convicción es la que estará presente en todo el proceso penal **–por ello que existen grados o niveles de convicción–** e ira de la mano con la obtención de elementos de prueba que tienen como finalidad construir una verdad formal respecto al acontecimiento sujeto a investigación, claro está, con una adecuada obtención, incorporación, actuación y valoración de los mismos, pues de nada vale obtener adecuadamente un elemento probatorio si éste no ha sido introducido al proceso penal de manera válida.

MIXÁN MÁSS, citado por Rosas Yataco, realiza una clasificación respecto a los actos del proceso: a) mandatos de oficio: destinados a concretar una actividad probatoria inteligentemente programada y de acuerdo con las exigencias del caso; b) actos de postulación: o petitorios de los sujetos procesales para que se admitan los medios probatorios que presentan o proponen; c) resolución de admisión o de denegación a las peticiones de los sujetos procesales, u ordenando de oficio la actuación probatoria; d) resoluciones de

3 En el mismo sentido ALBERTO BOVINO, al indicar que la literatura perteneciente a la tradición continental afirma que la averiguación de la verdad es el objetivo del procedimiento penal. Si bien la meta última del procedimiento penal reside en la realización del derecho penal, se afirma que esa meta sólo puede ser alcanzada si, a través del procedimiento, se determina la verdad del acontecimiento histórico que funda la imputación de responsabilidad y, a la vez, torna necesaria la respuesta punitiva. En: ALBERTO BOVINO. Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo. Editores del Puerto. 1998. Buenos Aires. Pág. 212; CLARIA OLMEDO indica que el proceso tiene por fin inmediato el descubrimiento de la verdad. Le interesan todas las consecuencias del hecho inculcado, aunque éstas puedan también repercutir en sede civil o disciplinaria. Esa finalidad absorbe la actividad de todos los intervinientes en una enorme proporción. En: JORGE A. CLARIA OLMEDO. Actualizado por JORGE VÁSQUEZ ROSSI. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Rubingal – Culzoni Editores. Buenos Aires. p. 225

reprogramación o de corrección de la actividad probatoria; e) diligencias de contenido y finalidad probatorias; y, f) actos de valoración de la prueba⁴. De igual forma, San Martín Castro citando a VINCENZO MANZINI, señala que la prueba exige el ejercicio de una serie de actos procesales, que se pueden agrupar en tres categorías: producción, recepción y valoración⁵. Particularmente considero que en todo el proceso penal existen fases desde la producción u obtención de los elementos de prueba **-o también llamados de convicción-**, pasando por la proposición, recepción, admisión y actuación de los medios probatorios, para llegar finalmente a una adecuada valoración de los mismos que darán lugar a la obtención de la prueba propiamente dicha (suficiencia probatoria).

La Suprema realza la exigencia de una prueba suficiente como parte del derecho a la presunción de inocencia regulada en el artículo 2° inciso 24° de la Constitución Política del Perú, concordado con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, precisando a su vez que la **prueba suficiente** es el punto culminante de la actividad probatoria y solo puede generarse en el juicio, y expresa una convicción en los jueces de la responsabilidad del acusado (Fundamento décimo segundo).

Otro punto importante que desarrolla esta casación, son los diferentes **“grados de convicción”** que tiene un Fiscal en un proceso penal sobre la existencia de un hecho punible y de la vinculación probable del imputado, como autor o partícipe. Estos grados de convicción se presentan desde las diligencias preliminares, pasando por la formalización de la investigación, prisión preventiva y acusación. El grado de convicción que se genera en la etapa intermedia es el que va a determinar si el Fiscal decide por acusar o por sobreseer la causa (Fundamento décimo segundo). Incluso en caso el Fiscal decida acusar, el defensor tendrá la opción de plantear el sobreseimiento por considerar que los elementos de convicción no son suficientes para enjuiciar a una persona determinada, como así ha ocurrido en el caso concreto donde la defensa de Cesar Acuña Peralta cuestionó la suficiencia de los elementos de convicción planteados en el requerimiento acusatorio respecto al delito de falsedad genérica.

La Suprema ha precisado que durante el desarrollo de un proceso, en cada una de sus etapas, se requieren distintos y ascendentes estándares de convicción⁶:

4 ROSAS YATACO, Jorge **“Manual de Derecho Procesal Penal”** Editorial. Lima Grijley, 2003, p. 596

5 SAN MARTÍN CASTRO, César **“Derecho Procesal Penal”** Volumen II. Lima. Editorial Grijley, 1999, p. 583.

6 Estos niveles de convicción también son aplicados para el Juez penal ya que para llegar a emitir una opinión contundente respecto a la responsabilidad o no de una persona imputada en la comisión de un hecho delictivo, debe formarse una convicción clara respecto a los hechos acontecidos. Por medio de la prueba se buscará impactarlo en su conciencia y este proceso tiene diferentes fases. Cafferata Nores desarrolla como fases a la verdad, certeza, duda y probabilidad; en: CAFFERATA NORES, José I. **“La prueba en el proceso penal,”** 3° Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998, p. 4.

- a) **SOSPECHA:** es parte del inicio del proceso o de las diligencias preliminares. Para llegar a este primer grado de convicción basta con el aviso inicial, conocido también como noticia criminal.
- b) **POSIBILIDAD:** el avance a la formalización y continuación de la investigación preparatoria requiere como elemento adicional el descubrimiento de indicios reveladores, los cuales conllevan a un nivel de convicción superior.
- c) **CERTEZA FISCAL:** la acusación requiere un nivel de convicción completo, para el Fiscal, respecto de la responsabilidad penal del autor o partícipe y de sus circunstancias personales.

Particularmente considero que el Juez (incluso el Fiscal) desde que toma conocimiento de un hecho punible siempre inicia con una **duda** respecto a la comisión del mismo. Luego se arriba a una **sospecha**, a la que se ha llegado luego de la realización de diferentes actos urgentes o necesarios. Adicionalmente, conforme avanza la investigación, sobre todo cuando se ha ingresado a una investigación formalizada, se van obteniendo elementos graves, fundados y contundentes que dan lugar a concluir por una alta **posibilidad** de la existencia de un hecho punible y de la vinculación del imputado. Asimismo, en caso se emita el requerimiento acusatorio y consecuentemente el respectivo auto de enjuiciamiento nos encontramos ante una alta **probabilidad** del hecho. Finalmente luego que el caso ha pasado a juzgamiento se tendrá que determinar la responsabilidad del acusado, lo que va a conllevar a obtener una **certeza** definitiva sea positiva o negativa, a la que se alcanzará luego del debate y valoración probatoria⁷.

7 Siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES, existen condiciones que debe reunir toda prueba para que la misma pueda ser valorada por el Tribunal y poder estimar destruida la presunción - iuris tantum - de inocencia. Así, en primer lugar debe tratarse de **verdaderos actos de prueba practicados en el acto de juicio oral**, no pudiendo el Juez utilizar su conocimiento privado o extraprocesal para formar su convicción acerca de los hechos. Deben excluirse o descartarse todos aquellos elementos que no tenga la condición de verdadera prueba. El material objeto de valoración judicial debe tener, por tanto, la condición de prueba. A todo esto es lo que se denomina "conurrencia de prueba". En segundo lugar, **la prueba debe ser de cargo**, es decir, debe tener un contenido objetivamente incriminatorio para el acusado, no siendo suficiente la simple presencia formal de pruebas sino que es imprescindible que las mismas tengan un contenido incriminatorio y que sea congruente con los hechos introducidos en el proceso. En tercer lugar, debe hablarse de la **legitimidad y licitud de la prueba**, pues la presunción de inocencia exige que las pruebas se practiquen con todas las garantías y se obtengan de forma lícita, caso contrario las pruebas quedarán excluidas. La regla de la exclusión se aplicará no solo cuando la infracción de derechos fundamentales se produzca durante la actividad de búsqueda y recolección de fuentes de prueba sino también durante la incorporación al proceso de las fuentes de prueba y durante la práctica en él de los medios de prueba debidamente propuestos y admitidos. Finalmente, otra condición para una adecuada valoración de la prueba es que la misma sea suficiente, es decir debe existir **suficiencia probatoria** para fundamentar una declaración de culpabilidad del acusado. Así, conforme lo establecido por el código procesal penal, la presunción de inocencia requiere, para ser desvirtuada, de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. **"La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004"** [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: www.incipp.org.pe

Los elementos de convicción

Los elementos de convicción, hoy en día, vienen a constituir un nuevo concepto que forma parte de toda la actividad probatoria⁸, concepto que según nuestro CPP se evidencia con mayor nitidez cuando se pretende imponer medidas limitativas de derechos, formalizar una investigación preparatoria así como cuando se emite un requerimiento acusatorio, conforme lo establece el artículo VI del título preliminar, artículo 336° inciso 1°, así como el artículo 349° inciso 1° literal “c” del CPP.

En tal sentido los elementos de convicción deben ser definidos como aquella data, información o indicios recabados durante la investigación preliminar o preparatoria que tienen como destino final lograr convicción en el juzgador para la imposición de una medida limitativa de derechos, para una adecuada formalización de investigación preparatoria o en su caso para el respectivo requerimiento acusatorio.

SAN MARTÍN CASTRO señala que los elementos de convicción integran una de las nociones esenciales del derecho probatorio peruano, en sentido amplio, pero solo en sede de investigación preparatoria e intermedia. La aludida expresión es utilizada por el CPP en diferentes artículos. Distintas son las expresiones cuando las referencias legales se ubican en la etapa de enjuiciamiento, empleándose como sinónimos a los medios de prueba, medios probatorios o prueba. Lo que se busca de los elementos de convicción es que el Juez se convenza de determinada información y que sobre esa base y en función a las exigencias legales dicte una decisión determinada⁹.

Es así que en mérito a la casación bajo análisis la Suprema ha realizado una interpretación sistemática de los elementos de convicción así como ha explicado la lógica de los mismos, sobre todo cuando ha servido de sustento para plantear una acusación. En su fundamento décimo quinto ha establecido que los elementos de convicción ***-por la etapa en que son utilizados, luego de realizados los actos de investigación, durante la investigación preparatoria-*** son los fundamentos o las razones suficientes que tiene el Fiscal para tener la certeza o convencimiento que se puede imputar un hecho punible al imputado, como autor o partícipe y, por ende, formularle una acusación e ir al juicio.

Asimismo se han fijado determinados criterios o pautas que son de suma importancia para que el operador jurídico los tenga en cuenta y así se pueda diferenciar claramente con otros

8 Como parte de los conceptos básicos de la actividad probatoria tenemos a la fuente de prueba, objeto de prueba, elemento de prueba, órgano de prueba, medio de prueba y prueba propiamente dicha.

9 Exposición dictada con fecha 10 de agosto de 2017 en la Sala Penal Nacional del Poder Judicial - La Catedra de los Jueves. Información recuperada de <https://www.youtube.com/watch?v=TY8hTOKCFfE&t=2630s>

conceptos propios de la actividad probatoria. Los criterios son los siguientes:

- Los elementos de convicción son los que sirven de base para formular una acusación fiscal.
- No pueden tener la misma intensidad incriminatoria que la prueba, obtenible solo en juicio, pues solo genera certeza en el Fiscal que es quien sostiene su acusación.
- Los elementos de convicción deben ser suficientes, para acusar, pues en situación inversa solo daría lugar al sobreseimiento.
- Quienes determinan, por regla general, la suficiencia de los elementos de convicción, son los Fiscales, pues son ellos los titulares de la acción penal.
- Solo cuando la insuficiencia de elementos de convicción sea evidente o cuando no exista la posibilidad razonable de incorporar al juicio, elementos de prueba **-que en realidad son de convicción-** puede instar el sobreseimiento, la defensa, o de oficio por el Juez.

Estos criterios, si bien es cierto han sido expuestos a propósito de los elementos de convicción que se presentan en un requerimiento acusatorio, lo cierto también es que pueden aplicarse en la etapa de investigación preparatoria, toda vez que muchas veces **-por ejemplo-** sirven para requerir una medida limitativa de derechos.

Que los elementos de convicción sean suficientes significa que los mismos deben ser necesarios y tener una proyección de fuerza probatoria en juicio para de esa forma poder vulnerar la presunción de inocencia del acusado, es decir, los elementos tienen que ser claros, objetivos, contundentes y pertinentes.

Lo resaltante de esto es que si ante un requerimiento acusatorio el Fiscal presenta elementos de convicción vagos, escuetos, con una mínima proyección de fuerza probatoria o porque no son suficientes, evidentes o no existe la posibilidad razonable de incorporar al juicio nuevos elementos de convicción, el Juez de oficio o la defensa está facultada para solicitar el sobreseimiento.

Así, el entendimiento adecuado de los elementos de convicción servirá como un límite para la fiscalía ya que tendrán que analizar adecuadamente si los elementos con los que cuenta son suficientes para emitir un requerimiento acusatorio, pues de lo contrario tendrían que decidir por el sobreseimiento. De no ser así estarán expuestos a un válido control por parte

de la defensa ya que con el nuevo sistema penal ya no es posible que los Fiscales presenten acusaciones incompletas, enrevesadas, ilógicas o contradictorias, sino que deben satisfacer un mínimo estándar de suficiencia que permita a la defensa preparar su teoría del caso, en juicio (Fundamento décimo sexto).

Control sustancial del requerimiento acusatorio

Ahora bien, independientemente del control que se hagan a los elementos de convicción, lo cierto es que la defensa también puede realizar un control sustancial argumentando la configuración de alguna de las causales establecidas en el artículo 344° inciso 2°. Sin embargo no cualquier oposición sustancial es suficiente para que el caso este destinado al sobreseimiento sino que **-como bien se ha explicado en la casación bajo análisis-** dicho control debe circunscribirse exclusivamente a los casos en el que el juicio de suficiencia (que les está permitido hacer a las partes) tenga por resultado lo siguiente: ***“evidente certeza” de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la “imposibilidad altamente probable” que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba.***

Lo que la Suprema ha resaltado es que para sobreseer un caso tiene que existir evidente certeza de alguna causal de sobreseimiento, es decir, no debe existir ni un mínimo de duda sobre la configuración de alguna causal sino que deben tratarse de casos límites, notorios o aprehensibles por cualquiera, como por ejemplo: la inexistencia del objeto del proceso, la imposibilidad de que el imputado haya estado presente en el lugar de los hechos, que el hecho investigado es evidentemente atípico, existencia de evidentes elementos que hagan notar eximentes de responsabilidad, muerte del imputado, prescripción, o una evidente u objetiva ausencia de elementos de convicción. De no presentarse notoriedad en la concurrencia de alguna causal para sobreseer o de presentar elementos de convicción que generen duda en la comisión del delito o en la responsabilidad del imputado, el caso tendrá que dilucidarse en juicio oral (Fundamento vigésimo).

De la lectura y análisis de la presente casación hemos podido advertir que los fundamentos constituyen un lineamiento central para los operadores del derecho ya que los Fiscales podrán decidir con una mejor condición si los elementos de convicción recabados durante la investigación preparatoria son suficientes para pasar a la siguiente etapa o por el contrario es necesario sobreseer la causa.

Asimismo, los abogados podrán controlar cualquier decisión fiscal pero no solo por tener un amparo legal sino porque el control debe obedecer a estos lineamientos descritos, como por ejemplo que las causales de sobreseimiento alegadas sean evidentes o certeras, pues de lo contrario las oposiciones no tendrían razón de ser ya que ante la mínima duda de

responsabilidad el caso debe pasar a juicio oral, pues esa línea de interpretación se aplicó en el caso concreto en donde la Suprema ha precisado que no existe argumento alguno en torno a una situación de evidente insuficiencia de elementos de convicción y tampoco se advierte ello de la revisión del requerimiento acusatorio, muy por el contrario, la Suprema advierte que de la revisión de la acusación se han precisado adecuadamente los elementos de convicción, reuniendo las características necesarias como son **suficiencia aparente y motivación**, que habilitaría a la acusación para que sea sustentada en juicio. Menciona la suprema que es cuestión distinta **–y que no corresponde evaluar–** si dichos elementos podrán convertirse en actos de prueba, cuestión que se dilucidará en la etapa de juicio (Fundamento Trigésimo sétimo segundo párrafo).

Sobre la valoración de los elementos de convicción en la etapa intermedia

Es interesante diferenciar el tipo de valoración que debe realizar el Juez de investigación preparatoria en la etapa intermedia, de la que realiza el Juez de juzgamiento. Es ahí donde la Suprema establece una clara distinción sobre ello, a propósito del argumento de la defensa cuando indicó en su recurso que **“contra cualquier elemento de convicción planteado por el requerimiento acusatorio persistiría, como un contra indicio, la conformidad administrativa formulada por los órganos estatales destinados al control del proceso democrático partidario”**.

Se establece un criterio delimitador para que los jueces de investigación preparatoria tengan claridad en la valoración que hagan de los elementos de convicción pues no pueden realizar un análisis respecto de indicios que pudieran extraer de los medios probatorios, ni establecer indicios que se opusieran a ellos para finalmente otorgar un valor probatorio preponderante a alguno del conjunto de indicios, sean convergentes o divergentes. En caso realicen toda esa valoración, nos encontraríamos ante un proceso de valoración probatoria que no es propio de la etapa intermedia sino del juzgamiento, constituyendo una vulneración al principio acusatorio¹⁰ y una extralimitación de las funciones de control de un Juez de investigación

10 La casación N° 626-2013-MOQUEGUA del 30 de junio de 2015 en su décimo quinto considerando señala que el Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete establece un sistema acusatorio contradictorio de origen euro continental (...). Asimismo, la casación 318-2011-Lima, ha señalado en su fundamento 2.2 que el nuevo modelo del proceso penal en el Perú además de la nominación de acusatorio y garantizador, es de tendencia adversativa; porque remarca la naturaleza principal del juicio público y oral, la trascendencia del contradictorio y la responsabilidad que en materia de actuación probatoria le corresponde al Ministerio Público, como titular de la pretensión punitiva, y al imputado y su defensor técnico a cargo de la pretensión libertaria. En el mismo sentido la casación N° 215-2011 del 12 de junio de 2012 resalta que el principio acusatorio forma parte de las garantías básicas del proceso penal e implica la existencia de una contienda procesal entre dos partes contrapuestas, constituye además una garantía fundamental de la imparcialidad del órgano jurisdiccional, propia de un Estado democrático de Derecho, siendo una de sus características esenciales la distribución de las funciones de acusación y decisión, por el cual se presupone que la acusación sea previamente formulada

preparatoria (Fundamento trigésimo octavo).

III. CONCLUSIONES

1. La sola oposición al control de acusación, basado en alguna de las causales del artículo 344° inciso 2°, no es suficiente para que la causa penal este destinada al sobreseimiento.
2. Es necesario que exista una “evidente certeza” de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la “imposibilidad altamente probable” que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba.
3. Los elementos de convicción son aquellos indicios, data o información recabados durante la investigación preliminar o preparatoria cuyo objetivo es lograr convicción en el juzgador para la imposición de una medida limitativa de derechos, para una adecuada formalización de investigación o en su caso para formular el respectivo requerimiento acusatorio.
4. Que los elementos de convicción sean suficientes significa que los mismos deben ser necesarios y tener una proyección de fuerza probatoria en juicio para de esa forma vulnerar la presunción de inocencia del acusado. Es decir los elementos tienen que ser claros, objetivos, contundentes y pertinentes.
5. Conocer la naturaleza jurídica de los elementos de convicción y su suficiencia en la acusación fiscal, como base para pasar a la siguiente etapa procesal, es de suma importancia ya que de esa manera se impondrán límites al ente persecutor como a la defensa de los procesados. A la fiscalía, porque acusará únicamente casos que contengan un sólido respaldo probatorio; o, decidirá por el sobreseimiento al advertir la configuración evidente de alguna de las causales del artículo 344° inciso 2°. De otro lado, el límite a la defensa radica en que sólo cuestionarán acusaciones cuando las causales de sobreseimiento sean certeros y cuando los elementos de convicción sean verdaderamente vagos, escuetos o que no tengan mínima fuerza acreditativa para pasar al juicio oral. De no presentar dichas características las causas deben dilucidarse en juicio oral.
6. Los Jueces de investigación preparatoria deben realizar una adecuada valoración de los elementos de convicción, sin pretender extralimitarse de sus funciones al realizar valoraciones propias de una etapa de juzgamiento.

y conocida, así como el derecho del imputado a ejercer su defensa y consiguientemente, la posibilidad de contestar o rechazar la acusación. Es por ello que la figura del Fiscal se relaciona necesariamente con el sistema acusatorio, según el cual no puede haber juicio sin acusación.

23

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 842-2016
SULLANA

PROCESO INMEDIATO Y FLAGRANCIA DELICTIVA

SUMILLA. i) Es verdad que el auto que dispuso que se siga con el proceso inmediato no fue recurrido por el imputado, pero no se puede sostener que operó la preclusión y, por tanto, ya no se puede cuestionar en las demás etapas procesales. La convalidación u saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales, sino únicamente cuando se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal. **ii)** El proceso inmediato se estimó porque el encausado fue detenido en flagrancia, empero por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales la interpretación de las normas que la autorizan debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal. En el presente caso, los policías captadores no presenciaron la comisión del delito, tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña. Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquella. Lo cierto es que el delito no puede calificarse como flagrante. En consecuencia, se desvió al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, que es el común.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de marzo de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado MAXIMILIANO BENITES RODRÍGUEZ contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, de veintidós de junio de dos mil dieciséis,

que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.

Interuiene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO: Que por escrito de fojas una el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Sullana, culminada la investigación preparatoria, formuló acusación contra Maximiliano Benites Rodríguez por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A., de siete años de edad. El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Sullana mediante auto de fojas diecinueve, de veinticuatro de enero de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral bajo los trámites del proceso especial inmediato.

SEGUNDO: Que los hechos declarados probados en las sentencias de instancia son los siguientes:

- A.** El día diecinueve de enero de dos mil dieciséis, como a las once de la mañana, en circunstancia que la menor agraviada de iniciales M.B.A.A., de siete años de edad, se encontraba sola en su domicilio, ubicado en el caserío Mallares, Calle Sáenz Peña - Sullana, llegó al mencionado inmueble el encausado Benites Rodríguez -vestía uniforme de ENOSA, camisa azul con pantalón jean azul y zapatos negros- para reconectar la luz eléctrica. Al advertir que la menor se encontraba sola, le pidió que verifique la luz. En ese momento, sin embargo, la agarró de los brazos, le dio un beso en la boca y luego la soltó, pero nuevamente le solicitó que prendiera la luz y la volvió a tomar de los brazos, así como a tocarle todo su torso, meter su mano dentro del short de tela que tenía puesto e introducir un dedo dentro de su vagina, el mismo que le produjo lesiones traumáticas genitales en la mucosa introito vaginal.
- B.** Al día siguiente, veinte de enero de dos mil dieciséis, aproximadamente a las nueve horas -luego de veintidós horas de ocurrido el hecho-, en circunstancias que la menor agraviada y su madre Mercedes Alburquerque Roa de Albán se dirigían en un vehículo policial, conjuntamente con tres efectivos policiales, a la Segunda Fiscalía Provincial de Sullana, esta última observó al encausado cuando se desplazaba por la carretera Panamericana Norte en una motocicleta, por lo que, ante la sindicación de la madre de la agraviada, la policía detuvo al imputado Benites Rodríguez.

TERCERO: Que, en lo relevante desde la perspectiva procedimental, se tiene con fecha veinte de enero de dos mil dieciséis el Fiscal Prouvincial formuló requerimiento de incoación de proceso inmediato, el cual fue declarado procedente por auto -no impugnado- de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis. En la misma audiencia única de incoación del proceso inmediato, el Fiscal solicitó mandato de prisión preventiva contra el citado encausado Benites Rodríguez, que el Juez de la Investigación Preparatoria por auto de fojas trece, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis declaró fundado y por un plazo de cinco meses.

Seguida la causa conforme a sus respectivas reglas de procedimiento, mediante sentencia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, se condenó al acusado Benites Rodríguez como autor del delito de violación sexual de menor de edad a la pena de cadena perpetua. Este fallo fue confirmado por sentencia de vista de fojas doscientos cinco, de veintidós de junio de dos mil dieciséis.

CUARTO: Que, la defensa del encausado Benites Rodríguez en su recurso de casación de fojas ciento doce, de quince de julio de dos mil quince, introduce como motivos los de inobservancia de precepto constitucional y quebrantamiento de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 1 y 4 del Código Procesal Penal).

Alega que se tramitó la causa en la vía inmediata como si se tratase de un supuesto de flagrancia delictiva, que no corresponde, y, en consecuencia, se afectó el derecho de defensa de su patrocinado. Afirma que la flagrancia no opera cuando es un tercero quien sindicada al presunto autor, más aún si la detención ocurrió con posterioridad a los hechos aunque antes de las veinticuatro horas de su presunta comisión. Acota que se interpretó extensivamente el artículo 259, apartado 3, del Código Procesal Penal y que la legalidad del procedimiento debió ser sostenida por el Fiscal y el Juez. De otro lado, apunta que la sentencia de vista incurrió en motivación deficiente porque no incorporó razones acerca de la ausencia de flagrancia delictiva y de la consiguiente arbitrariedad del arresto policial.

QUINTO: Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho, de veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, declaró bien concedido el citado recurso, aunque -en aplicación de la concepción de la "voluntad impugnativa"- exclusivamente por la causal de quebrantamiento de precepto procesal (artículo 429, apartado 2 del Nuevo Código Procesal Penal), a fin de examinar la legalidad de la incoación del proceso inmediato y la corrección jurídica del procedimiento subsiguiente.

SEXTO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el nueve de marzo del presente año, realizada esta con la concurrencia de la abogada defensora del encausado, doctora Mercedes Herrera Guerrero, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SÉPTIMO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, se acordó por unanimidad dictar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que, como ha quedado establecido en los fundamentos de hecho de la presente sentencia, es del caso determinar si se interpretó y aplicó correctamente los presupuestos legales que rigen la incoación del proceso inmediato reformado, previstos en el artículo 446 del Código Procesal Penal; y, por tanto, si correspondía dilucidar los cargos contra el encausado Benites Rodríguez en un proceso célere y abreviado como el inmediato.

Es verdad que el auto que, aceptando el requerimiento de la Fiscalía Provincial, dispuso se siga la causa en la vía inmediata, no fue recurrido por el imputado. Sin embargo, no es posible sostener como regla jurídica pétrea que operó la preclusión de ese momento procesal y, por tanto, que tal declaración jurisdiccional ya no se puede cuestionar en las demás etapas procesales. Cuando se cuestiona sostenidamente –en apelación y casación de las sentencias de mérito- la licitud de la concreta incoación del proceso inmediato, en el que se compromete una garantía constitucional, vinculada al debido proceso, como es la “interdicción de ser desviado de la jurisdicción determinada por la ley”, a que hace mención el segundo párrafo del numeral 3) del artículo 139 de la Constitución, no es de recibo aceptar el principio de convalidación por omisión de cuestionamiento en el momento en que se advirtió su infracción. La convalidación y el saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales (artículo 150, literal ‘d’, del Código Procesal Penal), sino únicamente cuando no se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal -se circunscribe a los defectos no absolutos-.

SEGUNDO: Que, según el auto de incoación del proceso inmediato de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, se declaró procedente ese proceso especial porque se estimó que el imputado Benites Rodríguez fue detenido en flagrancia delictiva. La Fiscalía Provincial acompañó a estos efectos la denuncia verbal, la declaración de la víctima y de su madre,

la declaración del imputado -quien negó los cargos-, actas de reconocimiento en rueda, fotografías, documentos y actas de inspección [requerimiento fiscal de fojas siete, de veinte de enero de dos mil dieciséis].

Es de precisar, como dato esencial, el mérito del acta denominada de “intervención policial”, de fecha veinte de enero de dos mil dieciséis, acompañada por el recurrente en esta sede y al que las sentencias de mérito han hecho mención. Allí se indica que cuando la menor agraviada, su madre y personal policial en una unidad policial se dirigían a la Fiscalía Provincial de Sullana, “...**la madre de la menor logró visualizar al presunto autor del delito contra la libertad sexual (actos contra el pudor), quien se desplazaba por la carretera Panamericana Norte [...] en un vehículo menor [...], siendo intervenido e identificado tratándose de la persona de Maximiliano Benites Rodríguez...**”.

En la sentencia de primera instancia, resumiendo la declaración de la madre de la agraviada, se anotó que “**lo reconoce porque su hija le dio las características...; estaba vestido con ropa azul y en la moto roja al momento en que ella lo observó**”. Asimismo, en la audiencia del juicio oral de cinco de febrero de dos mil dieciséis, se ratifica la forma cómo se identificó, quién lo hizo y la detención policial consiguiente: estelar, en esa intervención, fue la declaración de la denunciante Mercedes Alburquerque Roa de Albán.

Estos son los hechos procesales relevantes y definidos en las sentencias de mérito. Por ende, sobre esa base es que debe examinarse si correspondía o no el proceso inmediato y si en su actuación se vulneraron derechos básicos de carácter procesal del imputado, al punto que las sentencias de condena emitidas no pueden sostenerse por carecer de eficacia procesal.

TERCERO: Que el artículo 446, numeral 1), literal a), del Código Procesal Penal, estatuye que el proceso inmediato procede cuando, entre otros supuestos, “**el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259**”. La norma de remisión (artículo 259 del citado Código), en el inciso tercero, dispone que existe flagrancia, y permite la detención por la Policía, cuando: “**3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, [...], y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas producido el hecho punible**”.

En estos casos, como es obvio por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales –la flagrancia, como institución procesal, tiene un objetivo instrumental para facilitar la actuación de la autoridad policial o para instituir procedimientos simplificados y céleres–, la interpretación de las normas que lo autorizan, por sus efectos, debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal.

CUARTO: Que la flagrancia es una institución procesal de carácter instrumental o medial, a cuyo amparo se autoriza que la autoridad penal pueda realizar determinados actos de limitación de derechos fundamentales (medidas de coerción o medidas instrumentales restrictivas de derechos) con fines de investigación del delito y, en su caso, poder instaurar procedimientos simplificados que dan lugar a una decisión celeré. El delito flagrante es lo opuesto al delito clandestino; y, como tal, debe cometerse públicamente y ante testigos. Requiere que la víctima, la policía o un tercero presencien la comisión del delito en el mismo momento en que se perpetra (evidencia o percepción sensorial del hecho delictivo), y que ante la realización de la infracción penal surja la necesidad urgente de la detención del delincuente para poner coto a la comisión delictiva, cortar o evitar mayores efectos lesivos de la conducta delictiva o impedir la fuga del delincuente. La inmediatez que ello implica hace patente el hecho delictivo –la flagrancia se ve, no se demuestra– y su comisión por el detenido, de suerte que como existe una percepción directa y sensorial del delito, excluye de por sí toda sospecha, conjetura, intuición o deducción. Se asume, por ello, que todos los elementos del hecho están presentes y que no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del detenido (Acuerdo Plenario número 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 8-A, de uno de junio de dos mil dieciséis).

Lo últimamente expuesto, de uno u otro modo, se recoge en el citado artículo 259, apartado 3 del Código Procesal Penal, más allá de la dudosa extensión en la captura del delincuente de hasta veinticuatro horas después del hecho delictivo. Se trata de la denominada **cuasi flagrancia**, en cuya virtud el delincuente, sorprendido en plena comisión del hecho punible o cuando inmediatamente acaba de cometerlo –pero siempre en el mismo teatro de los hechos–, por diversos factores o circunstancias, logra huir de la escena del delito, no obstante lo cual ha sido reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía o, en todo caso, por un testigo presencial –este último puede ser el acompañante del agraviado o un tercero que se encontraba por el lugar de los hechos–.

Ser testigo presencial del delito –verbigracia: víctima, policía, sereno u otra persona– importa que directamente y a través de sus sentidos expone acerca de lo que observó y esta observación está referida, precisamente, a la comisión de un delito. No cumple con este requisito la institución del testigo de oídas o de referencia, pues solo puede mencionar lo que alguien le contó acerca de un suceso determinado –su información es indirecta, la obtiene a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas [Diccionario del Español Jurídico, RAE-CGPI, Madrid, 2016, páginas 1575/1576]–; y, por tanto, en tanto prueba indirecta –al no haber sido percibidos los hechos con sus sentidos–, su información debe ser contrastada por el testigo fuente, que sería el presencial.

Cabe acotar, desde ya, por su carácter de medio de prueba subsidiaria, sirve **(i)** para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de las circunstancias sobre las que declara, **(ii)** para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -presencial o de referencia inclusive-, o **(iii)** para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo que sostiene el testigo único- (SSTSE de treinta de abril de dos mil trece y de treinta de septiembre de dos mil dos).

QUINTO: Que, en el presente caso, los policías captoreos no presenciaron la comisión del delito. Tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña. Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquélla.

Con independencia de lo que mencionó la niña agraviada y del valor probatorio que puede otorgársele a su testimonio, lo cierto que el delito **sub-judice** no puede calificarse de flagrante. Nadie, excepto la propia víctima, presenció la violación que ha sido objeto de denuncia, procesamiento, acusación, enjuiciamiento y sentencia. Ni siquiera se recogió en ese acto, o inmediatamente después, algún vestigio material. Todo queda circunscripto al relato directo de la víctima, a la versión de oídas de sus familiares -que afronta una problemática en orden a su veracidad y credibilidad-, y a la negativa del imputado, sin perjuicio de la prueba pericial recabada.

Un caso como el aludido requiere de un elaborado análisis deductivo, de un riguroso análisis de la versión de la víctima, y de una actividad probatoria variada o diversa, tanto más **(i)** si no se cuenta con vestigios materiales y fluidos corporales examinados pericialmente, **(ii)** si la captura no se produjo en el mismo momento o instantes después de sucedido el hecho delictivo -a las veintidós horas del mismo, al día siguiente-, y **(iii)** si el imputado niega los cargos, quien incluso está en la posibilidad de ofrecer, desde la perspectiva de un procedimiento más extenso, prueba documental y personal de descargo. Por lo demás, se está ante un delito especialmente grave, que está asociado a la pena más grave del sistema penal: cadena perpetua, por lo que por razones de estricta proporcionalidad no puede solventarse, sin prueba evidente derivada de la flagrancia, en un proceso célere y reducida actuación probatoria, como el inmediato (Acuerdo Plenario número 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 10, de uno de junio de dos mil dieciséis).

SEXTO: Que, en consecuencia, se desvió al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, que es el común, derivándolo irrazonablemente al proceso inmediato. Se vulneró, en tal virtud, el artículo 139, apartado 3, 2do párrafo, de la Constitución, y al infringirse el artículo 466, apartado I), literal a) del Código Procesal Penal, se incurrió en la

causal de nulidad prevista en el artículo 150, literal d), del aludido Código. Ello determina a su vez que debe ser amparada la causal de casación procesal establecida en el inciso 2) del artículo 429 del Código citado.

La nulidad incurrida por ser absoluta es insubsanable. No cabe saneamiento ni convalidación, pues no se trata de una mera inobservancia de las formalidades previstas en el Código, sino de una auténtica lesión al debido proceso legal desde la perspectiva del procedimiento legal preestablecido que determine una retroacción de actuaciones radical. Como no se trata de un mero incidente de nulidad de actuaciones -que, por lo demás, ha de ser interpuesto en la instancia respectiva-; y, dado que la pretensión impugnativa está dirigida contra todo el procedimiento y, señaladamente, contra las sentencias de mérito, lo único que se exige es que se plantee adecuadamente como un motivo impugnativo puntual -que es lo que se ha hecho-. Por lo demás, los efectos lesivos del procedimiento incoado y de las sentencias emitidas son evidentes: plazos breves, eliminación de fases procesales, y con ello la imposibilidad de articular medios de defensa, con el tiempo razonable que requieren delitos no flagrantes.

SÉPTIMO: Que, de otro lado, en los marcos de la petición impugnativa se solicita que la nulidad alcance al mandato de prisión preventiva y, por tanto, que se dicte la inmediata libertad del imputado Benites Rodríguez.

Sobre el particular es de rigor puntualizar lo que estableció el Acuerdo Plenario número 02-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 23-D, de uno de junio de dos mil dieciséis. La desestimación de la incoación del proceso inmediato no trae consigo necesariamente la anulación de la prisión preventiva; y, la modificación de esta medida de coerción personal, requiere petición de parte, unida a un debate sobre los presupuestos materiales correspondientes.

Empero, lo que es singular en el presente caso es el tiempo de privación procesal de la libertad: ya alcanza cerca de los catorce meses. Como el plazo ordinario de la prisión preventiva, en estos casos, es de nueve meses (artículo 272, apartado 1 del Código Procesal Penal), es evidente que ya venció (se dictó el veinte de enero de dos mil dieciséis) -no cabe tomar en cuenta la mitad de la pena impuesta, porque la consecuencia de amparar el recurso de casación es la anulación de las sentencias de mérito, luego, la causa debe retrotraerse a la etapa de investigación preparatoria-. Rige para esta solución, el artículo 273 del citado Código, que es del caso aplicar.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado MAXIMILIANO BENITES RODRÍGUEZ contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, de veintidós de junio de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULA** la sentencia de vista recurrida e **INSUBSISTENTE** la sentencia de primera instancia; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: declararon **SIN EFECTO** todo lo actuado en esta causa desde el auto de incoación del proceso inmediato de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, inclusive, sin perjuicio de la validez de la prueba documental, los informes o dictámenes periciales, las diligencias objetivas e irreproducibles, y, en lo pertinente, de las actas que contienen las diligencias preliminares. **II. ORDENARON** se siga la causa conforme al proceso común y se remitan los actuados a la Fiscalía Provincial para la emisión de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. **III. DECRETARON** la inmediata libertad del encausado MAXIMILIANO BENITES RODRÍGUEZ por vencimiento del plazo de duración de la prisión preventiva; y, de conformidad con el artículo 273 del Código Procesal Penal, **ESTABLECIERON** que el citado encausado **(i)** no se comunique con la agraviada y su familia; **(ii)** no se ausente de las provincias de Sullana y Piura sin autorización del Tercer Juggado de Investigación Preparatoria competente, y, **(iii)** se presente el último día hábil de cada mes al referido Juggado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; oficiándose a quien corresponda para su excarcelación, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanado de autoridad competente. **IV. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede Suprema. **V. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte. Intervienen las señoras Juezas Supremas Luz Sánchez Espinoza y Zavina Chávez Mella por vacaciones de los señores Jueces Supremos Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas, respectivamente.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SÁNCHEZ ESPINOZA

CHÁVEZ MELLA

SOBRE EL DELITO FLAGRANTE EN EL PROCESO INMEDIATO CASACIÓN N° 842-2016-SULLANA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: GIAMMPOL TABOADA PILCO¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Flagrancia delictiva. 3. Control de legalidad de la detención policial. 4. Audiencia de incoación de proceso inmediato con detenido. 5. Conclusiones.

SUMILLA:

La Casación N° 842-2016-Sullana se pronuncia sobre dos temas de suma importancia en la delimitación del presupuesto de delito flagrante, para la procedencia válida del proceso especial inmediato, en primer lugar, la interpretación restrictiva de la detención policial en flagrancia; y en segundo lugar, la interpretación extensiva de la nulidad absoluta a actos procesales consentidos por la parte afectada, en tanto exista inobservancia del contenido esencial del derecho al debido proceso; sin embargo, omite pronunciarse sobre la obligación de efectuar un control judicial de legalidad de la detención en la audiencia única de incoación de proceso inmediato, que consiste en verificar: si la detención se ha realizado por un hecho delictivo cometido en flagrancia, si se han respetado los derechos del imputado y si se ha cumplido con el plazo estrictamente necesario de la detención.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República con fecha 16/03/2017 expidió la Casación N° 842-2016-Sullana (ponente Juez Supremo César San Martín Castro), declaro fundado el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el imputado Maximiliano Benites Rodríguez, en consecuencia se declaró nula la sentencia de vista e insubsistente la sentencia de primera instancia que lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como el pago de cinco mil soles por reparación civil.

1.2. La sentencia casatoria anotada declaró sin efecto todo lo actuado desde la incoación del proceso inmediato, sin perjuicio de la validez de la prueba documental, los informes

1 Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, Doctor en Derecho y Docente de la Academia de la Magistratura.

o dictámenes periciales, las diligencias objetivas e irreproducibles, y en lo pertinente las actas que contienen las diligencias preliminares. Se ordenó se siga la causa conforme al proceso común y se remitan los actuados a la Fiscalía Provincial para la emisión de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Finalmente, se decretó la inmediata libertad del imputado por vencimiento del plazo de duración de la prisión preventiva; y, se impuso reglas de conducta.

- 1.3.** Como hecho concomitante al delito, las sentencias consideraron probado que el día 19/01/2016, a las 11 a.m., cuando la menor agraviada de iniciales M.B.A.A. de 7 años de edad, se encontraba sola en su domicilio ubicado en el caserío Mallares, calle Sáenz Peña, Sullana, llegó el imputado Maximiliano Benites Rodríguez -vestía uniforme de ENOSA, camisa azul con pantalón jean azul y zapatos negros- para reconectar la luz eléctrica. Al advertir que se encontraba sola, la agarró de los brazos, le dio un beso en la boca, le tocó todo su torso y metió la mano dentro de su short e introdujo un dedo dentro de la vagina, lo cual le produjo lesiones traumáticas genitales en la mucosa introito vaginal.
- 1.4.** Como hecho posterior al delito, se probó que al día siguiente 20/01/2016, aproximadamente a las 9 horas -luego de 22 horas de ocurrido el hecho-, cuando la menor agraviada y su madre Mercedes Alburquerque Roa de Albán se dirigían en un vehículo policial conjuntamente con tres efectivos policiales a la Segunda Fiscalía Provincial de Sullana, ésta última observó al imputado cuando se desplazaba por la carretera Panamericana Norte en una motocicleta, por lo que, ante la sindicación de la madre de la menor agraviada, la policía detuvo al imputado.
- 1.5.** Como hechos procesales, se tiene que el fiscal formuló requerimiento de incoación de proceso inmediato, el cual fue declarado procedente por el juez de investigación preparatoria mediante auto -no impugnado-. En la audiencia única de incoación del proceso inmediato, el fiscal solicitó mandato de prisión preventiva y el juez lo declaró fundado por un plazo de 5 meses. Luego de seguida la causa conforme a sus respectivas reglas de procedimiento, se emitió sentencia condenatoria contra el imputado como autor del delito de violación sexual de menor de edad a la pena de cadena perpetua, siendo confirmado el fallo por sentencia de vista.
- 1.6.** La sentencia de casación se pronuncia sobre dos temas de suma importancia en la delimitación del presupuesto de delito flagrante, para la procedencia válida del proceso especial inmediato, relacionado en primer lugar, con la interpretación restrictiva de la institución procesal de la detención policial en flagrancia; y en segundo lugar, con la interpretación extensiva de la nulidad absoluta a actos procesales consentidos por la

parte afectada, en tanto exista inobservancia del contenido esencial del derecho al debido proceso; sin embargo, omite pronunciarse sobre la obligación de efectuar un control judicial de legalidad de la detención en la audiencia única de incoación de proceso inmediato, sobre la verificación de un hecho delictivo cometido en una situación de flagrancia, así como el respeto a los derechos del imputado y al plazo estrictamente necesario de la detención.

2. FLAGRANCIA DELICTIVA

- 2.1.** La flagrancia debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso, por lo que solo se constituirá cuando exista un **conocimiento fundado, directo e inmediato** del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar (STC N° 3325-2008-PHC/TC del 07/07/2009, caso Paula Orfelinda Arévalo Ortiz, fj. 10). La mera existencia de sospechas o indicios no es un elemento suficiente para constituir la flagrancia (STC N° 5423-2008-PHC/TC del 01/06/2009, caso Segundo Miguel López Aybar, fj. 10). Lo que justifica la excepción al principio constitucional de la **reserva judicial** para privar la libertad en los supuestos de flagrancia es la inmediatez temporal y personal del hecho delictuoso, lo que supone la imposibilidad de obtener una orden judicial previa (STC N° 5423-2008-PHC/TC del 01/06/2009, caso Segundo Miguel López Aybar, fj. 10.).
- 2.2.** Por delito flagrante debe entenderse aquel -y solo aquel- que es tan evidente e inconfundible que cualquiera es capaz de apreciarlo por los sentidos y llegar a la convicción de que se está en presencia de una conducta calificada como delito; de ahí que, tanto particulares como autoridades puedan apreciar la comisión del delito y proceder a la detención del sujeto activo del delito. La flagrancia en la comisión de un delito es una condición que concurre antes de la detención y presenta dos requisitos insustituibles: **a) inmediatez temporal**, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes; **b) inmediatez personal**, que el presunto delincuente se encuentre ahí, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo (STC N° 2096-2004-PHC/TC del 27/12/2004, caso Eleazar Jesús Camacho Fajardo, fj. 4).
- 2.3.** Las **notas sustantivas** de la flagrancia delictiva son: **a) La inmediatez temporal**, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, **b) La inmediatez personal**, que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instrumentos, efectos, pruebas o vestigios materiales), que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva (AP N° 2-2016/CIJ-116 del 01/06/2016, fj. 8.A). El hecho de que haya participado en la investigación policial un representante del Ministerio

Público no convierte en legítima la detención producida, pues dicha autoridad no está facultada para convalidar actos de detención fuera de las hipótesis previstas por la norma fundamental (STC N° 1107-2009-PHC/TC del 01/12/1999, caso Silvestre Uscamayta Estofanero, fj. 5).

- 2.4.** Las *notas adjetivas* que integran el delito flagrante son: **a) la percepción directa y efectiva:** visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías (medio audiovisual) -nunca meramente presuntiva o indiciaria- de ambas condiciones materiales; y, **b) la necesidad urgente de la intervención policial**, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas (AP N° 2-2016/CIJ-116 del 01/06/2016, fj. 8.A). En este sentido, una llamada telefónica de una tercera persona que denuncia la posesión de objetos o elementos ilícitos en el interior de un domicilio no puede comportar el conocimiento fundado, directo e inmediato de la realización del hecho punible (que se viene realizando o que se acaba de realizar instantes antes) que habilite a la autoridad pública a prescindir del mandato judicial correspondiente pretextando la configuración de la situación delictiva de la flagrancia (STC N° 3691-2009-HC/TC del 18/03/2010, caso Luz Emérita Sánchez Chávez, fj. 22.a).
- 2.5.** La flagrancia comprende la siguiente clasificación: **a) la flagrancia estricta**, cuando el sujeto es sorprendido y detenido en el momento de ejecutar el hecho delictivo, **b) la cuasi flagrancia**, cuando el individuo es capturado después de ejecutado el hecho delictivo, siempre que no se le haya perdido de vista y haya sido perseguido desde la realización del delito y, **c) la flagrancia presunta**, cuando la persona es intervenida por la existencia de datos que permiten intuir su intervención -en pureza, que viene de intervenir- en el hecho delictivo. Esta tipología ha sido reconocida en la redacción actual del artículo 259° del CPP, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29569 (25/08/2010), pero ampliando hasta 24 horas, el lapso existente entre la percepción del hecho y la intervención policial al imputado, lo que le resta, en gran medida, inmediatez temporal y personal, así como evidencia (AP N° 2-2016/CIJ-116 del 01/06/2016, fj. 8.A), pudiendo por ello ser llamada como *flagrancia extendida*.
- 2.6.** La flagrancia en cualquiera de sus tipos, supone, primero, que todos los elementos necesarios para evidenciar la comisión del delito se encuentren *presentes en el lugar de la detención* y sean recabados durante la captura; y, segundo, que al efectuarse la detención de hecho se *impide la continuación de la acción delictiva* y de este modo se protegen los intereses de las víctimas del delito. En todo caso, la flagrancia delictiva *se ve*, no se demuestra, y está vinculada a la *prueba directa* y no a la indirecta,

circunstancial o indiciaria. Si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo, para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente, no puede considerarse un supuesto de flagrancia. La **actualidad e inmediatez del hecho**, y la **percepción directa y sensorial** del mismo, excluyen de por sí la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello (AP N° 2-2016/CIJ-116 del 01/06/2016, fj. 8.A)²; por ello, para la **flagrancia extendida** temporalmente hasta las 24 horas de la comisión del delito, debe encontrarse el autor plenamente individualizado y además concurrir prueba directa de su participación en el delito³.

- 2.7.** Para compatibilizar la flagrancia delictiva regulada por el artículo 259° del CPP, con el proceso inmediato, en la noción de evidencia, siempre ha de primar: claridad de la comisión del delito por el imputado y lógica concluyente de lo que se aprecia y observa -incluso a través de medios audiovisuales-, con descarte razonable de alguna duda o información incompleta que fluye de los actos de investigación provisionales realizados inmediatamente o con carácter de urgencia y tiempo imprescindible, que es a lo que se denomina “diligencias policiales de prevención”. La flagrancia, en el caso del proceso inmediato, constituye una circunstancia que hace solamente más segura la determinación del autor del delito y permite, por tanto, un procedimiento más rápido en la investigación y en la celebración del juicio. Pero cuando a través de la flagrancia se pretende fundamentar una excepción al contenido de un derecho fundamental como la entrada y registro domiciliario, la interpretación debe ser **más restrictiva** (AP N° 2-2016/CIJ-116 del 01/06/2016, fj. 8.A).

2 En la **STC N° 818-1998-PHC/TC** del 14/01/1999, caso Rafael Leonardo Carpio Castro, se consideró que ninguna investigación preliminar sobre tráfico ilícito de drogas puede legitimar la detención de cualquier persona si no se acredita con hechos evidentes la configuración de los elementos constitutivos del delito. El hecho de encontrar droga fuera del inmueble del investigado no acredita la existencia de flagrante delito porque falta el nexo de causalidad entre el lugar de ubicación de la droga y el detenido, como se da en el presente caso, máxime cuando la propia autoridad policial empleada afirma que al detenido no se le encontró droga alguna en sus bolsillos, que la droga se halló en la parte posterior del inmueble intervenido, adicionalmente, conforme al certificado médico legal se acredita que el detenido no presenta signos de farmacodependencia. Ni la presencia del fiscal en la intervención judicial, ni la orden de allanamiento domiciliario decretado por un juez legitiman las detenciones arbitrarias [fj.1].

3 En la **STC N° 5423-2008-PHC/TC** del 01/06/2009, caso Segundo Miguel López Aybar se consideró que no existía cuasi flagrancia en la detención sólo por tener la condición de dirigente del denominado “Frente de Defensa de los Intereses de Madre de Dios”, para presumir la responsabilidad del detenido como autor mediato por dominio del hecho, respecto de las manifestaciones y hechos de violencia ocurridos el 09/07/2008 en la sede del Gobierno Regional de Madre de Dios; sin que exista prueba o indicio alguno que justifique la detención en flagrancia del dirigente, puesto que lo único que tenía era el dicho de la fiscalía que tenía supuestamente identificados a los responsables de los hechos, sin aportar prueba testimonial, audiovisual, o algún instrumento o medio empleado en la realización del hecho delictivo [fj. 13].

3. CONTROL DE LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

- 3.1.** El artículo 9.3° del PIDCYP, -concordante con el artículo 7.5° de la CADH-, garantizan que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ***ejercer funciones judiciales***, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. Así mismo, el artículo 9.4° del PIDCYP y el artículo 7.6° de la CADH reconocen que toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la ***legalidad de su arresto o prisión*** y ordene su libertad si el arresto o la prisión fueran ilegales. Por su parte, el artículo 19.2° de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (“Reglas de Mallorca”), precisa que toda persona detenida por sospecha de haber cometido un delito deberá ser presentada, a la mayor brevedad, ante la autoridad judicial. Esta autoridad deberá, después de escucharla, resolver inmediatamente respecto de su libertad.
- 3.2.** El artículo 2.24.f de la Constitución Política -modificado por la Ley N° 30558 publicada el 09/05/2017-, prescribe que: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones, y en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 48 horas o en el término de la distancia”. La interpretación de este derecho fundamental a la libertad y seguridad personal, debe ser integrada y complementada con las demás garantías reconocidas ante toda forma de detención por las normas internacionales antes anotadas, como lo manda la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución⁴.
- 3.3.** El Tribunal Constitucional desarrollo la necesidad de un ***primer control cuantitativo*** dirigido a los órganos oficiales de persecución penal de trasladar al detenido, -sea por detención preliminar judicial o policial-, ante el juez penal competente dentro del ***plazo estrictamente necesario de la detención*** (STC N° 6423-2007-PHC/TC del 28/12/2009, caso Alí Guillermo Ruiz Dianderas, precedente vinculante, fj. 12). Pero, esta garantía sería insuficiente, si a continuación no pudiera efectuarse un ***segundo control cualitativo*** de la detención, tendiente a verificar la concurrencia real de una flagrancia delictiva, así como el respeto de los derechos reconocidos a favor de una persona detenida desde el acto material de la detención hasta su puesta a disposición de la autoridad judicial.

4 La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prescribe que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

- 3.4.** La garantía prevista en el artículo 2.24.f de la Constitución tiene concreción en que el juez ejerza funciones jurisdiccionales mediante el **control integral** -cuantitativo y cualitativo- de la legalidad de la detención policial, precisamente por constituir una excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar la libertad en los supuestos de flagrancia del hecho delictuoso, lo que supone la imposibilidad de obtener una orden judicial previa (STC N° 5423-2008-PHC/TC del 01/06/2009, caso Segundo Miguel López Aybar, fj. 10.). El control judicial de legalidad de la detención policial consistente en verificar en cada caso concreto y en el escenario de una audiencia oral, pública y contradictoria: **1)** Si la detención deriva de la comisión de un delito; **2)** Si la detención se ha producido en una situación inequívoca de flagrancia; **3)** Si en la ejecución de la detención se respetaron los derechos inherentes a una persona detenida, y, **4)** Si el detenido fue puesto a disposición del Juez dentro del plazo estrictamente necesario de la detención.
- 3.5.** El control de legalidad de la **detención policial**, si bien no encuentra reconocimiento expreso en nuestra norma procesal penal a diferencia de la detención preliminar judicial; ello no obsta que, dada la **eficacia directa** de los derechos fundamentales a favor de una persona detenida reconocido en el artículo 2.24.f de la Constitución, concordante con los artículos 9.3° y 9.4° del PIDCYP y los artículos 7.5° y 7.6° de la CADH, podamos concluir categóricamente que “la puesta a disposición del detenido ante el juez”, es para que ejerza el poder-deber de controlar la legalidad de toda la diligencia de detención tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo.
- 3.6.** Una garantía elemental del Estado Constitucional de Derecho es que las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley (artículo VI del CPP). La detención policial en flagrancia delictiva al constituir una excepción al principio de reserva judicial para privar la libertad, debe ser objeto de un riguroso control por el juez al tener la función de garantizar los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso, para evitar de ésta manera todo acto de arbitrariedad en el ejercicio directo del poder punitivo por las agencias policiales sobre personas concretas -proceso de criminalización secundaria-⁵.

5 La selección criminalizante no la realizan los jueces, a quienes las agencias ejecutivas les llevan los candidatos cuando ya ellas comenzaron el proceso de criminalización (secundaria) desde el punto de vista de la realidad (detención de la persona, incautación de objetos). Las agencias jurídicas reciben el producto de la selección policial y sólo pueden decidir si la criminalización sigue adelante o se interrumpe, y en el primer caso la cantidad de poder punitivo que puede ejercerse sobre la persona. Esto muestra claramente que el poder punitivo no es ejercido por las agencias jurídicas del sistema penal, sino por las policiales, y las jurídicas lo único que pueden hacer en la práctica y hasta cierto punto es contenerlo (ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. **Manual de Derecho Penal. Parte General**. Segunda reimpresión. Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 14-15).

3.7. En la práctica, el control de legalidad de la detención policial en el proceso común se realizará en la audiencia de prisión preventiva, mientras que en el proceso especial inmediato será en la audiencia única de incoación de proceso inmediato, ambas dirigidas por el juez de investigación preparatoria y se desarrolla con la presencia del fiscal y del imputado-detenido con su abogado defensor, con la finalidad de verificar la legalidad de la detención. El control judicial de la detención deberá confirmar con carácter prioritario la regularidad de las condiciones que determinaron la detención en flagrancia. Si el juez considera que la persona fue detenida sin que concurra ningún supuesto de flagrancia, o que se prolongó la detención más allá de sus límites legales o que no se respetaron los derechos reconocidos a favor del detenido, dispondrá de ser el caso la adopción de las medidas correctivas y sancionatorias que correspondan al personal policial responsable, sin perjuicio de disponer la libertad inmediata del detenido al interior del propio proceso penal de ser el caso⁶.

3.8. La interpretación del artículo 2.24.f de la Constitución, en concordancia práctica con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes anotados, constituyen el marco de concreción del derecho de toda persona detenida por las autoridades policiales a ser puesto a disposición del juez **para ejercer funciones jurisdiccionales**, es decir, para realizar -a petición de parte e incluso de oficio- el control de legalidad de la detención al interior del mismo proceso penal instaurado precisamente con ocasión de dicha detención, siendo la audiencia de prisión preventiva el escenario natural para posibilitar dicho control al materializar con creces el **principio de inmediación**, por ser la primera audiencia de entrada al proceso que se instala con la presencia simultánea del juez, fiscal, imputado y abogado defensor quienes son los actores legitimados para su debate, garantizándose por tanto el derecho humano a ser oído en una audiencia con las características de oralidad, contradicción y publicidad.

4. AUDIENCIA DE INCOACIÓN DE PROCESO INMEDIATO CON DETENIDO

4.1. Cuando se trata de un imputado que ha sido detenido por la policía en flagrancia delictiva, el juez de investigación preparatoria en la audiencia única de incoación de proceso inmediato, se pronunciará oralmente en el siguiente orden de debate: **1)** La procedencia de la incoación del proceso inmediato por el supuesto de delito flagrante; **2)** La confirmación de medidas restrictivas conexas a la detención por exigencia del artículo 203.3º del CPP; **3)** La celebración del principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada; y, **4)** La imposición de la medida coercitiva. Este orden de debate ha sido establecido por el artículo 447.4º del CPP, modificado

6 FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. *Procedimiento Penal Acusatorio y Oral*. Volumen I. Bogotá D.C., Editorial ABC, 2005, pp. 76-83.

por el Decreto Legislativo N° 1307, publicado el 30/12/2016, lo cual -a diferencia de su redacción anterior-, coincide con el "Protocolo de Actuación Interinstitucional para el proceso inmediato en casos de flagrancia y otros supuestos", aprobado por Decreto Supremo N° 003-2016-JUS publicado el 11/05/2016.

- 4.2.** El primer debate entre las partes a realizarse en la audiencia única instalada por requerimiento fiscal del proceso inmediato, basado en el supuesto específico de delito flagrante, implica realizar el control judicial de legalidad de la detención policial en flagrancia, como además lo prevé el artículo 2.24.f de la Constitución, concordante con el artículo 9.4° del PIDCYP y el artículo 7.6° de la CADH, lo cual abre la posibilidad de examinar íntegramente la detención a partir del material probatorio acopiado en las diligencias preliminares y disponible para su revisión en el expediente fiscal. El control de legalidad de la detención policial implica la discusión por las partes y la decisión por el juez de los siguientes temas en un orden lógico necesario: **1)** La realización del delito; **2)** La flagrancia del delito; **3)** Los derechos del detenido y; **4)** El plazo estrictamente necesario de la detención.
- 4.3.** Cada aspecto del control de la detención policial generará diversos efectos jurídicos que impactarán con distinta intensidad en el proceso penal, según la afectación sea de un derecho de contenido constitucional o legal. Si el juez verifica que el hecho no es delito o no hay flagrancia en cualquiera de sus modalidades (artículo 259° del CPP), se rechazará el proceso inmediato e incluso podrá declararse como prueba ilícita, la evidencia obtenida de la restricción del derecho fundamental basada en un hecho que no configura como delito flagrante. De otro lado, si el hecho es delito y hay flagrancia, pero no se respetaron los derechos del detenido o el plazo estrictamente necesario de la detención, el proceso inmediato continuará, correspondiendo en lo posible la subsanación de la omisión o el defecto incurrido en la detención. La inexistencia de delito flagrante o la ejecución manifiestamente defectuosa de la detención policial en flagrancia, advertida en la audiencia de incoación del proceso inmediato, habilitará que el juez proceda a comunicar a las autoridades competentes, las posibles responsabilidades penales y/o administrativas-disciplinarias contra los funcionarios que intervinieron en la detención de marras.
- 4.4.** *El control de realización del delito*, significa que el comportamiento del agente tiene que encontrarse previamente tipificado como delito en el Código Penal o en las leyes penales especiales, esto es, deben concurrir todos los elementos descriptivos del tipo objetivo en la actuación dolosa o culposa del delincuente, lo contrario, daría lugar a una detención policial manifiestamente ilegal. *El control de la flagrancia*, significa que el agente haya sido descubierto y detenido en plena ejecución del delito para la

flagrancia estricta, o incluso, después de haber sido consumado, siempre que no haya transcurrido más de 24 horas de realizado el mismo para la cuasi flagrancia o presunción de flagrancia. **El control del cumplimiento de los derechos del detenido**, significa que tanto el policía que detiene como el fiscal que dirige la investigación, deben asegurarle al detenido todos sus derechos previstos en la Constitución y la ley. **El control del plazo de la detención**, significa que el detenido debe ser puesto a disposición del juez en el plazo estrictamente necesario de la detención que puede ser menor o igual al plazo máximo legal de 24 horas para delitos comunes.

- 4.5. Una vez que el juez declara la procedencia del proceso inmediato al haber verificado la legalidad de la detención policial, recién podrá debatirse a pedido de las partes, las salidas alternativas al juicio de carácter consensual, como los criterios de oportunidad para los delitos de bagatela o la terminación anticipada del proceso para todos los demás delitos (artículo 446.3° del CPP). Sólo ante la negativa del imputado a concluir tempranamente el proceso, quedará habilitado al final de la audiencia única, el debate sobre las medidas coercitivas requerida por el fiscal para asegurar la presencia del imputado en la continuación del proceso inmediato, que no necesariamente será la de prisión preventiva del imputado que fuera detenido en delito flagrante, pudiendo petitionarse e imponerse otra medida alternativa que le permita afrontar en libertad el proceso.

5. CONCLUSIONES

- 5.1. Aunque el imputado no apele el auto de procedencia del proceso inmediato, no es posible sostener como regla jurídica pétrea que operó la preclusión de ese momento procesal y, por tanto, que tal declaración jurisdiccional ya no se pueda cuestionar en las demás etapas procesales, al comprometerse una garantía constitucional vinculada al debido proceso, como es la “interdicción de ser desviado de la jurisdicción determinada por ley” reconocida en el artículo 139.3 de la Constitución. La convalidación y el saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable que comprometen derechos y garantías fundamentales (artículo 150.d del CPP), sino únicamente cuando no se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal -se circunscribe a los defectos no absolutos-.
- 5.2. El proceso inmediato al restringir plazos procesales y eliminar o reducir fases procesales, debe interpretarse en forma restrictiva la institución de la flagrancia, al tener como objetivo instrumental el de facilitar la actuación de la autoridad policial o instituir procedimientos simplificados y céleres, lo cual además guarda sintonía con el fundamento de interpretación prevista en el artículo VII.3° del CPP. La flagrancia

supone que todos los elementos del hecho están presentes y no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del delito como fue precisado en el Acuerdo Plenario N° 2-2016/CIJ-116 del 01/06/2016, fj. 8-A.

- 5.3.** Por la cuasi flagrancia, el delincuente es sorprendido en plena comisión del hecho punible o cuando inmediatamente acaba de cometerlo -pero siempre en el mismo teatro de los hechos-, pero que por diversos factores o circunstancias, logra huir de la escena del delito, no obstante lo cual es reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía, o en todo caso, por un testigo presencial, éste último puede ser el acompañante del agraviado o un tercero que se encontraba por el lugar de los hechos. Ser testigo presencial de los hechos importa que directamente y a través de sus sentidos exponer acerca de lo que observó sobre la comisión de un delito. No cumple con este requisito la institución del testigo de oídas o de referencia, pues solo puede mencionar lo que alguien le contó acerca de un suceso determinado, su información es indirecta, la obtiene a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.
- 5.4.** La sentencia casatoria omitió pronunciarse sobre la obligatoriedad de efectuar un control judicial de legalidad de la detención policial en flagrancia, como lo exige el artículo 9.4° del PIDCYP y el artículo 7.6° de la CADH, en concordancia práctica con el artículo 2.24.f de la Constitución, lo cual abre la posibilidad de examinar íntegramente la detención en el siguiente orden temático: **1)** La realización del delito, **2)** La flagrancia del delito, **3)** Los derechos del detenido y; **4)** El plazo estrictamente necesario de la detención.

24

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 1027-2016
ICA

EFFECTOS DE LA COSA JUZGADA CIVIL EN EL PROCESO PENAL

SUMILLA

La cosa juzgada civil, en este caso, por expreso mandato legal –del Código Penal específicamente–, no solo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, *erga omnes*, a sujetos no litigantes, frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad –como nota esencial de la cosa juzgada, proyectada de un fallo civil al ámbito penal– está en función al hecho objeto de decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso en sede penal, que como es patente exige, desde su objeto o límite objetivo, un hecho penalmente relevante, el cual si se declaró lícito no puede ser materia de un proceso jurisdiccional penal. La *autoritas iudicati* sobre cuestiones de hecho son pues factibles.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de febrero de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por el encausado MARIO ALBERTO FERRARI QUIÑE contra el auto de vista de fojas noventa, de veinticinco de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y ocho, de diez de setiembre de dos mil quince, declaró infundada la excepción de cosa juzgada que dedujo; en el marco del proceso penal que se le sigue por delitos de falsedad ideológica y uso de documento público en agravio del Estado. Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO: Que por Disposición de fojas setenta y dos, de veintinueve de mayo de dos mil quince, el Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica formalizó Investigación Preparatoria contra Mario Alberto Ferrari Quiñe, Pedro Bordarampe Jeri, José Pablo Miñan Galarza, en su condición de Representantes Legales del Banco de Crédito del Perú, y contra Guillermo Dávila Jaramillo y Sergio Bernardo Othoniel Galindo Neumann, en su condición de representantes de Owens Illinois Perú S.A, por delitos de falsedad ideológica y uso de documento público en agravio del Estado, representado por el Procurador Público del Ministerio de Justicia y el Procurador Público del Poder Judicial, y de Luis Octavio La Rosa Degregori e Ida Martínez de La Rosa.

SEGUNDO: Que se atribuye a Mario Alberto Ferrari Quiñe, Pedro Bordarampe y José Pablo Miñan Galarza, en su condición de funcionarios del Banco de Crédito del Perú, haber celebrado con los funcionarios de Owens Illinois Perú Sociedad Anónima, Guillermo Dávila Jaramillo y Sergio Bernardo Othoniel Galindo Neumann, la escritura pública número dieciséis mil novecientos once sobre cesión de derechos, de fecha quince de diciembre de dos mil ocho, mediante la cual la aludida entidad financiera cede a Owens Illinois Perú Sociedad Anónima los derechos de la deuda que tienen los esposos Luis Octavio La Rosa Degregori e Ida Martínez de La Rosa con el referido banco por el monto de sesenta mil dólares americanos.

Los citados encausados consignaron un hecho falso en la cláusula primera de la referida escritura pública; esto es, a través de la escritura pública de veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno, hicieron constar que el señor Luis Octavio La Rosa Degregori y su cónyuge Ida Martínez de La Rosa constituyeron una hipoteca a favor del Banco de Crédito del Perú por la suma de sesenta mil dólares americanos. Es del caso que como consecuencia de una acción judicial se ordenó que la citada entidad bancaria pague a los mencionados esposos una indemnización por daños y perjuicios por haber incumplido el contrato de crédito e hipoteca de veintiséis de junio de mil novecientos noventa y uno, ampliado el veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y dos. Esta situación generó que el Banco de Crédito del Perú y Owens Illinois Perú Sociedad Anónima iniciaran un proceso de ejecución de garantía a fin que esta última se adjudique la propiedad de los bienes inmuebles rematados, ocasionando perjuicios a los agraviados al habersele privado de la propiedad de sus bienes.

TERCERO: Que, con fecha diez de junio de dos mil quince, la defensa del imputado Ferrari Quiñe dedujo excepción de cosa juzgada, que fue declarada infundada por auto de fojas treinta y ocho, de diez de setiembre de dos mil quince, confirmada por el auto de vista de fojas noventa, de veinticinco de abril de dos mil dieciséis. El referido encausado interpuso el recurso de casación de fojas ciento dos, de nueve de mayo de dos mil quince, el cual fue declarado inadmisibles por resolución de fojas ciento veinticinco, de veintisiete de mayo de dos

mil dieciséis, por lo que promovió recurso de queja, que fue declarado fundado por Ejecutoria Suprema de fojas ciento cuarenta y ocho, de uno de julio de dos mil dieciséis. En tal virtud, la Primera Sala de Apelaciones y Flagrancia de Ica emitió la resolución de doce de setiembre de dos mil dieciséis, de fojas ciento cincuenta y seis, que concedió el recurso de casación.

CUARTO: Que cumplido el trámite de traslado a las partes recurridas, este Tribunal de Casación expidió la Ejecutoria Suprema de fojas cincuenta y cinco, de nueve de diciembre de dos mil dieciséis, que declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el procesado Ferrari Quiñe por infracción de precepto constitucional (artículo 429, numeral 1, del Código Procesal Penal) en relación con la institución de la cosa juzgada –*ne bis in ídem*: no dos veces sobre lo mismo– (artículo 139, numeral 13, de la Constitución) y el marco legal descrito en el artículo 79 del Código Penal, bajo el acceso excepcional previsto en el artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal.

QUINTO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el dos de febrero de dos mil dieciséis, realizada ésta con la concurrencia del abogado defensor del encausado Ferrari Quiñe, doctor Carlos Constante Ávalos Rodríguez, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

SEXTO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, y señaló para la audiencia de su lectura el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Que la institución de la cosa juzgada ha sido incorporada en la Constitución como una garantía específica integrada a la garantía genérica de tutela jurisdiccional y, en su consecuencia, del *ne bis in ídem* (no dos veces sobre lo mismo) –efecto o función negativa de la cosa juzgada–. El artículo 139, numeral 13, de la Constitución estipula, con carácter general, que está prohibido revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

La Constitución garantiza, de este modo, el respeto a la firmeza de las resoluciones firmes y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas –es uno de elementos que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la tutela jurisdiccional (STCE 119/1988, de 20 de junio)–. Si la cosa juzgada fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso y, además, se vulneraría la legalidad penal, integrada al debido proceso [GIMENO SENDRA. *Derecho Procesal Penal*, 2015, pp. 844-845].

Procesalmente la cosa juzgada se erige en un impedimento procesal, desde su efecto o función negativa: **ne bis in idem** –respecto del efecto o función positiva, prejudicial, la cosa juzgada impide que se desconozca o contradiga las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial firme–. Si está presente no tiene sentido un proceso con la meta de lograr una sentencia de mérito. El presupuesto procesal –versión positiva del impedimento procesal– importa una circunstancia o una condición de admisibilidad para alcanzar una sentencia material; no está comprendida en la cuestión de la culpabilidad y, por ende, pertenece al derecho procesal [VOLKS, KLAUS. **Curso fundamental de Derecho Procesal Penal**, 2016, pp. 208 y 213].

SEGUNDO: Que el artículo 79 del Código Penal instituye uno de los supuestos de eficacia o función refleja de la cosa juzgada –desde luego, de la cosa juzgada civil al proceso penal–. Dispone la citada norma que: **“Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito”**. La cosa juzgada civil, en este caso, por expreso mandato legal –del Código Penal específicamente–, no solo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, **erga omnes**, a sujetos no litigantes (extensión **ultra partes** de la cosa juzgada), frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad –como nota esencial de la cosa juzgada, proyectada de un fallo civil al ámbito penal– está en función al hecho objeto de decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso en sede penal, que como es patente exige, desde su objeto o límite objetivo, un hecho penalmente relevante, el cual si se declaró lícito no puede ser materia de un proceso jurisdiccional penal. La **autoritas iudicati** sobre cuestiones de hecho son pues factibles [CARNELUTTI, FRANCISCO. **Cuestiones sobre el proceso penal**, 2001, pp. 120-124].

Precisamente, por todo ello, la cosa juzgada material es un determinado efecto de algunas resoluciones firmes, consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera de los órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos), respecto del contenido de esas resoluciones (de ordinario, sentencias) [DE LA OLIVA, ANDRÉS: **Derecho Procesal Civil. El Proceso de Declaración**, 2003, p. 492]. La perspectiva amplia de esta institución puede entenderse reconocida por el artículo 78, numeral 2, del Código Penal, cuando preceptúa que: **“La acción penal se extingue: 2. Por autoridad de cosa juzgada”**. Luego, si se trata de un impedimento procesal –impide una sentencia de mérito sobre un hecho ya juzgado–, si constituye un óbice procesal, puede plantearse como excepción y, precisamente, excepción de cosa juzgada.

TERCERO: Que, resuelto el problema previo en el sentido de que la invocación del artículo 79 del Código Penal, procesalmente, se plantea a través de la excepción de cosa juzgada,

por lo que las decisiones en contrario del Juez y de la Sala Superior incurrieron en una inobservancia del indicado dispositivo del Código Penal. Y, como se trata de un asunto de puro derecho que no requiere de un nuevo debate, un mero juicio de subsunción desde las afirmaciones y decisiones jurisdiccionales civiles invocadas y presentadas por las partes, en especial por la parte acusada, es del caso examinar si la excepción es fundada o infundada (artículo 433, apartado uno, del Código Procesal Penal). Están superadas las cuestiones de admisibilidad y procedencia.

CUARTO: Que los hechos previos al hecho penal incriminado por la Fiscalía Provincial de Ica, son los siguientes:

A. Con fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, ampliado con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y dos, el Banco de Crédito se comprometió a otorgar un crédito en cuenta corriente a los agraviados Luis Octavio La Rosa Degregori e Ida Martínez de la Rosa por sesenta mil dólares americanos [fojas cuatrocientos cuarenta y cuatrocientos treinta y cinco]. Por ese contrato se constituyó una hipoteca sobre el predio rústico “Estancia Santa Lucía”.

B. El referido contrato reconoció la existencia de otras deudas de los deudores al Banco e incorporó aquéllas en la hipoteca del predio antes mencionado. La deuda anterior se comprendió en el Pagaré número doscientos veinticuatro mil novecientos noventa y seis por sesenta y un mil seiscientos dieciséis dólares americanos. Ésta provenía de tres pagarés vencidos y no pagados y un saldo deudor de la cuenta corriente número cero cuatro noventa y seis sesenta guión cero guión noventa y ocho.

C. Esta deuda fue materia de una demanda de ejecución de garantía por sesenta mil dólares, por la que se presentó como título de ejecución el Pagaré número doscientos veinticuatro mil novecientos noventa y seis por ante el Segundo Juzgado Civil de Ica. Ante el cuestionamiento de los deudores, el indicado Juzgado y la Sala Superior resolvieron que la acción de cobro es lícita, el título valor no es nulo y la obligación es exigible. Así aparece de los autos de fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y veintidós de enero de mil novecientos noventa y seis, de fojas nueve y doscientos cuatro, respectivamente; el auto de vista quedó firme porque los agraviados se desistieron de interponer recurso de casación [fojas siete y ocho].

D. El Banco de Crédito con fecha quince de diciembre de dos mil ocho suscribió una escritura pública de cesión de derechos a favor de Owens Illinois Perú Sociedad Anónima, respecto de la deuda puesta a cobro por ante el aludido Segundo Juzgado Civil de Ica, como consta de su cláusula segunda [fojas doscientos sesenta y cuatro].

E. A raíz de una demanda interpuesta por los agraviados contra el Banco de Crédito sobre indemnización por daños y perjuicios, en vista de que el Banco no proporcionó los sesenta mil dólares del crédito al que se comprometió por el aludido contrato de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno, se declaró fundada dicha demanda y se ordenó que el Banco pague a los agraviados la suma de treinta y cinco mil soles más los intereses legales desde el siete de marzo de dos mil [sentencia de primera instancia de fojas trescientos diecinueve, sentencia de vista de fojas trescientos veintisiete y sentencia de casación de fojas trescientos treinta y ocho].

F. Cabe precisar que en el noveno fundamento jurídico de la sentencia de vista de fojas trescientos veintisiete se señaló expresamente que con anterioridad al contrato de veintiséis de julio de mil novecientos noventa y uno existía una deuda de los agraviados con el Banco de Crédito. Ello refuerza la afirmación de que los sesenta mil dólares del contrato antes mencionado es una cantidad distinta de la deuda ya generada.

G. Como consecuencia de esa demanda de indemnización, estimada parcialmente por el órgano jurisdiccional, y del contrato de cesión de derechos, los agraviados formularon denuncia por delitos contra la fe pública, que fue aceptada por el Ministerio Público, en los términos consignados en el fundamento de hecho segundo. Se entendió que el hecho consignado en el contrato de cesión de derechos –existencia de la deuda que los agraviados tenían con el Banco– era falso, y que el mencionado contrato fue utilizado para perjudicar a los agraviados.

H. Tal situación generó a su vez la excepción de cosa juzgada interpuesta por el encausado Ferrari Quiñe, que intervino en el contrato de cesión de derechos.

QUINTO: Que, siendo así, es evidente, primero, que el título valor y la exigibilidad de la deuda materia del proceso seguido ante el Segundo Juzgado Civil de Ica ha sido establecido por resolución judicial firme –ante la posición procesal de los agraviados, el órgano jurisdiccional, bajo trámite contradictorio, declaró la validez de esa deuda y del título valor correspondiente–; segundo, que la deuda es previa, la decisión jurisdiccional recaída en el proceso sobre indemnización incoado por los agraviados no la invalida, pues se refiere al crédito ulterior, de sesenta mil dólares americanos, finalmente no otorgados por el Banco de Crédito; y, tercero, el hecho, calificado de delictivo por el Ministerio Público: consignar una deuda inexistente en un contrato de cesión de derechos, empero, ha sido calificado de lícito por la jurisdicción civil. Por ende, no puede construirse un cargo penal sobre un hecho cuya licitud ya fue decidida por la jurisdicción civil. La excepción de cosa juzgada es fundada.

SEXTO: Que el artículo 6, apartado 2, del Código Procesal Penal establece que si se declara fundada la excepción de cosa juzgada, entre otras, el proceso será sobreseído definitivamente. De otro lado, el artículo 8, apartado 6, del aludido Código, preceptúa que las excepciones deducidas a favor de uno de los imputados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica -efecto extensivo en lo favorable de las excepciones-. En el caso de autos, se encuentran en la misma situación jurídica tanto los encausados Bordarampe Jerí y Miñán Galarza, que al igual que el procesado Ferrari Quiñe actuaron en el contrato de cesión de derechos como representantes legales del Banco de Crédito, como los encausados Dávila Jaramillo y Galindo Neumann, quienes intervinieron en ese contrato por la empresa Owens Illinois Perú Sociedad Anónima.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por el encausado MARIO ALBERTO FERRARI QUIÑE contra el auto de vista de fojas noventa, de veinticinco de abril de dos mil dieciséis, que confirmando el auto de primera instancia de fojas treinta y ocho, de diez de setiembre de dos mil quince, declaró infundada la excepción de cosa juzgada que dedujo; en el marco del proceso penal que se le sigue por delitos de falsedad ideológica y uso de documento público en agravio del Estado; en consecuencia: **CASARON** el auto de vista de fojas noventa, de veinticinco de abril de dos mil dieciséis. **II. Actuando como órgano de instancia: REVOCARON** el auto de primera instancia de fojas treinta y ocho, de diez de setiembre de dos mil quince, declaró infundada la excepción de cosa juzgada que dedujo el encausado Mario Alberto Ferrari Quiñe; reformándolo: declararon **FUNDADA** la referida excepción de cosa juzgada; y, por tanto, **SOBRESEYERON** la causa incoada en su contra. **III. EXTENDIERON** la fundabilidad de la excepción de cosa juzgada a los encausados Pedro Bordarampe Jerí, José Pablo Miñán Galarza, Guillermo Dávila Jaramillo y Sergio Bernardo Othoniel Galindo Neumann, a quienes también se les sobresee definitivamente la causa. **IV. ORDENARON** se archive el proceso definitivamente, se anulen sus antecedentes policiales y judiciales por estos hechos, y se levanten todas las medidas de coerción dictadas en su contra. **V. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene el señor juez supremo Aldo Martín Figueroa Navarro por licencia del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

FIGUEROA NAVARRO

EFFECTOS DE LA COSA JUZGADA CIVIL EN EL PROCESO PENAL CASACIÓN N° 1027-2016-ICA

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: OMAR TELLO ROSALES

SUMILLA:

La cosa juzgada civil, en este caso, por expreso mandato legal -del Código Penal específicamente-, no solo se refiere a las mismas partes de un eventual proceso penal, sino que se extiende, por excepción, *erga omnes*, a sujetos no litigantes, frente a la licitud de un hecho, relación o conducta declarada por la jurisdicción civil. Su imperatividad -como nota esencial de la cosa juzgada, proyectada de un fallo civil al ámbito penal- está en función al hecho objeto de decisión firme, por lo que si en esa sede se declara lícito es obvio que, bajo ninguna circunstancia, puede dar lugar a un proceso en sede penal, que como es patente exige, desde su objeto o límite objetivo, un hecho penalmente relevante, el cual si se declaró lícito no puede ser materia de un proceso jurisdiccional penal. La *autorictas iudicati* sobre cuestiones de hecho son pues factibles.

ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

1. Cabe iniciar el presente análisis señalando en primer término -al igual como lo expone el profesor Antonio María Lorca Navarrete¹-, que el Derecho procesal no garantiza el logro de la “justicia” ni de la “verdad”, pues sólo le justifica la norma constitucional y la función jurisdiccional, esto es, que el Derecho procesal regula el proceso de la función jurisdiccional mediante la aplicación de garantías procesales por parte de los jueces, a fin de lograr tutela jurisdiccional efectiva ante un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; que asimismo el “concepto de justicia” deberá ser el resultado de un proceso justo que ha de ser garantía de la aplicación de las garantías procesales.
2. En segundo término, indicar algunos tópicos respecto al instituto jurídico procesal de la cosa juzgada, el cual ha sido ampliamente tratado en diversos foros y distintas latitudes, siendo que su mayor estudio lo han realizado los procesalistas al tratar el proceso civil, situación que facilitará el presente análisis considerando que la Casación N° 1027-2016/ICA se centra en exponer los efectos de la cosa juzgada civil en el proceso penal.

1 Vid. LORCA NAVARRETE, Antonio María. Simplemente un Proceso Justo. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014, pp. 1-18.

3. En esta línea de análisis que combina ambos términos, el profesor Antonio María Lorca Navarrete señala que ***“partiendo de la tesis de que la única justicia que está en disposición de garantizar el proceso civil es la de la existencia de un proceso justo, la sentencia que se pronuncia en el proceso civil quedaría afectada en tal contexto, por la denominada autoridad de cosa juzgada (...) que sólo cuenta con la derogación del supuesto en que sea recurrida y que cuando así no suceda adquiere, de pleno derecho, fuerza ejecutiva.”***²

4. Teniendo en cuenta lo anotado podemos señalar que la cosa juzgada no condensa bajo ningún supuesto una “presunción de verdad”, ni absoluta ni relativa, ya que ningún juez -tenga el nivel jerárquico que tenga- puede modificar los hechos (tal como se presentaron en la realidad) a través de su sentencia, es decir no puede declarar la verdad en mérito a los efectos legales de dicha sentencia, sino lo que hace el juez a través de su sentencia es darle efectos jurídicos a los hechos que considera acreditados por medio de la valoración probatoria, que generaron en él un convencimiento; por tanto, al no existir la verdad -sea ésta denominada material, formal o judicial- sino la existencia del convencimiento judicial, es aquel el que le otorga el efecto real a la cosa juzgada.

5. Para efectos del presente análisis conviene profundizar en el instituto de la cosa juzgada, señalando la importancia de los efectos que produce y para lo cual la doctrina ha distinguido la cosa juzgada formal de la cosa juzgada material, en este sentido el profesor LORCA NAVARRETE expone: ***“tal ha sido la condescendencia en este particular que ya ha asumido carta de naturaleza que la cosa juzgada formal o ad intra, es el efecto, coetáneo a la inimpugnabilidad de la sentencia o la resolución judicial definitiva. Significa que no puede ser atacada o recurrida, bien por su propia naturaleza o por haber sido consentida por las partes, lo que se manifiesta a través del carácter preclusivo de “las sentencias firmes” (...). En definitiva, la cosa juzgada formal implica la firmeza de la sentencia definitiva y su inimpugnabilidad”***³ Asimismo agrega el profesor español que ***“el fundamento de la cosa juzgada formal ad intra hay que encontrarlo en la seguridad del tráfico jurídico, que impone la necesidad de que las sentencias, que no han sido impugnadas, sean tenidas como inatacables. En consecuencia, el fundamento de la cosa juzgada formal se halla en la intención de la parte de someterse a la sentencia”***⁴.

2 LORCA NAVARRETE, Antonio María. Litigación Civil. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014, p. 345.

3 LORCA NAVARRETE, Antonio María. Litigación Civil. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014, p. 347.

4 Ibídem.

6. Por tanto, la cosa juzgada formal implica que una vez emitida la sentencia por el juez, éste ya no puede variarla, permaneciendo inmutable siempre que las partes dejen transcurrir el plazo para recurrir, considerando la excepción de ser modificada por el superior jerárquico en mérito a un recurso impugnatorio.
7. Por otro lado, la cosa juzgada material lo constituye la vinculación que la sentencia definitiva de fondo produce en otro proceso diferente⁵, pudiendo tener una función positiva y otra negativa, en atención a la primera se exige al juzgador a reconocer la validez de dicha resolución judicial en todas las demás resoluciones que presupongan lo juzgado, mientras que la función negativa será viable a través de la excepción (de parte o de oficio) que tiende a impedir una nueva sentencia sobre lo sentenciado anteriormente.
8. Respecto a la cosa juzgada material PIQUERAS VALLS señala que **“la función negativa de la cosa juzgada se proyecta en la exclusión de un proceso posterior cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que se produjo la cosa juzgada”**⁶, mientras que CUENCA GARCÍA indica que **“tiene por finalidad evitar que terminado un proceso en el que se hayan ejercitado un derecho absoluto, puede plantearse otro que pretenda una nueva resolución sobre idéntica cuestión, en la medida en que de aceptarse tal posibilidad se quebraría uno de los pilares del Estado de Derecho, y se podría dar lugar a resoluciones contradictorias de imposible o difícil ejecución”**⁷.
9. Por otro lado, el Tribunal Constitucional en jurisprudencia pertinente, en la que ha establecido que el principio **ne bis in ídem** se encuentra implícito en el derecho al debido proceso, de reconocimiento constitucional (Inc. 2, Art. 139º)⁸, ha declarado que para

5 Basado en estos lineamientos podemos afirmar que la cosa juzgada formal constituye requisito necesario para la cosa juzgada material, por cuanto el efecto de la cosa juzgada formal implica la inmutabilidad de la sentencia o resolución judicial definitiva (resolución firme) en mérito a lo cual el contenido de la misma no puede postularse en otro proceso.

6 Citado por LORCA NAVARRETE, Antonio María. En Litigación Civil. Año 2014. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2012, pag. 348.

7 Citado por LORCA NAVARRETE, Antonio María. En Litigación Civil. Año 2014. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2012, pag. 348.

8 **“Nuestra Constitución ha previsto en su artículo 139º un amplio catálogo de principios, que a juicio de este Colegiado constituyen verdaderos derechos fundamentales, los que se erigen como un conjunto de garantías mínimas que el propio constituyente ha creído conveniente incorporar dentro de nuestra norma para poder afirmar la pulcritud jurídica de las actividades de orden jurisdiccional y prejurisdiccional que realicen las autoridades.**

Así, en su inciso 2) reconoce el derecho de toda persona que es sometida a proceso judicial a que no se deje sin efecto las resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, disposición constitucional que debe ser interpretada a la luz del principio de unidad de la Constitución, de conformidad con el inciso 13 del artículo 139º de la Ley Fundamental, que prescribe “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...13. La prohibición de reuivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada...”.

conocer si estamos o no ante la presencia del principio de ne bis in ídem hay que verificar en ambos casos la concurrencia de tres presupuestos⁹:

- i) ***“Identidad de la persona perseguida (eadem persona), lo que significa que la persona física o jurídica a la cual se le persigue tenga que ser necesariamente la misma.***
- ii) ***Identidad del objeto de persecución (eadem res) que se refiere a la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para el inicio tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento; es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.***
- iii) ***Identidad de la causa de persecución (eadem causa petendi), lo que significa que el fundamento jurídico que sirve de respaldo a la persecución tenga que ser el mismo tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento.”***

10. Queda claro entonces que la triple identidad anotada líneas arriba se refiere al ámbito penal, ya sea para garantizar el derecho a no ser sancionado dos o más veces por un mismo hecho (vertiente material) o para garantizar el no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho (vertiente procesal); sin embargo, el principio ne bis in ídem en el campo penal no se limita solo a las decisiones penales, sino que como en el presente caso a la validez que puede mantener una sentencia civil dentro de un proceso penal.

11. En este sentido, conviene recordar que la cosa juzgada formal llega a ser tal porque la sentencia emitida ya no puede ser atacada, ni por el juez que la dictó ni por las partes que dejaron transcurrir el plazo para impugnar, es decir, constituye una sentencia firme; por lo que a decir del pronunciamiento de los jueces supremos en la casación bajo análisis, lo expuesto respecto a la cosa juzgada formal otorgaba a lo resuelto por el juez civil la condición de resolución firme, inmutable e inatacable, pero con la salvedad de que se daban dentro del mismo proceso en el cual se emitió dicha sentencia.

12. Por otro lado -tal como se dijo líneas arriba-, respecto a la cosa juzgada material que se refería a la inatacabilidad de la sentencia en otro proceso, podemos advertir que en la casación bajo análisis, en su Fundamento de Derecho Primero -con el cual coincidimos-

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 24 de setiembre de 2010. Exp. N° 1887-2010-PHC/TC LIMA (HIPOLITO GUILLERMO MEJIA VALENZUELA), Fundamentos 9 y 10.

⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL del 16 de abril de 2014. Exp. N° 02493-2012-PA/TC LA LIBERTAD (JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO), Fundamento 5.

se señala que ***“desde su efecto o función negativa: ne bis in ídem -respecto del efecto o función positiva, prejudicial, la cosa juzgada impide que se desconozca o contradiga las situaciones declaradas o reconocidas en resolución judicial firme-”***; sin embargo, no podemos dejar de señalar que el principio ne bis in ídem no es un principio absoluto o ilimitado, tal es así que el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02493-2012-PA/TC (Caso JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO) ha establecido dos excepciones que constituyen restricciones que deben superar los niveles de razonabilidad y proporcionalidad, siendo éstas:

- i) Cuando existan elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad.
 - ii) Cuando se aprecia de manera objetiva que la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido deficientemente realizado.
- 13.** Asimismo, en el ámbito civil existe la posibilidad de cuestionar la cosa juzgada a través de la revisión civil cuando ésta ha sido dictada por error en el juzgamiento, el dolo de una o ambas partes, la falsificación documentaria y otros aspectos que constituyen una actuación fraudulenta, en el Perú se puede solicitar la ineficacia de la sentencia con calidad de cosa juzgada a través de un proceso denominado Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta, establecido en el artículo 178° del Código Procesal Civil.
- 14.** Ahora bien hay que considerar que los procesos civiles ejecutivos, como el de la casación bajo análisis, está referida a un trámite rápido y con poca o restrictiva actividad probatoria, ya que la actuación jurisdiccional está destinada a constatar la existencia de un “título” a ser ejecutado que muchas veces se centra en la formación del mismo; más aún cuando, conforme a la legislación del sistema bancario y financiero así como la legislación de títulos valores, muchos de éstos títulos -especialmente letras de cambio y pagarés, que aparejan mérito ejecutivo- son firmados en blanco para ser llenados posteriormente con las obligaciones generadas por las operaciones bancarias.
- 15.** Por lo expuesto, considerando como se señaló anteriormente, que si bien la verdad no existe en un pronunciamiento judicial sino el procedimiento justo que refleja el convencimiento del juez ante los medios de prueba, resulta razonable y proporcional relativizar la cosa juzgada cuando del analizar de la causa penal existan motivos fundados para establecer que la sentencia civil constituye un fin ilícito, sea porque la actuación procesal fue deficientemente realizada, sea porque los nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad revelan una verdad distinta a la declarada por el juez civil, sea porque se generó indefensión del vencido, o sea porque hubo desconocimiento de dicho proceso civil, entre otras razones.

- 16.** En el análisis de la presente casación podemos señalar que de los hechos previos al hecho penal incriminado por la Fiscalía Provincial de Ica (Considerando Cuarto punto G de la Casación bajo análisis) se habría establecido que la demanda de indemnización, estimada parcialmente por el órgano jurisdiccional, y del contrato de cesión de derechos, los agraviados formularon denuncia por delitos contra la fe pública; entendiéndose que el hecho consignado en el contrato de cesión de derechos –existencia de la deuda que los agraviados tenían con el Banco- era falso, y que el mencionado contrato fue utilizado para perjudicar a los agraviados; por tanto, considero que sí podría haberse dado la posibilidad de que en el proceso penal se verifique la existencia o no de actos ilícitos que habrían generado la emisión de una sentencia, y se pudiera a través de un eventual proceso penal corregir la ilicitud de dicha resolución judicial.
- 17.** Es cierto que peligra la seguridad jurídica, la inmutabilidad de las resoluciones que tienen la calidad de cosa juzgada y la inatacabilidad de las mismas; pero, no podemos mantenernos inactivos frente a un hecho ilícito que ha encontrado a través del pronunciamiento judicial una patente de corso para obtener impunidad.

25

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 92-2017
AREQUIPA

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

SUMILLA:

I. El **delito fuente** es un elemento normativo del tipo objetivo de los tres subtipos penales del delito de Lavado de Activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249. Por tanto, para que una conducta sea típica, debe reunir todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal. Si faltare alguno de ellos, la conducta será atípica; y, en consecuencia, procederá la excepción de improcedencia de acción. **II.** El delito fuente de Lavado de Activos, en nuestra legislación, se basa en el principio de legalidad; es decir, debe estar taxativamente determinado por la ley, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, que establece un sistema **numerus clausus**. **III.** El delito de Fraude en la Administración de las Personas Jurídicas, no constituye delito fuente del delito de Lavado de Activos; por no estar contemplado expresamente en dicha disposición; no siendo posible su subsunción dentro de la fórmula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales», por no revestir gravedad. En consecuencia, el hecho denunciado por el Ministerio Público resulta atípico, por faltar un elemento normativo del tipo objetivo; esto es, el delito fuente. **IV.** Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «o cualquier otro **con capacidad de generar ganancias ilegales**» -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico; mencionando a su presunto autor o partícipe, con indicación de la fecha y lugar en que ocurrió; ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, ocho de agosto de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, contra el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis -obrante a folios tres del cuadernillo supremo-; emitido

por la Segunda Sala Penal de apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; en el extremo que, declarando infundado el recurso de apelación, confirmó la Resolución N° 04-2016, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; en la Investigación Preparatoria que se le sigue por el delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. HECHOS OBJETO DE IMPUTACIÓN

PRIMERO: Se tiene de los actuados que, mediante Disposición Fiscal N° 09-2016, de fecha 19 de abril de 2016, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa; dispuso formalizar investigación preparatoria en contra de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por la presunta comisión del delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior Especializado en delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio. De acuerdo con la imputación fáctica del Ministerio Público, el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, realizó cuatro actos de transferencia bancaria, típicos de Lavado de Activos, conforme a lo previsto en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1106. Asimismo, en relación al delito fuente o delito precedente, el Ministerio Público postula que el dinero objeto de las diferentes transferencias, podría provenir de actividades vinculadas con el Fraude en la Administración de Personas Jurídicas. Los cuatro actos de transferencia objeto de imputación fiscal son los siguientes:

- i. Transfirió la suma de US\$ 651,943.73 (primera facilidad financiera) conforme al contrato de cesión de derechos y de flujos dinerarios futuros, celebrado con el Club FBC Melgar. La transferencia se realizó el **10 de julio de 2013**, mediante cheque de gerencia N° 0008215 (US\$ 217,134.55) y cheque de gerencia N° 0008216 (US\$ 402,212.17).
- ii. Transfirió la suma de US\$ 513,934.58 (segunda facilidad financiera) conforme al contrato de cesión de derechos y de flujos dinerarios futuros, celebrado con el Club FBC Melgar. La transferencia se realiza el 29 de noviembre de 2013, mediante el cheque de gerencia N° 0008476.
- iii. Transfirió la suma de US\$ 1'069,129.67 (préstamos dinerarios) en el 2014, conforme al Acuerdo de Reconocimiento de deuda celebrado con el Club FBC Melgar.
- iv. Transfirió la suma de S/. 3'014,755.00, por concepto de pago de deuda que el Club FBC Melgar mantenía con la SUNAT. La transferencia se realizó el 26 de marzo de 2014.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

SEGUNDO: Mediante escrito obrante a folios dos -del incidente de excepción de improcedencia de acción-, la defensa técnica de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, deduce la excepción de improcedencia de acción ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa; alegando que la imputación efectuada contra su patrocinado, por parte del Ministerio Público, mediante Disposición Fiscal de Formalización de Investigación Preparatoria N° 09-2016, de fecha 19 de abril de 2016, se sustenta en hechos atípicos respecto del delito de lavado de activos; en consecuencia, la defensa sustenta la excepción deducida, de conformidad con lo previsto en el artículo 6° inciso 1 literal b, del Código Procesal Penal; esto es, **cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.**

TERCERO: Realizada la audiencia de excepción de improcedencia de acción -conforme al Acta de registro de audiencia de folios veintisiete-, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa emitió la Resolución N° 04-2016, de fecha 27 de julio de 2016 -obrante a folios veintiocho-; declarando infundada la excepción de improcedencia de acción presentada por la defensa de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por el delito de lavado de activos, y dispuso la continuación del proceso conforme a su estado.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

CUARTO: Contra la Resolución N° 04-2016, el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, interpuso recurso de apelación -folios setenta y seis-; el mismo que fue concedido mediante resolución de folios noventa y cinco, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de folios ciento siete, señaló fecha de audiencia de apelación para el día seis de octubre de dos mil dieciséis. En la fecha indicada, se dio inicio a la audiencia -folios ciento diez-. Compareció el señor Fiscal Superior de la Quinta Fiscalía Superior Penal de Apelaciones, así como el abogado defensor del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. La defensa requirió la revocatoria de la resolución impugnada y, en consecuencia, que se declare fundada la excepción de improcedencia de acción deducida; mientras que, por su parte, el Ministerio Público solicitó que se confirme la sentencia apelada. Los alegatos versaron en relación a tres aspectos medulares; que corresponden a los puntos sobre los que la defensa sustentó su apelación:

- i. La aplicación del **principio de prohibición de regreso**; esto es, que las transferencias de dinero realizadas por parte del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, a favor del Club FBC Melgar; se efectuaron dentro del ámbito eminentemente

empresarial, mediante el sistema bancarizado, con intervención de autoridades fiscalizadoras y, a través de cheques de gerencia.

- ii. La ausencia del **delito precedente**; debiendo descartarse que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas pueda constituir delito precedente del Delito de Lavado de Activos.
- iii. La ausencia de **tipicidad subjetiva**; en vista de que en los delitos de tendencia interna trascendente, como es el caso del delito de Lavado de Activos, es necesario que la transferencia se realice con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso; elemento que no ha sido sustentado, ni siquiera fácticamente, por el Ministerio Público, en su Disposición de Formalización de Investigación Preparatoria.

QUINTO: La Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; mediante Auto de Vista N° 259-2016, contenido en la Resolución N° 10, de fecha 07 de noviembre de dos mil dieciséis; resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; y, en consecuencia, confirmar la Resolución N° 04-2016, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por el delito de Lavado de Activos.

SEXTO: La Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; sustentó su Auto de Vista N° 259-2016, en los siguientes argumentos:

- i. En relación al argumento de **atipicidad objetiva por conducta neutral**; la Sala Superior señaló que: i) el delito de Lavado de Activos involucra, no solamente las operaciones no identificadas; sino todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legalidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. ii) En consecuencia, será a través de la investigación fiscal que se determinará si el objeto de procesamiento, circunscrito a las cuatro transferencias bancarias -por los montos indicados, en las circunstancias descritas, etc.-, no constituye conducta típica de Lavado de Activos.
- ii. En relación al argumento de **atipicidad por ausencia del delito precedente**; la Sala Superior señaló que: **i)** Si bien es cierto que en el fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, se señaló que «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad»; y que en el fundamento 15 del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116, se alude a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por

terceros; ambos Acuerdos Plenarios son aplicables, únicamente, a la interpretación de las normas anteriores a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, de fecha diecinueve de abril de dos mil doce.

ii) La consideración del **delito previo**, como un elemento objetivo normativo del tipo penal, a la luz de las normas penales anteriores al Decreto Legislativo N° 1106; generó la impunidad de los actos contaminantes del sistema económico, así como la ineficacia de la Administración de Justicia en cuanto a la prevención, investigación y represión de estos delitos; lo que, a su vez, significa una burla a las expectativas sociales y una defraudación de la finalidad político criminal que inspiró la configuración del delito de Lavado de Activos; situación que inspiró una modificación, dogmática y normativa, acorde al espíritu de represión penal intentado para con dicho ilícito penal. **iii)** El delito de Lavado de Activos es un delito autónomo, cuya acreditación no depende del refrendo de un delito previo; sino que es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa; así lo establece el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106. **iv)** La autonomía del delito de Lavado de Activos, apunta a que el conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente, comprende no solamente a los delitos que contempla el Decreto Legislativo N° 1106; sino también, a cualquier otro delito con capacidad de generar ganancias ilegales; entre los que no se descarta el delito propuesto por el Ministerio Público, esto es, el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas. En consecuencia, con el Decreto Legislativo N° 1106, no se puede considerar como actividad criminal previa solamente a los delitos graves, o que deban cometerse a través de la criminalidad organizada, sino a cualquier delito con capacidad de generar ganancias ilegales; excluyéndose únicamente al delito de receptación, previsto en el artículo 194° del Código Penal.

- iii. En relación al argumento de **atipicidad por ausencia del elemento subjetivo**; ello no puede determinarse vía excepción de naturaleza de acción; por cuanto, en dicha vía incidental, no puede llevarse a cabo la valoración de elementos de conuición.

§. DEL RECURSO DE CASACIÓN

SÉPTIMO: Contra el Auto de Vista N° 259-2016, de folios ciento trece, la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, a folios ciento cuarenta y tres, interpuso recurso de casación -ampliado en esta sede suprema mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2017-; sosteniendo que el Auto de Vista: **i)** Se aparta de la doctrina jurisprudencial

establecida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 -causal prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal-; **ii)** ha sido expedido aplicando indebidamente e interpretando erróneamente el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -causal prevista en el inciso 3 del artículo 429°-; **iii)** ha sido expedido con inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, denominada “motivación de las resoluciones judiciales” -causal prevista en el inciso 1 del artículo 429°-; y, por último, **iv)** incurre en una inobservancia de los artículos 6.1.b y 336.2.b, del Código Procesal Penal -causal prevista en el inciso 2 del artículo 429° del citado código adjetivo-. Finalmente, solicita que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433.3 del Código Procesal Penal, este Supremo Tribunal establezca como doctrina jurisprudencial vinculante, los siguientes tópicos: i) el delito precedente es un elemento del tipo penal de lavado de activos; ii) la gravedad es una de las características del delito precedente; iii) el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas no constituye un delito precedente del delito de Lavado de Activos; y, iv) los delitos precedentes de la receptación patrimonial no son delitos precedentes del delito de Lavado de Activos. De lo expuesto por el recurrente, se advierte con claridad que postula el recurso de casación excepcional, para desarrollo de la doctrina jurisprudencial, contemplado en el artículo 427°, inciso 4, del Código Procesal Penal.

OCTAVO: Este Supremo Tribunal, mediante Ejecutoria Suprema de fecha 22 de marzo de 2017, obrante a folios setenta y tres, en el presente cuadernillo; declaró bien concedido el recurso de casación, solo por las causales previstas en los incisos 3 [indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal] y 5 [apartamiento de la doctrina jurisprudencial] del artículo 429° del Código Procesal Penal. Mientras que fue declarado inadmisibles por las causales previstas en los incisos 1 [inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal denominada “motivación de las resoluciones judiciales”] y 2 [inobservancia de los artículos 6.1.b y 336.2.b del Código Procesal Penal] del artículo 429° del Código Adjetivo acotado. En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

- A.** La interpretación errónea e indebida aplicación, por parte de la Sala Superior, del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106; esto es, respecto a que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos.
- B.** El apartamiento de la doctrina jurisprudencial desarrollada en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, por parte de la Sala Penal Superior; bajo el argumento de que dicha jurisprudencia vinculante se encuentra desfasada; esto es, que no sirve para interpretar el Decreto Legislativo N° 1106, en lo que respecta al delito fuente como elemento objetivo del tipo legal del delito de Lavado de Activos.

NOVENO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, se expidió el decreto de folios ochenta y nueve en el presente cuadernillo; señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de julio de dos mil diecisiete. La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, la Procuraduría Pública y, la defensa técnica del procesado impugnante. Culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta; en virtud de la cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el inciso 4 del artículo 431°, del Código Procesal y Penal; señalándose para el ocho de agosto de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§. LA DEFICIENTE REGULACIÓN DEL DELITO FUENTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA SOBRE LAVADO DE ACTIVOS

DÉCIMO: La represión penal del lavado de activos en nuestro país, vino de la mano de la intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas¹. Así, en el marco de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, aprobada por las Naciones Unidas en diciembre del año 1988, en la ciudad de Viena - la misma que fuera ratificada por nuestro Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25352, del 23 de diciembre de 1991- la tipificación del delito de lavado de activos en el Perú, aparece vinculada únicamente a este delito; esto es, se tenía como única conducta previa o generadora del activo ilícito, al delito de tráfico ilícito de drogas². Es así que, inmerso en un conglomerado de decretos legislativos que fueron promulgados por el Poder Ejecutivo durante el mes de noviembre de 1991, se incluyó al Decreto Legislativo 736 (Promulgado el 8 de noviembre de 1991), que adicionaba dos artículos a la Sección II del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, sobre tráfico ilícito de drogas. Dichos dispositivos signados como artículo 296°A y 296°B, tuvieron por función político-penal, criminalizar los actos de lavado de dinero provenientes del narcotráfico³.

- 1 GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 479. ÉL MISMO, «El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada», en ZÚÑIGA RODRIGUEZ/MENDOZA LLAMACPONCCA (Coord.), *Ley Contra el Crimen Organizado (Ley N° 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*, 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 391: «El origen criminológico del lavado de dinero se remonta al desarrollo del lucrativo negocio del tráfico ilícito de drogas a partir de los años sesenta, aunque existen también datos ciertos sobre su vinculación con el ocultamiento de beneficios obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos».
- 2 GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*, 1ra ed., Lima: Actualidad Penal, 2014, p. 31.
- 3 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *El delito de lavado de dinero en el Perú*, En Línea: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_63.pdf], p. 7.

DÉCIMO PRIMERO: No obstante, por razones de carácter político, el Congreso de la República decidió no ratificar dicho Decreto Legislativo 736 y reemplazarlo, más bien, por una ley que asimilaba el lavado de activos a una receptación patrimonial agravada. La actitud crítica frente a esta forma de comprender el lavado de activos, llevó a que mediante el Decreto Ley 25428 (promulgado el 9 de abril de 1992) se volvieran a tipificar las conductas de lavado de activos, en el marco de los delitos de tráfico ilícito de drogas, mediante la incorporación de los artículos 296°-A y 296°-B en el Código Penal⁴.

DÉCIMO SEGUNDO: Así, el entonces incorporado artículo 296°-A del Código Penal, establecía: «El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, y con ciento veinte a trescientos días-multa e inhabilitación, conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4. El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena». Mientras que, a su turno, el artículo 296°-B del Código Penal, señalaba: «El que interviene en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena de cadena perpetua. La misma pena de cadena perpetua, se aplicará en los casos en que el agente esté vinculado con actividades terroristas, o siendo miembro del sistema bancario o financiero actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero».

DÉCIMO TERCERO: A principios del nuevo milenio se observó, en los procesos contra distintos miembros del gobierno saliente, que los tipos de lavado de activos tenían una serie de vacíos que hacían necesaria una profunda reforma. En lo referido al delito fuente, por ejemplo, se advirtió la falta de conexión de los bienes “lavados” con delitos de corrupción (en los procesos se aplicaban por ello los tipos de “encubrimiento real” o “receptación”). Por lo que, finalmente, el Congreso de la República aprobó la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, promulgada el 26 de junio de 2002⁵.

DÉCIMO CUARTO: En el artículo 1° de la Ley N° 27765, se castigaban los actos de conversión y transferencia; en los siguientes términos: «El que convierte o transfiere dinero, bienes,

4 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2007, p. 480.

5 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO (Coord.), *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 60 y ss.

efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa»; mientras que, en el artículo 2°, los actos de ocultamiento y tenencia; bajo el siguiente tenor: «El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa». Ahora bien, ¿cuáles debían ser los delitos fuente que den lugar a los activos de origen ilícito, en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765? El legislador de aquella época, incurriendo en una deficiente técnica legislativa, desmembró el delito fuente -elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos- de su lugar originario y, lo reguló en un artículo independiente, esto es, en el artículo 6° de la Ley acotada; donde se señaló que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros **u otros similares que generen ganancias ilegales**, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194 del Código Penal».

DÉCIMO QUINTO: Esta misma deficiencia de técnica legislativa, en relación al delito fuente, se mantuvo en el Decreto Legislativo 986, vigente desde el 22 de julio de 2007; en cuyo artículo 6° se estableció que: «El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; proxenetismo; trata de personas; tráfico de inmigrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal». Como puede observarse, esta norma mantuvo la regulación del delito fuente en un artículo independiente; incorporando como nuevos delitos fuente, la trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, extorsión y delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada. Asimismo, estableció una fórmula o cláusula abierta al consignar como delitos fuente: «**u otros similares que generen ganancias ilegales**».

DÉCIMO SEXTO: A su turno, el vigente Decreto legislativo N° 1106, Decreto de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; “consagró” la deficiente técnica legislativa de las anteriores normas. Es decir, continuó sin incluir el delito fuente -elemento normativo del tipo objetivo- en la misma

disposición que tipifica la figura delictiva -esto es, en los artículos 1° [actos de conversión y transferencia], 2° [actos de ocultamiento y tenencia] y 3° [transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito]-; y mantuvo la técnica de regularlo en una disposición independiente; esto es, en el artículo 10°, donde se señala que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales, como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal».

§. EL DELITO FUENTE COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

DÉCIMO SÉPTIMO: No obstante la deficiencia de técnica legislativa expuesta en los considerandos precedentes; una interpretación sistemática y teleológica de la ley vigente, permite concluir que el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1°, 2° y 3°, del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249; y que cumple, además, una triple función dogmática; esto es: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena.

DÉCIMO OCTAVO: Negar que el delito previo constituye elemento normativo del delito de Lavado de Activos; implicaría defender «una interpretación formal y asistemática de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106, sin ninguna vinculación con el art. 10, segundo párrafo (de dicha norma)»⁶. Con la referencia, en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, a un “origen ilícito” de los bienes (dinero, efectos, ganancias o títulos valores), el legislador simplemente quiso «evitar el casuismo excesivo que supone incorporar, en cada uno de los referidos dispositivos legales, la referencia expresa de todos los posibles delitos fuente. Por lo que se ha precisado su contenido en la cláusula general prevista en el segundo párrafo del artículo 10»⁷. En este último artículo, precisamente, es la propia norma la que se encarga de señalar una lista ejemplificativa de delitos fuente.

DÉCIMO NOVENO: La primera función dogmática del delito previo, consiste, justamente, en dotar de contenido al objeto material del delito de Lavado de Activos. Así, los artículos 1°,

6 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264.

7 IBÍDEM, p. 264.

2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, señalan que el dinero, bienes, efectos o ganancias, deben tener un **origen ilícito**; lo cual -a partir de consideraciones irrenunciables del carácter fragmentario del Derecho Penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico, y el principio de legalidad-, implica, necesariamente, que provengan de un delito fuente [no de una falta, ni de un ilícito civil o administrativo]⁸. Por el contrario, una interpretación meramente literal de los artículos 1°, 2° y 3° de la norma acotada, «traería como necesaria consecuencia, que mediante la incriminación del lavado de activos se habría de reprimir actos de legitimación aparente efectuados sobre cualquier 'origen ilícito', lo cual es inaceptable y aflictivo del principio de legalidad»⁹.

VIGÉSIMO: El delito fuente o delito previo es el que permite asignar la característica de ilicitud al objeto material del delito; el cual, precisamente, por esa razón se ha denominado 'lavado' de activos. Si no existiera un delito previo, no habría aún ningún injusto con los actos de conversión, ocultamiento, etcétera, de los bienes¹⁰. En este orden de ideas, el núcleo del contenido del injusto del delito de lavado de activos y, en consecuencia, la estructura que se ha empleado y se emplea para su tipificación, siempre ha exigido un 'vínculo normativo' con el 'delito previo' que originó los bienes ilícitos¹¹. Ello explica que el delito de Lavado de Activos deba considerarse un **delito de conexión**; esto es, que exige un delito previo generador de los activos que constituyen su objeto material. En otras palabras: «La característica esencial del delito de lavado de activos viene a ser su conexión con el injusto anterior, puesto que, la punibilidad de la conducta de lavado de activos se fundamenta en que el dinero, bien, efecto o ganancia fueron obtenidos mediante actos delictivos que el agente busca legalizar».¹²

8 Al respecto, véase, GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576.

9 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, 1ra ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 264; en el mismo sentido, GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576; para quien, si se sigue una interpretación literal, «habría que concluir que la conducta de lavado de activos podría recaer no sólo sobre activos de procedencia delictiva, sino también sobre los originados por cualquier ilícito en general. En ese orden de ideas, la introducción al mercado legal de activos que provienen de una infracción civil, mercantil o administrativa, podría ser considerada igualmente un delito de lavado de activos. Lo mismo habría que decir si se procede a legitimar activos cuya fuente generadora es la comisión de una falta. Pese a la amplitud del tenor literal, la procedencia ilícita de los activos debe circunscribirse necesariamente a un delito previo, pues el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 establece que el origen ilícito de los activos se corresponde a "actividades criminales" con capacidad de generar ganancias ilegales. Por lo tanto, si bien la redacción de los tipos penales exige únicamente el origen ilícito de los activos, una interpretación sistemática con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, limitará el objeto material del delito a las ganancias que provienen de actividades criminales».

10 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 149.

11 PARIANA ARANA, Raúl, «La ilusión de la 'Autonomía' del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en *Actualidad Legal*, Boletín N° 3, p. 1.

12 HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

VIGÉSIMO PRIMERO: La segunda función dogmática del delito previo, consiste en especificar el ámbito de la imputación subjetiva. Así, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, hacen hincapié en que debe tratarse de bienes «cuyo origen ilícito conoce o debía presumir [el agente]»; texto, sin embargo, a todas luces innecesario; por cuanto, por regla general, el dolo del autor debe abarcar el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo [y el delito fuente lo es]. Es como si en el delito de hurto, o en el de robo, el legislador hubiese señalado expresamente en la descripción típica, que el agente debía conocer el carácter ajeno del bien mueble. En ese sentido, al tener el delito fuente la calidad de elemento normativo del tipo objetivo, el delito de Lavado de Activos no podrá imputarse al agente, si es que éste no conocía dicho elemento normativo. Sin embargo, y pese a la técnica legislativa empleada, el legislador no ha hecho más que resaltar que un aspecto esencial del injusto del Lavado de Activos, es la procedencia delictiva de los bienes; esto es, el delito fuente. Tan es así que, en el artículo 10° de la norma acotada, el legislador también especifica que: «El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, el tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso».

VIGÉSIMO SEGUNDO: Del mismo modo, la importancia del delito fuente en la imputación subjetiva del delito de Lavado de Activos, se constata también en la exigencia legal de que el agente actúe «con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso»; lo que no debe interpretarse como la finalidad psicológica de cada autor del delito; sino, más bien, como la proyección de una sucesión de hechos en una determinada dirección¹³. Esto es, en la práctica, esta intencionalidad debe apreciarse de la propia secuencia de los acontecimientos o de la proyección de la direccionalidad que se da a los hechos (una sucesión de hechos en determinada dirección)¹⁴. Tal es la importancia de la función que cumple el delito fuente, que la regulación penal del delito de Lavado de Activos, se ha hecho tipificando los actos de colocación dirigidos a ensombrecer el origen de los activos o ciertas conductas periféricas de preparación; pero siempre teniendo en cuenta la fase final de integración de capitales de origen delictivo en el sistema económico¹⁵. Se trata,

13 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

14 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*, 1ra ed., Lima: Actualidad Penal, 2014, p. 229.

15 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 608.

en consecuencia, de un contexto objetivo que ordena la actuación concretamente realizada hacia un determinado fin -dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes, así como evitar la incautación y decomiso de los mismos¹⁶; y cuya verificación resulta necesaria para la configuración típica de las conductas de Lavado de Activos, previstas en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 1106.

VIGÉSIMO TERCERO: La tercera función dogmática que el legislador le asigna al delito fuente, es la de justificar la agravante de la pena. Así, conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 4° del Decreto Legislativo 1106; el marco mínimo de la pena se incrementa hasta los veinticinco años, «cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas». Por lo que, para la imputación de dicha agravante al agente, deberá acreditarse que los bienes provienen de alguno de estos delitos fuente; y, asimismo, que el autor conoce la gravedad del delito previo del que proceden los activos; por lo que si se presenta un error respecto de esta última circunstancia; la agravante no podrá imputarse subjetivamente al agente; tal como lo dispone el artículo 14° del Código Penal.

VIGÉSIMO CUARTO: Asimismo, de la legislación vigente, es posible extraer un argumento adicional, para afirmar que el delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos. Así, el propio Decreto Legislativo 1106, en el último párrafo del artículo 10°, señala: «También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias». Se trata de la consagración expresa del denominado “Autolavado”; esto es, de la posibilidad de castigar como autor de Lavado de Activos, al mismo autor o partícipe del **delito previo**. Al respecto, con independencia de la legitimidad material de dicha figura legal¹⁷; lo cierto es que no podrá configurarse una conducta típica de “Autolavado”, sin la existencia de un delito previo. En ese sentido, el delito previo es un elemento normativo del tipo objetivo, de configuración necesaria para la imputación del “Autolavado”.

VIGÉSIMO QUINTO: El delito de Lavado de Activos se origina en la comisión de un delito fuente, es decir, procede o proviene de un ilícito penal cuyo objeto material genera ganancias ilegales¹⁸. En consecuencia, el delito fuente no solamente es un elemento normativo del

16 PÉREZ BEJARANO/MÁRQUEZ ROSALES, El Ejercicio de la abogacía y sus riesgos respecto al delito de Lavado de Activos en el Perú, 1ra ed., Lima: Márquez Editores, 2017, p. 104.

17 Sobre esta problemática, POLAINO ORTS, Miguel, «Normatización de los títulos de imputación en el Blanqueo de Capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de la Parte General», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho Comparado*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 271 y ss.

18 HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 32.

tipo objetivo, del delito de Lavado de Activos; sino que constituye, además, un aspecto esencial y gravitante del injusto material de dicho delito. Precisamente, en el fundamento §5.32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema, se estableció que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo el tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad». Doctrina jurisprudencial que se mantiene vigente; al resultar concordante con la legislación vigente, con la jurisprudencia y con los desarrollos de la dogmática jurídico-penal; conforme se ha expuesto anteriormente. En consecuencia, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis, se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; incurriéndose, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

§. ¿AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS?

VIGÉSIMO SEXTO: La Sala Penal Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016 (p. 15), sostuvo que el delito de Lavado de Activos es un delito autónomo, cuya acreditación no depende del refrendo de un delito previo; sino que «es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa, como lo señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema». Si bien es cierto, un sector de la doctrina nacional entiende la autonomía del delito de Lavado de Activos, como una “autonomía absoluta”; sin embargo, es preciso determinar si tal posición, defendida por la Sala Superior, es la recogida por el Decreto Legislativo 1106 y por la doctrina jurisprudencial vinculante de la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios N° 3-2010/CJ-116 y N° 7-2011/CJ-116.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Previamente, es importante precisar que el Decreto Legislativo 1106, fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, publicado en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 26 de noviembre de 2016. Así, esta última norma modificó el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, añadiendo el término “sanción”; esto es que: «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena». Esta modificación legal, sin embargo, no resulta aplicable retroactivamente a los hechos materia de imputación del presente proceso; toda vez que, según la tesis del Ministerio Público, los actos de transferencia realizados por el procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB se realizaron en el periodo comprendido entre el mes de julio del 2013 a marzo de 2014; por lo que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo

6° del Código Penal, corresponde aplicar la norma de lavado de activos vigente, antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249.

VIGÉSIMO OCTAVO: Una vez aclarado lo anterior; cabe señalar que, en cuanto a la «autonomía»; el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -en su texto vigente antes de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249-, establecía que el delito de Lavado de Activos es autónomo en el sentido de que, «para su investigación o procesamiento, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria»; con lo cual, es el propio texto de la norma el que deja en claro que la autonomía del delito de Lavado de Activos, es tan solo una **autonomía procesal**; esto es, para la investigación o procesamiento por delito de Lavado de Activos, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria; empero -de acuerdo con una interpretación a **contrario sensu**-, para la condena por Lavado de Activos, la prueba del delito fuente si será necesaria. En consecuencia, para desvirtuar la presunción de inocencia, la prueba del delito fuente deberá ser acreditada -ya sea mediante prueba directa o indiciaria; la que deberá ser debidamente motivada en la respectiva sentencia.

VIGÉSIMO NOVENO: Estas conclusiones encuentran pleno respaldo en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema al respecto. Así, en el fundamento §5. 35° del Acuerdo Plenario N° 03-2010, del 16 de febrero de 2010; se estableció como doctrina jurisprudencial que: «Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito». A partir de estos lineamientos, en un pronunciamiento reciente; la entonces Sala Penal Transitoria -hoy Primera Sala Penal Transitoria- de la Corte Suprema ha exigido: «(i) que tal situación [la actividad delictiva precedente] se acredite en sus aspectos sustanciales, que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; y (ii) que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión, debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general. No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba, entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias»¹⁹. Con lo cual se ha definido, a partir de la jurisprudencia, una exigencia ineludible que pasa a integrar el estándar

19 Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 2868-2014/Lima (Sala Penal Transitoria), del 21 de diciembre de 2016, **F.J. Décimo**. Ponente: SAN MARTÍN CASTRO.

probatorio requerido para obtener certeza, respecto del origen ilícito de los bienes en el delito de Lavado de Activos²⁰.

TRIGÉSIMO: La línea jurisprudencial antes descrita, ha sido consolidada por esta Segunda Sala Penal Transitoria; al haberse señalado, en reciente pronunciamiento jurisprudencial que: «En el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la realización del delito fuente, así como que los activos generados por este delito, son los que constituyen objeto del lavado de activos» [GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 596]. En ese sentido, para arribar a una condena por lavado de activos, bastará con acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo -esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar-, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometidos a maniobra del lavador [Orsi, Omar G., *Lavado de dinero de origen delictivo*, 1ra ed., Buenos Aires: Hamurabi, 2007, p. 623 y ss]. Por otra parte, en cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo [CARO CORIA, Dino Carlos, «Sobre el tipo básico de lavado de activos». Disponible en línea: (http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc06.pdf) p.20]. No satisface el principio de imputación necesaria la vinculación con una actividad delictiva en general. (...) Al tratarse -el origen ilícito de los bienes- de un elemento constitutivo y necesario del tipo penal de Lavado de Activos, resulta menester que su estándar probatorio sea concordante con las garantías constitucionales y procedimentales, que tienen que ver con el Principio de Presunción de Inocencia, Derecho de Defensa e Imputación Necesaria. No se cumple con estas exigencias, si la prueba de este elemento normativo se agota en una referencia vaga y genérica a una “actividad criminal previa”, sin mayores especificaciones [HERRERA GUERRERO, Mercedes, «El delito de lavado de activos y la prueba de la procedencia delictiva de los bienes», en *Revista Ita Ius Esto*, Universidad de Piura, p. 7]. Por ello, la alegación de que ‘únicamente se debe probar el origen ilícito de los bienes y no la actividad criminal previa que produjo dichos bienes’, resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de la prueba [PARIONA ARANA, Raúl, «La ilusión de la ‘Autonomía’ del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N°1249. ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», en *Actualidad Legal*, Boletín N° 3, p. 2]; pues resulta materialmente imposible probar el “origen ilícito” de un bien, sin tener

20 En ese sentido, también en la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3091-2013/Lima (Sala Penal Permanente), del 21 de abril de 2015, **F.J. Cuarto**. Ponente: PARIONA PASTRANA; se señaló que: «para poder hablar de un delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que laven».

certeza de qué hecho delictivo concreto -idóneo para producir cierta cantidad de ganancias-proviene»²¹.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Con respecto a la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; en el fundamento §5.31 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; también se explica la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; al señalarse -en perfecta armonía con lo establecido en el primer párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106-, que «la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente, no puede supeditarse a la estricta aplicación de la reglas de la accesoriadad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado». En ese sentido -se agrega en el referido Acuerdo Plenario-, no es menester «que conste acreditada la comisión [del delito fuente] mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva». En consecuencia, de los fundamentos glosados de dicho Acuerdo Plenario; se evidencia que la Corte Suprema se refirió únicamente a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; por cuanto una vinculación absoluta, esto es, la paralización del proceso por lavado de activos, hasta la acreditación definitiva del delito previo, llevaría a la impunidad práctica del delito de Lavado de Activos²². Es el propio Acuerdo Plenario *in comento*, el que deja en claro, en el punto §5.32, que: «El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad».

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, incluso a partir del nuevo texto del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 -modificado por el Decreto Legislativo N° 1249-; es posible seguir manteniendo la autonomía únicamente procesal del delito de Lavado de Activos. Así, con la modificación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se buscó hacer compatible el texto de dicha norma, con lo previsto por el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; en cuyos puntos 9, 10 y 11, se desarrollan aquellos casos específicos donde puede configurarse delito de Lavado de Activos, antes de la realización del delito fuente [u.gr. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado]; esto es, se trata de casos en los cuales podría haber ganancia ilícita antes de la ejecución del delito fuente. A estos casos, precisamente, es que se refiere la modificatoria del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249; a fin de hacer compatible el texto de la ley, con este tipo de casos específicos, ya contemplados con anterioridad por el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11.

21 Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3036-2016/Lima (Primera Sala Penal Transitoria), del 10 de Julio de 2017, *Fs.Js.* Décimo octavo y Décimo noveno». Ponente: HINOSTROZA PARIACHI.

22 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, «Evolución de la criminalización del Lavado de Activos en la doctrina práctica de Perú y Alemania», en AMBOS/CARO CORIA/MALARINO, *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho Comparado*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 74 y ss.

TRIGÉSIMO TERCERO: En cuanto a la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; tanto el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, como el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11; guardan coherencia con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1106. Sin embargo, la Sala Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016, ya mencionado, también se apartó indebidamente de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; incurriendo, con ello, en la causal de casación prevista en el inciso 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

§. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD -LEX CERTA-MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE LA CLÁUSULA ABIERTA «CUALQUIER OTRO CON CAPACIDAD DE GENERAR GANANCIAS ILEGALES»

TRIGÉSIMO CUARTO: El principio de legalidad está reconocido en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución Política, donde se establece que: «**Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley**». Del mismo modo, se ha consagrado expresamente como un principio general del Derecho Penal -incluso del Derecho Sancionador-, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, el cual textualmente señala que: «**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**». En este sentido, en la medida que el principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestro concreto sistema político-social, el Derecho Penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación²³.

TRIGÉSIMO QUINTO: El Tribunal Constitucional, ha sostenido que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos, así como la delimitación previa y clara de las conductas prohibidas; y, como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)²⁴. La exigencia de *ley previa -lex praevia-* impide que las leyes penales puedan aplicarse retroactivamente, para castigar como delito una conducta anterior a la entrada en vigencia de la ley penal o para imponer una pena no prevista en dicha ley, con anterioridad a la realización del delito; con excepción de la retroactividad benigna. Por su parte, la llamada *reserva de ley -lex scripta-*, establece que solamente por ley se pueden crear delitos y establecer penas; mientras que el mandato de certeza o determinación -*lex certa-* impone al legislador, el deber de precisar en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente

23 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2da ed., Lima: Jurista, 2012, p. 141

24 STC dictada en el Exp. 0010-2002-AI/TC, F.J., §8.1.

sancionada y la pena aplicable. Por último, el principio de legalidad -en su vertiente de **lex stricta**-, impide que el juzgador recurra a la analogía **in malam partem**, para sancionar una conducta; tal como lo dispone el artículo 139° inciso 9 de la Constitución Política y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal.

TRIGÉSIMO SEXTO: El contenido del principio de legalidad, incluye la exigencia de **lex certa**, como complemento de la prohibición de analogía, generalización o extensión, por cuanto **excluye el carácter difuso de los enunciados o términos usados por el legislador en materia penal**²⁵. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «la ambigüedad en la formulación de los tipos penales, genera dudas y abre campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad»²⁶. En ese sentido, la exigencia de **lex certa** o mandato de determinación; «se ordena a evitar la absoluta discrecionalidad judicial, permitir que la comprobación de los elementos constitutivos del tipo progrese dentro de un control razonable, (...) reclamar del legislador el mayor grado posible de precisión según la materia a regular y favorecer la motivación de los ciudadanos con la consiguiente fidelidad al derecho»²⁷. Mediante la utilización de la fórmula legal «**o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales**» -propia de una técnica legislativa que no tiene sustento alguno-, prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, se ha vulnerado, precisamente, la exigencia del **lex certa**, derivada del Principio de Legalidad Penal. La utilización de una fórmula legal tan ambigua como «**cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales**»; impide que el destinatario de la norma de lavado de activos, pueda saber con certeza qué conductas busca reprimir, realmente, el legislador; esto es, qué delitos pueden considerarse como delitos fuente de lavado de activos.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: El Decreto Legislativo N° 1106, no solamente arrastró la misma deficiencia de técnica legislativa que presentaron, tanto la Ley 27765, como el Decreto Legislativo 986, respecto del desmembramiento del delito fuente; sino que, en el mismo artículo 10° del acotado Decreto legislativo N° 1106, mediante una infeliz redacción, se incrementó aún más la indeterminación de la norma; al sustituir la frase «**u otros similares que generen ganancias ilegales**» -que contemplaba la Ley 27765 y el Decreto Legislativo 986°, por «**o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales**». Si bien, por un lado, la nueva redacción haría ahora indubitable que el elemento “ganancia económica” sería una cualidad genérica del delito previo [“capaz de generar ganancias”] y no al caso

25 YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 456.

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Baena, Ricardo y otros”, párrafos 108 y 115; “Cantoral Benavides”, párrafo 157, y “Castillo Petruzzy y otros”, párrafo 121.

27 YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 457.

concreto; sin embargo, se ha eliminado, al mismo tiempo, el criterio de la similitud con respecto a los delitos nominados²⁸.

TRIGÉSIMO OCTAVO: La anterior exigencia -contemplada en la Ley 27765 y en el Decreto Legislativo 986- de una «similitud» con los delitos expresamente mencionados, «permitía concluir que no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares, en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados. Esta conclusión se correspondía además, con lo establecido en el punto 30 del Acuerdo Plenario N° 03-2010, en el sentido de que, por delitos similares, debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada»²⁹. El Decreto Legislativo 1106 ha eliminado la referencia a la «similitud» y solamente exige que los otros delitos fuente -además del numerus clausus- sean capaces de generar ganancias ilegales, lo cual parece abrir desmesuradamente la cantidad de delitos previos³⁰. En ese sentido, «lo único que queda claro es que [ese 'cualquier otro'] debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta). Pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que cualquier figura delictiva que genera ganancias podría ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos»³¹.

TRIGÉSIMO NOVENO: Nada le impedía al legislador, haber utilizado una fórmula legal más respetuosa de la exigencia de *lex certa*; u.gr. «**y todos los delitos dolosos contemplados en el Código Penal y leyes penales especiales**»; o, «**y todos los demás delitos dolosos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales, que contemplen una pena privativa de libertad superior a los seis (o cuatro) años**», etcétera; con lo cual, cuando menos, el destinatario de la norma hubiese tenido certeza del contenido de la prohibición del delito de lavado de activos. No obstante, cabe advertir que, si el legislador hubiese querido excluir como delito fuente del delito de Lavado de Activos, únicamente, al delito de receptación; entonces, fácilmente hubiese utilizado una fórmula como «**y todos los demás delitos previstos en el Código Penal y leyes penales especiales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código acotado**». Al no haberse empleado esta última fórmula, queda claro que el delito de receptación, previsto en el artículo 194° del Código Penal, no es el único delito excluido del catálogo de delitos fuente del delito de Lavado de Activos; puesto que, como acabamos de señalar, a partir del propio tenor literal de la ley se descarta dicha posibilidad.

28 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 140.

29 GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema Penal*, Lima: Ara Editores, 2012, p. 421 y ss.

30 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 140.

31 GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de Lavado de Activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», en ABANTO VÁSQUEZ/CARO JOHN/MAYHUA QUISPE, *Imputación y Sistema Penal*, Lima: Ara Editores, 2012, p. 422.

CUADRAGÉSIMO: Incluso, es pertinente precisar que, cuando el legislador, en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, utiliza la expresión «**con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal**»; ello se obedece a un desacierto legislativo que tiene una explicación histórica. Esto es, desde que se cambia al modelo de ley especial (es decir, la regulación del lavado de activos fuera del Código Penal), todas las leyes posteriores, de forma mecánica, solamente exceptuaron expresamente, de los delitos previos, el artículo 194° del Código Penal³²; pero ello se debió a que fue la única forma de Receptación que conoció el legislador de 1992. Hasta la actualidad, el legislador no ha tomado noticia de que, entretanto, existen otros tipos de receptación: la distribución ilícita de señales de satélite codificadas (artículo 194°-A), y las formas agravadas de receptación (artículo 195°), aplicable en caso de que la “receptación” se tratara de “bienes provenientes de la comisión de delitos de secuestro, extorsión y trata de personas”³³.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En consecuencia, en nuestra legislación vigente, no cualquier delito puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. Ahora bien, ¿cuáles son esos “otros delitos” que tampoco constituyen delito fuente de Lavado de Activos? El legislador no dice nada al respecto; por lo que la vulneración a la *lex certa*, que se hace con el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, es manifiesta; resultando indispensable identificar criterios para una interpretación de la norma acorde con la exigencia de *lex certa*, como componente del principio constitucional de legalidad penal sustancial.

§. EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS, ¿SE SUBSUME DENTRO DE LA CLÁUSULA ABIERTA «O CUALQUIER OTRO CON CAPACIDAD DE GENERAR GANANCIAS ILEGALES»? Y, POR TANTO, ¿CONSTITUYE FUENTE O DELITO PREVIO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS?

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Tal y conforme se precisó en el considerando octavo de la presente Sentencia de Casación; en el presente caso, se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 3 [indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley penal] y 5 [apartamiento de la doctrina jurisprudencial] del artículo 429° del Código Procesal Penal. Esta última causal ya fue objeto de pronunciamiento de fondo, en los considerandos vigésimo quinto y trigésimo tercero; por lo que corresponde, ahora, determinar si la Sala Superior ha incurrido también en la causal de indebida aplicación o errónea interpretación de la Ley Penal; esto es, del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

32 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *El delito de Lavado de Activos. Análisis crítico*, Lima: Grijley, p. 224 y ss.

33 IBÍDEM, p. 224.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: En el caso de autos, el Ministerio Público, al Formalizar Investigación Preparatoria contra JADER HARB RIZQALLAH GARIB; consideró que el delito contra el patrimonio, en la modalidad de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, sí constituye delito fuente del delito de Lavado de Activos; criterio que fue compartido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Contrariamente a ello, la defensa técnica del procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; postuló, como argumentos centrales de su recurso de Casación bien concedido, que considerar el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, como delito fuente del delito de Lavado de Activos; implica una errónea interpretación e indebida aplicación de la Ley Penal -esto es, del artículo 10° del Decreto legislativo N° 1106-; y, además, un claro apartamiento de la doctrina jurisprudencial. Al respecto, habiendo ya constatado la existencia de un apartamiento de la doctrina jurisprudencial; queda por determinar si en el Auto de Vista recurrido, la Sala Superior ha incurrido en una errónea interpretación y/o indebida aplicación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Si bien, el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se refiere al delito previo como una “actividad criminal” y menciona expresamente delitos especialmente graves; sin embargo, al final utiliza una cláusula general que permite abarcar cualquier figura delictiva al consignar: **«o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»**. Con esta nueva redacción del dispositivo legal, lo único que queda claro es que debe tratarse de un delito (no de cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta); pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que -de acuerdo con una interpretación meramente literal- cualquier figura que genere ganancias, podría ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos³⁴; incluyendo el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: En nuestro sistema penal, no se asume un sistema de catálogo cerrado, ni se establece expresamente un criterio de gravedad de los delitos previos del delito de Lavado de Activos; sino que se hace una enumeración ejemplificativa de aquellos, cuyas ganancias pueden ser objeto del delito de lavado de activos³⁵. Al respecto, mientras un catálogo cerrado favorecería de manera absoluta la determinación de la medida de lo típicamente relevante, la utilización de una cláusula abierta como **«u otras con capacidad de generar ganancias»**, implica no solamente dejar abierto un campo de ponderación casuístico o circunstancial; sino también derivar a la función judicial la concreción del significado de dicha expresión y de su contenido valorativo; con el peligro de que el Juez pueda manejarse con criterios meramente subjetivos, de apreciación individual, espontánea y carente de fundamento; esto es, arbitrario.

34 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 578.

35 IBÍDEM, p. 577.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En consecuencia, una interpretación meramente literal de la frase «*o cualquier otro con capacidad de generar ganancias*»; resulta insuficiente para determinar si, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1106, el delito de Fraude en la Administración de las Personas Jurídicas, puede constituir delito fuente del delito de Lavado de Activos. En ese sentido, es importante anotar que: «Un punto especialmente complejo dentro de las decisiones de política criminal tomadas en nuestro tiempo, es el relativo a los enunciados típicos que asumen la noción de *lucha*, ya sea contra el terrorismo, la criminalidad organizada o los crímenes transnacionales. El adelantamiento de la punición y la formulación de conceptos normativos se plantean como un gran desafío»³⁶. Por lo que, ante la oscuridad manifiesta del legislador; corresponde observar lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución Política, donde se establece que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...). El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: El criterio esencial para la interpretación de la ley penal, se encuentra en la determinación del fin de la regulación (*telos*). De otra forma, no sería posible justificar una decisión judicial, más allá de la sola subjetividad del juez. Cada ley tiene un fin de regulación independiente de la voluntad del juez, encargado de utilizarla para la solución de un caso concreto, de manera que la plausibilidad de la interpretación depende de la correcta determinación del fin de regulación de la ley³⁷. Ante situaciones donde la legislación penal -como es el caso de la lucha contra el Crimen Organizado- no puede renunciar a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, necesitados de concreción, se verifica la concurrencia de las dos instancias implicadas en el desarrollo de la norma. Así, el legislador y la jurisprudencia actúan a través de una colaboración en la que se reparten el trabajo y determinan lo que es punible. En tal caso, la indeterminación de una ley no se puede juzgar en general, solamente teniendo en cuenta su texto, sino, de manera adecuada, integrando las posibilidades de interpretación judicial de tal ley³⁸. Sobre la base de estas premisas corresponde, en consecuencia, determinar si el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, se encuentra o no dentro del alcance de la cláusula abierta: «*o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*»; contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Al respecto, si revisamos el contexto del Derecho Internacional Público, la conveniencia de establecer un criterio de restricción -respecto a los delitos que pueden constituir delito fuente del Lavado de Activos-, es resaltada en diversos instrumentos

36 YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 466.

37 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 2da ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 286.

38 Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires: B de F, 2014, p. 462.

internacionales; como sucede con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), en donde se establece el compromiso de los Estados de tipificar los actos de lavado en relación con bienes que procedan de delitos graves.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: En esa misma línea, si atendemos al Derecho Comparado; en diversos ordenamientos legislativos de otros países, se hace una restricción de los delitos previos por medio de una lista taxativa o un criterio general de gravedad (el criterio del umbral)³⁹. El criterio de la lista taxativa, es utilizado en países como Chile, Colombia y Uruguay⁴⁰, y hasta hace poco fue asumido también por la normativa penal brasilera. El criterio del umbral, por su parte, fue seguido por la regulación española hasta hace algunos años⁴¹. Pero, en todo caso, lo que queda claro es que no todos los delitos pueden constituir delito fuente del Delito de Lavado de Activos; sino solo aquellos que presentan cierta entidad; esto es, solamente los delitos graves; no siendo el caso del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, por cuanto no reviste gravedad.

QUINCUGÉSIMO: Por otra parte, de acuerdo con una interpretación histórica del delito de Lavado de Activos; es importante resaltar que en la ley penal contra el lavado de activos anterior (Ley N° 27765), el artículo 6° hacía una enumeración de la clase de delitos previos que podían dar lugar a un delito de lavado de activos (tráfico ilícito de drogas, delitos contra la Administración Pública, secuestro, etc.), pero había la posibilidad de considerar también a otros delitos “similares”⁴². La exigencia de una “similitud” con los delitos expresamente mencionados, permitía concluir que, no cualquier delito podía ser considerado un delito previo, sino solamente aquellos que eran similares en cuanto a la gravedad con los delitos expresamente mencionados⁴³. Esta conclusión se correspondía, además, con lo establecido en el fundamento §5.30 del Acuerdo Plenario N° 3-2010, donde -a partir de una interpretación sistemática y teleológica-, se concluyó que, por delitos “similares”, debía entenderse a los que estaban sancionados con penas privativas de libertad significativas y habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada.

QUINCUGÉSIMO PRIMERO: Asimismo, es el propio legislador quien ha denominado al Decreto Legislativo N° 1106, como «Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado

39 IBÍDEM, p. 576.

40 HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito de Lavado de Activos. Delito Fuente*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2009, p. 186 y ss.

41 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

42 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte Especial*, vol. I, 2da ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 577.

43 IBÍDEM, p. 577.

de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado». Por lo que, las disposiciones legales contempladas en dicha norma, deben interpretarse en función, principalmente, de la represión de conductas relacionadas directamente con el Crimen Organizado; lo que implica, necesariamente, la referencia a delitos que revisten considerable gravedad. Precisamente, los delitos fuente incluidos en la lista del segundo párrafo del artículo 10° de la norma acotada; son delitos en los que claramente se identifica, la producción causal de un resultado económico surgido a partir de un acto delictuoso; constituyen, además, delitos de especial gravedad [minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, y los delitos aduaneros].

QUINCUGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, aunque la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, solo pone el acento en la capacidad del delito previo de *“generar ganancias ilegales”*; sin embargo, una interpretación histórica, de *ratio legis*, sistemática y teleológica; de la referida norma; hace exigible que solamente puedan constituir delitos fuente -subsumibles en la cláusula abierta *«o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»*-, ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales; cuya determinación requerirá de una motivación cualificada por parte del operador jurídico, dada la significativa indeterminación de la cláusula abierta en mención.

QUINCUGÉSIMO TERCERO: El delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, previsto en el artículo 198° del Código Penal, no constituye delito fuente del delito Lavado de Activos; al no revestir *gravedad*; lo cual se evidencia en cuatro planos: i) en el *plano sustantivo*; la penalidad conminada es escasa [no menor de uno ni mayor de cuatro años], lo cual implica que el legislador no pretende asegurar la imposición de una pena privativa de libertad efectiva; ii) en el *plano procesal*; en materia cautelar, se trata de un delito que nunca motivaría un requerimiento de prisión preventiva; ya que no cumple con el requisito de *prognosis* de pena; y ello por más peligro procesal que hubiere; iii) en el *plano procesal*; se enmarca dentro del grupo de delitos que, por lo general, se van a resolver en sede de negociación procesal; iv) en el *plano criminológico*; se agrupa dentro de los delitos con poca incidencia judicial; esto es, que son resueltos, por lo general, en sede extrajudicial.

QUINCUGÉSIMO CUARTO: Si bien, desde un plano abstracto, la comisión del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, podría generar ganancias económicas a su autor; ello también podría predicarse, siempre abstractamente, de cualquier otro delito;

por lo que es necesaria la concurrencia del requisito de gravedad del delito fuente; conforme a los criterios establecidos en el considerando precedente.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO: De otro lado, siendo el delito fuente un elemento normativo del tipo objetivo de Lavado de Activos; la imputación debe comprender, mínimamente, el hecho o suceso fáctico que generó las ganancias ilegales; el lugar, tiempo y espacio en que ocurrió; todo ello, para garantizar el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa del imputado. Si solo se hace referencia al *nomen iuris* del delito fuente, sin precisar ningún dato adicional; entonces, no habrá delito fuente; y, en consecuencia, faltará un elemento normativo del tipo objetivo, deviniendo la conducta imputada en atípica. En el caso de autos, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, al formalizar Investigación Preparatoria contra el investigado recurrente, solo hizo referencia al *nomen iuris* del delito fuente (Fraude en la Administración de Personas Jurídicas); sin precisar ningún otro dato adicional; a pesar que a dicho investigado se le atribuye un presunto “Autolavado”. En consecuencia, el hecho que se le imputa resulta atípico.

QUINCUAGÉSIMO SEXTO: Al respecto, este Supremo Tribunal, considera que para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta «**o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales**» -prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando a su presunto autor o partícipe. ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) la gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada. De esta forma se evitará la vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de *lex certa*.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO: La indebida aplicación y la errónea interpretación de la Ley Penal, son formas de infracción de la ley material; previstas como causales de casación en el inciso 3 del artículo 429° del Código Procesal Penal. «La indebida aplicación supone que se han subsumido los hechos, que se han estimado probados, dentro del ámbito de una norma inaplicable (...), el error recae en la norma aplicable que se escogió»⁴⁴. De otro lado, existe errónea interpretación cuando «el juez da a la norma correctamente elegida un sentido equivocado, haciéndole producir consecuencias que no resultan de su contenido (...). En otras palabras, los procesos de selección y adecuación que se aplica al caso son correctos, pero al interpretar el precepto le atribuye un sentido que no tiene o le asigna distintos o contrarios a su contenido»⁴⁵.

44 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, 1ra ed., Lima: INPECCP, 2015, p. 738.

45 IBÍDEM, p. 738.

QUINCUGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Superior utilizó la norma aplicable al caso -esto es, el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106-; pero la interpretó erróneamente; al sostener que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, podía subsumirse en la cláusula abierta «o cualquier otro con capacidad de generar ganancias»; con lo cual, incurrió en la causal de errónea interpretación de la Ley Penal. En efecto, dicho Colegiado Superior consideró que el delito de Fraude en la administración de personas jurídicas, constituye delito fuente de lavado de activos, por estar comprendido dentro de la cláusula abierta tan mencionada; sin embargo, no nos dio razones ni utilizó algún método de interpretación de dicha disposición. La interpretación correcta de la referida cláusula, a criterio de este Supremo Tribunal, es que solo constituirá delito fuente del delito de lavado activos -además del listado del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106- aquél que reviste gravedad, en función a la pena conminada; y, tiene capacidad para generar ganancias ilegales. A esta conclusión se arriba en base a una interpretación histórica, sistemática y teleológica de la referida disposición legal. En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación, también por la causal de errónea interpretación de la Ley Penal.

§. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

QUINCUGÉSIMO NOVENO: Conforme a los criterios desarrollados por la Corte Suprema, en la Casación N° 407-2015/Tacna: «la excepción de improcedencia de acción presenta dos alcances, conforme lo establece el artículo 6, apartado 1, literal b, del Nuevo Código Procesal Penal: 1. El hecho no constituye delito. 2. El hecho no es justificable penalmente. El primer punto abarca la antijuridicidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuridicidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absoluta -son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena- [SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR EUGENIO. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, Lima: INPECCP, 2015, página 284]»⁴⁶.

SEXAGÉSIMO: En el presente caso, por el propio planteamiento de la defensa técnica; no corresponde analizar si el hecho no es justificable penalmente, sino si los hechos atribuidos al procesado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, constituyen o no delito. En ese sentido, procesalmente debe determinarse, en el caso de esta excepción, si se presenta una cuestión de derecho penal material, que niega la adecuación típica del hecho imputado, o si se alega, desde esa misma perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuridicidad penal de la conducta atribuida.

⁴⁶ Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N° 407-2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Cuarto. (Ponente: San Martín Castro)

SEXAGÉSIMO PRIMERO: Ahora bien, para deducir una excepción de improcedencia de acción, se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el **juicio de subsunción normativa** del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto categorías del delito, distintas de la culpabilidad -tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad⁴⁷. [Recuso de Nulidad número seiscientos veintiocho guion dos mil trece diagonal Cusco, de cuatro de octubre de dos mil trece].

SEXAGÉSIMO SEGUNDO: En consecuencia, siendo el delito previo o precedente, un elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos; y estando a que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, postulado por el Fiscal como delito fuente, no se encuentra dentro de los alcances de la cláusula abierta **«o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales»**; contenida en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106; entonces, la conducta imputada al investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB es atípica, por atipicidad relativa; es decir, no se adecúa a ninguna de las conductas típicas previstas en los artículos 1°, 2° y 3° de dicho Decreto Legislativo, concordante con el artículo 10° ya acotado; por lo que de seguir la Investigación Preparatoria abierta contra dicho investigado, la finalidad de la misma sería reprimir simples actos de transferencia de dinero a través del sistema bancario, en clara transgresión del principio de legalidad penal. En consecuencia, la Excepción de Improcedencia de Acción, deviene en fundada; por cuanto los hechos investigados por la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio de Arequipa, son atípicos; es decir, no constituyen delito. Siendo de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 6° del Código Procesal Penal que señala: «Si se declara fundada cualquiera de las excepciones previstas en los cuatro últimos literales, el proceso será sobreseído definitivamente».

SEXAGÉSIMO TERCERO: Dada la naturaleza del asunto objeto de decisión, este Supremo Tribunal dispone que los fundamentos décimo séptimo, quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto, constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para los órganos jurisdiccionales penales, diferentes a la propia Corte Suprema, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3, del Código Procesal Penal.

47 Véase, Sala Penal Transitoria [hoy Primera Sala Penal Transitoria]; Casación N° 407-2015/Tacna, del 07 de julio del 2016; F.J. Quinto. (Ponente: San Martín Castro)

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB, por las causales previstas en los incisos 3 y 5 del artículo 429° del Código Procesal Penal (errónea interpretación de la ley penal y apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema). **II. SIN REENVÍO, CASARON** el Auto de Vista N° 259-2016, de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis -obstante a folios tres del cuadernillo supremo-; emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa; que, declarando infundado el recurso de apelación, confirmó la Resolución N° 04-2016, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; y, **ACTUANDO EN SEDE DE INSTANCIA; REVOCARON** la resolución del Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; y, reformándola, **DECLARARON**, fundada la excepción de improcedencia de acción, deducida por la defensa técnica de JADER HARB RIZQALLAH GARIB, en la Investigación Preparatoria que se le sigue por el Delito de Lavado de Activos en agravio del Estado. **III. ORDENARON**, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 6° del Código Procesal Penal; dar por fenecida la presente Investigación Preparatoria seguida contra el investigado JADER HARB RIZQALLAH GARIB; por el delito de Lavado de Activos, en agravio del Estado; sobreseyéndose definitivamente la misma. **IV. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial, de carácter vinculante**; los fundamentos jurídicos: décimo séptimo; quincuagésimo segundo; y quincuagésimo sexto de la presente sentencia casatoria; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal. **V. DISPUSIERON** dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia pública y, se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; interviniendo el Señor Juez Supremo Aldo Figueroa Navarro, por licencia de la señora Juez Supremo Pacheco Huancas.

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

¿EL DELITO PRECEDENTE O EL ORIGEN ILÍCITO ES ELEMENTO NORMATIVO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS? ANÁLISIS DE LA CASACIÓN N° 92-2017-AREQUIPA Y DE LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017.

ANÁLISIS Y COMENTARIOS: FRANK ROBERT ALMANZA ALTAMIRANO¹

SUMILLA:

“Para que exista una condena por lavado de activos, debe ser acreditado indiciariamente el origen ilícito de los activos y no un delito precedente. En nuestra opinión, entre los indicios para acreditar el origen ilícito, puede encontrarse algún nivel de vinculación a un delito precedente capaz de generar ganancias ilegales, respecto del cual no se puede exigir un estándar probatorio similar que el utilizado para acreditar un delito en general, sino indicios de menor intensidad probatoria”.

Debemos partir por señalar que para que exista una condena por lavado de activos, debe ser acreditado indiciariamente el origen ilícito de los activos y no un delito precedente. En nuestra opinión, entre los indicios para acreditar el origen ilícito, puede encontrarse algún nivel de vinculación a un delito precedente capaz de generar ganancias ilegales, respecto del cual no se puede exigir un estándar probatorio similar que el utilizado para acreditar un delito en general, sino indicios de menor intensidad probatoria. Esta conclusión se extrae de los Convenios Internacionales de Antilavado de Activos y contra la Financiación del Terrorismo, la doctrina y jurisprudencia extranjera, así como parte importante de la doctrina y jurisprudencia nacional, como veremos a continuación.

I. ORIGEN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El delito de lavado de activos es un delito relativamente nuevo, surgió en los ochentas con ocasión de un escalamiento de la delincuencia organizada transnacional, marcada particularmente por el auge del narcotráfico, delito cuyas cuantiosas ganancias fueron motivo para encontrar en el sistema financiero un canal propicio para ocultar el origen ilícito de esos réditos, es decir, blanqueo de capitales (lavado de activos). Con sus activos a buen recaudo, las organizaciones criminales se hacían más fuertes y cada vez adquirirían más poder que no solamente era económico sino también político, ello las hacía casi invencibles.

1 Profesor de la AMAG, ESAN y USMP / Fiscal Superior Penal de Lima.

La necesidad entonces de prevenir, controlar y sancionar el blanqueo de capitales generó en los Estados y en organizaciones internacionales el interés de fortalecer y armonizar las legislaciones nacionales, tanto en sus contenidos como procedimientos, dando lugar al surgimiento del marco normativo y de estándares internacionales de política pública que definen al Sistema Internacional ALA/CFT.²

Como pilares fundamentales, se destacan la Declaración de Principios de Basilea (1988); el Convenio de Estrasburgo contra el Blanqueo de Capitales (1990); las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (1990); el Convenio de Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo (1999); la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

• **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988)**³: por primera vez estipula que una medida eficaz para frenar el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas es privar a quienes participan en la cadena criminal del producto y beneficio de sus actividades delictivas, eliminando así su principal incentivo. La Convención requiere que sus signatarios: tipifiquen las conductas de blanqueo de capitales, surgidas de los delitos de tráfico de drogas; promulguen una legislación que permita identificar, rastrear, incautar y confiscar los réditos del tráfico de narcóticos y el blanqueo de capitales; hagan del lavado de dinero un crimen sujeto a extradición; suministren cooperación internacional en procesos judiciales; y cooperen para mejorar la acción de las autoridades en el combate del tráfico de narcóticos y las ofensas relacionadas.

• **Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos derivados de actos delictivos (Estrasburgo, 1990)**, Adoptado en 1990 por el Consejo de Europa reunido en Tampere, Finlandia, es la primera vez que un convenio internacional (circunscrito inicialmente a los países de la comunidad Europea) establece un conjunto de normas y medidas exclusivas al blanqueo de capitales, en el ámbito de la prevención, detección, investigación y judicialización del delito. Como consecuencia, fijó un rumbo excepcional en la política criminal internacional sobre el lavado de activos al extender los delitos subyacentes del lavado de activos a todos los delitos graves, más allá del tráfico ilícito de drogas.

2 Antilavado de Activos y Contra la Financiación del Terrorismo.

3 Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

• **Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁴ (Palermo, 2000):** Suscrita en el 2000 y en vigencia desde el 2003, la Convención promueve la cooperación para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional. Los países que la han ratificado tienen la obligación de **(1) tipificar como delito autónomo el lavado de activos e incluir todos los delitos graves como delitos subyacentes del mismo, (2) establecer regímenes reglamentarios para impedir y detectar todas las formas de lavado de activos, (3) intercambiar información a nivel nacional e internacional y (4) crear unidades de inteligencia financiera (UIF).**

• Las 40 Recomendaciones del GAFI⁵: establecen los requisitos mínimos que deben implementar los países para luchar contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. La primera versión de las Recomendaciones se remonta al año 1990, experimentando una serie de actualizaciones posteriores, la última de las cuales se efectuó en febrero de 2012. Estas 40 Recomendaciones del GAFI establecen los requisitos mínimos que deben implementar los países para luchar contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo. La primera versión de las Recomendaciones se remonta al año 1990, experimentando una serie de actualizaciones posteriores, la última de las cuales se efectuó en febrero de 2012.

En ese contexto, se puede concluir que el Sistema Normativo Internacional Antilavado de Activos y Contra la Financiación del Terrorismo, trata específicamente, de una estructura de normas, leyes, medidas, procesos e instituciones que se han forjado con el propósito de crear un cerco contra la expansión del crimen organizado transnacional (Ejm. Lavado de Activos).

Es más, la Convención de Palermo, como se explicó anteriormente, promueve la cooperación para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional, siendo una de sus medidas que, los países que la han ratificado tienen la obligación de (1) tipificar como delito autónomo el lavado de activos e incluir todos los delitos graves como delitos subyacentes del mismo; convención que fue ratificada por el Perú en el año 2002.

Por su parte, la Convención de Varsovia se refiere explícitamente a esta cuestión en su art. 9 (5) donde establece que: **“Cada Estado miembro debe asegurar que la condena previa o simultánea del delito precedente no representará un requisito para condenar el lavado de dinero”.**

A su vez, varios instrumentos soft law, hacen mención de esta alternativa. Por ejemplo, el “Modelo de Legislación de las Naciones Unidas sobre Lavado de Dinero del 2009” sostiene que:

4 <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

5 Ver http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf.

“Para poder probar el origen ilícito de los activos, no será necesario que exista una sentencia que condene el delito que los haya generado”⁶.

En esta misma línea, el art. 6 del Modelo Regulatorio de la OAS-CICAD (por sus siglas en inglés), dispone que el delito de Lavado de Activos será definido como: *“investigado, enjuiciado y sentenciado por un tribunal o autoridad competente, como una figura autónoma y distinta de cualquier otra ofensa penal. No será necesario establecer un procedimiento penal con respecto a la existencia del posible delito [previo] grave”*.

Finalmente, la versión 2003 de las 40 Recomendaciones del GAFI, señala en su Criterio de Metodología Esencial 1.2.1 en relación a la Recomendación 1, que: “al probar que los activos provienen de un delito, no será necesario que la persona en cuestión sea condenada por el mismo”⁸. Por otro lado, la versión 2012 de las mismas recomendaciones, ha repetido esta posición en la R.3 y sus notas interpretativas⁹.

III. ALGUNAS OPINIONES DE ESPECIALISTAS EN MATERIA DE LAVADO DE ACTIVOS

• **Isidoro Blanco Cordero**¹⁰, al analizar el Código Penal Español, artículo 301 CP, respecto al hecho, de que se requiere acreditar que los bienes supuestamente blanqueados proceden de una actividad delictiva; precisa que esta modificación “actividad delictiva”, corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (STS 115/2007 de 22 de enero de 2007).

El citado autor, precisa también, respecto al delito de blanqueo de capitales, que la doctrina jurisprudencial española, desde hace años, se ha pronunciado de manera rotunda en el sentido de que no es necesario que exista una condena por la actividad delictiva previa de la que proceden los bienes. Es paradigmática la STS 1704/2001, de 29 de setiembre, a la que se refieren otros posteriores, en la que advierte que en la definición del delito de blanqueo no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se ocultan. Esto es lógico, sigue, desde una perspectiva político - criminal, puesto que, tratándose de combatir

6 Art. 3 (8) del “Modelo de Legislación sobre Lavado de Dinero del 2009” (Informe, abril 2009) 16

7 OAS-CICAD, “Regulación Modelo respecto del delito de Lavado en relación al tráfico de drogas y otros delitos graves” (Informe, diciembre 2005).

8 GAFI, “Metodología para el cumplimiento de las 40 Recomendaciones y las 9 Recomendaciones Especiales del GAFI” (Informe, 27 de febrero de 2004, actualizado en febrero de 2009) 11.

9 Ver Recomendación 3 de la versión 2012 de las 40 Recomendaciones del GAFI y sus notas interpretativas (Feb. 2012).

10 Blanco Cordero, Isidoro; El delito de Blanqueo de Capitales; Thomson Reuters - Aranzadi; 3ra Edición 2014 (Primera Edición en esta colección); pág. 246.

eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas¹¹. Se considera bastante con acreditar simplemente la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo¹².

Señala también, que respecto a la vinculación del delito de blanqueo de capitales con la actividad delictiva previa, basta con que exista una acción típica y antijurídica sin necesidad de que concurra la culpabilidad; es decir no es necesario que el autor o el cómplice en el delito previo sean culpables o hayan sido efectivamente penados¹³.

Precisando además, que el blanqueo de capitales es un delito autónomo e independiente del delito previo, que tiene un injusto propio y diferenciado; y que simplemente bastará con señalar, refiriéndose al artículo 300 del CP Español, que para la sanción del blanqueo se exige que el hecho previo sea al menos típico y antijurídico, siendo indiferente que el autor del delito principal sea irresponsable o esté exento de pena¹⁴.

• **Diana Patricia Arias Holguín**, al tratar el tema del delito previo o subyacente del delito de lavado de activos, precisa que, es necesario que el hecho previo constituya un injusto, es decir, que se esté en presencia de una conducta típica y antijurídica, atendiendo a que en este precepto se afirma la procedencia de las figuras post - delictivas aunque el autor o el cómplice del hecho previo fuesen irresponsables o estuviesen personalmente exentos de pena¹⁵.

Ahora bien, afirmar que el delito previo constituye un elemento del tipo penal de lavado de activos, carece de sustento; si bien las recientes modificaciones del texto de blanqueo de capitales en la legislación española, no exigen que los bienes tengan su origen en un delito, es decir, en una acción típica, antijurídica, culpable y punible, sino que es suficiente con que los bienes procedan de una actividad delictiva; pero este cambio consagra la línea seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, pese a que la anterior

11 En la misma línea las SSTS 575/2003, 14-4; 8288/2003, 19-12; 1239/2004, 25-2; 8120/2004, 15-12; 141/2006, 27-1; 3932/2007, 4-6 y 772/2007, 8-4-2008; 1426/2005, 13-12; 115/2007, 22-1.; citado por Blanco Cordero, Isidoro; cit., pág. 247.

12 Zaragoza Aguado; Comentario al art. 301 CP; citado por Blanco Cordero, Isidoro; cit., pág. 247.

13 Blanco Cordero, Isidoro; EL delito de Blanqueo de Capitales; op. Cit.; pág. 281.

14 Blanco Cordero, Isidoro; op. Cit.; pág. 282.

15 Arias Holguin Diana Patricia; Aspectos Políticos - Criminales y Dogmáticos del Tipo de Comisión Dolosa de Blanqueo de Capitales (Art. 301 CP); lustel - 1ra Edición 2011; pág. 314.

redacción exigiera que los bienes procedieran de un delito, la jurisprudencia no lo entendió así y en su argumentación acerca del conocimiento del delito antecedente, se apoyaba en criterios sobre una actividad delictiva, y no en la efectiva comisión de un delito. En concreto apreciaba ese requisito típico mediante la constatación de una serie de indicios sobre esa ilegal procedencia. Dice la jurisprudencia (STS 1704/2001 de 29 de setiembre), que ni en el delito de blanqueo, ni en la receptación “se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan ... puesto que, tratándose eficazmente de combatir un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado”¹⁶.

En base a estos criterios, la jurisprudencia española, señala que para el enjuiciamiento de delitos de blanqueo de bienes de procedencia ilegal, no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto del blanqueo (por todas, SSTS de 27 de enero de 2006 y de 1 de febrero de 2007). Una muy consolidada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 7 de diciembre de 1999, 10 de enero de 2000, 31 de marzo de 2000, 28 de julio de 2001 y 29 de setiembre de 2001), ha consagrado un triple pilar indiciario sobre el que puede edificarse una condena por el delito de blanqueo de capitales, procedentes de una actividad delictiva previa (concretamente, en estos casos no se podía probar el delito anterior, pero sí que los bienes procedían del mismo).

a) incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su relevancia cuantitativa, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.

b) inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

c) en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas.

Estos criterios inferenciales permiten la explicación con racionalidad del elemento cognitivo del delito -el conocimiento de la relación del bien sobre el que se actúa con una actividad delictiva-, no requiriendo un concreto delito sino su conexión con una actividad delictiva, que requiere la existencia de una acción típica y antijurídica, sin ser necesario elementos de culpabilidad y punibilidad.

16 Martínez - Arrieta Márquez de Prado, Ignacio; El Autoblanqueo - El Delito Fiscal como Delito Antecedente del Blanqueo de Capitales -; Tirant lo Blanch; 107 “Colección Delitos” - Valencia 2014; pág. 32.

• **Zaragoza Aguado**¹⁷, por su parte, sostiene que “la determinación de la procedencia criminal de los bienes que son objeto de los actos típicos de blanqueo no requerirá otras exigencias que la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo”. Ya que “Si la característica fundamental de esta figura delictiva, a los efectos de su aplicación práctica, es su naturaleza autónoma e independiente, sin accesoriadad respecto al delito previo, en buena lógica no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva”.

• En el contexto nacional, **Gálvez Villegas**¹⁸, sostiene respecto al delito de lavado de activos que: “(...) es un delito autónomo del delito previo y únicamente exige que los activos que constituyen el objeto del lavado deben tener una conexión o vinculación con la actividad criminal previa, considerada esta de modo general o abstracta, por lo que no interesa acreditar la comisión de un delito específico, cometido en determinada fecha, por determinada persona, en determinado lugar y en determinadas circunstancias”.

• **Prado Saldarriaga** sostiene que el delito de Lavado de Activos, sin más “es un delito autónomo de aquel al que se le vincula los capitales objeto de la actividad específicamente tipificada”¹⁹; en todo caso como sostiene Caro Coria, se debe mencionar el delito fuente de modo genérico, y que esta se puede acreditar en el proceso mismo de Lavado de Activos, señalando concretamente que “(...) la mínima actividad probatoria exigible debe orientarse a acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico”²⁰.

• Conviene destacar al profesor **Abanto Vásquez**, quien refiere de la existencia de la postura de Jueces y Fiscales en cuanto “sostienen que bastaría con que el juez estuviera convencido del origen ilícito (o también en última instancia: que el imputado no hubiera podido explicar razonablemente el “origen ilícito” de los bienes), para emitir una condena por “lavado de activos”²¹.

17 Zaragoza Aguado, Javier Alberto. “Investigación y Juggamiento del Blanqueo de Capitales (II)”. En: BLANCO CORDERO, Isidoro *et. al.*, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Tercera Edición*, Washington D.C.: OEA, República Bolivariana de Venezuela, Banco Interamericano de Desarrollo, 2007, p. 396.

18 Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El Delito de Lavado de Activos, Criterios Sustantivos y Procesales, Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*, Pacífico Editores, Lima, 2014, p. 87.

19 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*, Editorial Idemsa, 2013, p. 216.

20 Caro Coria, Carlos, “*Lavado de Activos Provenientes del delito Tributario*”, en *Lavado de Activos y Compliance*, Editorial Juristas, Lima, 2015, p. 176.

21 Abanto Vásquez, Manuel, “*Evolución de la Criminalización del Lavado de Activos en la Doctrina y Práctica del Perú y Alemania*”, en *Lavado de Activos y Compliance*, Editorial Juristas, Lima, 2015, p. 77.

IV. POSICIÓN JURISDICCIONAL NACIONAL ASUMIDA SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS ACORDE CON SUS ORIGENES Y EXIGENCIAS INTERNACIONALES

• **Acuerdo plenario 3-2010**²², en primer lugar define el delito de lavado de activos (...) *todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito (...)*. En cuanto a su tipicidad, considera al delito fuente como elemento objetivo del tipo en el que no es necesario (...) *que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto*²³. Asimismo, respecto a tipicidad subjetiva, señala que la ley exige una conducta dolosa en la que (...) *el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen, ni mucho menos quienes intervinieron en su ejecución, ilícito (...)*²⁴. Sin embargo no es exigencia del tipo penal que el agente conozca de que delito previo se trata, ni cuando se cometió éste cuando menos el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso (...) ²⁵. Mientras que en su fundamento 35°, con relación a la acreditación del conocimiento del delito fuente y el conjunto de los elementos objetivos del delito de lavado de activos precisa que: *“El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo²⁶ -lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves -las previstas en el artículo 6° de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal”*.

Es decir, en este acuerdo plenario. Si bien se define el delito fuente, como un elemento objetivo de la tipicidad, su probanza acerca de su conocimiento y elementos objetivos del Lavado de Activos, primordialmente descansará en la prueba indiciaria²⁷; es por ello que el

22 Emitido el 16 de noviembre de 2010, por las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales respecto al delito de Lavado de Activos.

23 Segundo párrafo del fundamento 32

24 En su Fundamento 17.

25 En su Fundamento 18

26 El sombreado es nuestro.

27 La prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal deberá ser inferida a partir de un razonamiento lógico deductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas, datos externos y objetivos acreditados, conforme se estableció en la Ejecutoria Suprema Vinculante N° 1912-2005/Piura, del 6 de setiembre de 2005 (Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006. Fundamento 33).

citado acuerdo plenario, precisa que (...) *La Prueba sobre el conocimiento del delito fuente y el conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria, no es habitual la existencia de prueba directa, ya que en esta clase de actividades delictivas son propias de la criminalidad organizada.*

Similares criterios la Corte Suprema ha acogido y desarrollado en el **Recurso de Nulidad N° 2868-2014/Lima**²⁸, al referirse al tema de probanza del delito de Lavado de Activos, resaltando como características del delito de Lavado de Activos: *ii) delito autónomo de aquel al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada (...) en los artículos y normas indicados autonomía del delito de Lavado de Activos, iii) no requiere por ello que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal -no se exige ni siquiera una condena de la actividad delictiva antecedente, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva-, iv) resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se le imputa el lavado y otro - se rechaza desde ya, la doctrina de los actos copenados o de la vulneración del non bis in idem, lo que incluso cuenta con el apoyo de diversas directivas y recomendaciones internacionales*²⁹.

Al referirse a la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos, luego de desarrollar las conductas que la comprenden, esto es, los de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, y transporte y traslado, resalta que a éstas se integran (...) *el origen ilícito o la conexión directa o derivada de las actividades criminales de los activos (...), tales activos, constituyen en el delito de lavado de activos, un elemento normativo del tipo, siendo de aclarar que en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados (...)*³⁰, (sombreado es nuestro).

En cuanto a la acreditación de éste como elemento normativo del tipo, enfatiza (...) *que es obvio que no hace falta la existencia de una sentencia previa que haya declarado el delito precedente, pues de lo contrario no sería posible en la mayoría de los casos aplicar el tipo de lavado de activos -son razones de política criminal las que autorizan a atender de esta forma los alcances del referido elemento normativo del tipo- (...),* resaltando que lo que realmente se exige es *la creditación necesaria -como elevada probabilidad objetiva- de que los bienes inicialmente bajo sospecha simple -que es lo que se precisa para la legitimidad de la investigación preparatoria en fase preliminar- y, luego, bajo sospecha suficiente -en que, a nivel de pronosis, se requiere que la condena resulte probable (probabilidad de condena), y que a su vez justifica la acusación y el auto enjuiciamiento-, tuvieron su origen en una actividad delictiva previa*³¹.

28 De fecha 27 de diciembre de 2016, en mérito al recurso de nulidad presentada por el Ministerio Público y la Procuraduría Pública Especializada.

29 Primer numeral del décimo fundamento.

30 Tercer numeral del décimo fundamento

31 Idem

Ahora bien, conforme con estas posiciones jurisdiccionales, para determinar la vinculación del objeto del delito de lavado de activos con la actividad criminal previa, así como para determinar la propia existencia de ésta, es suficiente que existan indicios razonables al respecto, tal como uniformemente señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia.

Asimismo, se señala que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriadad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado. Agregando que, no hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo; precisando que lo contrario implicaría, ni más ni menos, que el lavado de activos sea un delito de imposible ejecución.

Ahora bien, en el caso de que se hubiera individualizado un delito previo, pudiera ser que éste, ni siquiera se hubiese investigado o que se hubiera absuelto al agente por el delito previo, por ejemplo, por no haberse acreditado su participación en los hechos, por causal de inculpabilidad o alguna causal de exención de pena, o por la aplicación del principio del in dubio pro reo, o por una mala apreciación o valoración de los medios de prueba, en el proceso seguido para el supuesto delito fuente; sin embargo, ello no desvirtúa la vinculación del objeto del delito (bienes, dinero, efectos o ganancias de origen ilícito) con la actividad criminal previa.

Por lo que estando a lo expuesto, se puede advertir, la tendencia jurisdiccional respecto al delito de lavado de activos defendía la autonomía del delito de lavado de activos frente al delito previo, por lo que considerar lo contrario, implicaría concebir un delito de imposible ejecución.

V. POSICIÓN JURISDICCIONAL NACIONAL Y CON EFECTOS VINCULANTES

Casación 92-2017, en la cual bajo la justificación de interpretación adecuada del delito fuente del delito de lavado de activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, sostiene: *EL delito fuente o delito previo es el que permite asignar la característica de ilicitud al objeto material del delito: al cual, precisamente, por esta razón, se ha denominado “lavado de activos”. Si no existiera un delito previo, no habría aún ningún injusto con los actos de conversión, ocultamiento, etcétera, de los bienes*³², planteando que el delito de lavado de activos debe considerarse (...) *un delito de conexión; esto es, que se exige un*

32 Vigésimo fundamento

delito previo generador de los activos que constituyen su objeto material³³.

En el ámbito de la imputación subjetiva del delito de lavado de activos, considera que (...) **al tener el delito fuente la calidad de elemento normativo del tipo objetivo, el delito de lavado de activos no podrá imputarse al agente, si es que éste no conocía dicho elemento normativo (...)**³⁴.

En cuanto a la autonomía del delito de lavado de activos, precisa que ésta se refiere a una autonomía procesal, esto es, (...) **para la investigación o procesamiento por delito de Lavado de Activos, no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria, empero -de acuerdo con una interpretación a contrario sensu- para la condena por lavado de activos, la prueba del delito fuente si será necesaria (...). En ese sentido para arribar a una condena por delito lavado de activos, bastará con acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo -esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar-, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometidos a maniobra del lavador (...)**³⁵.

Es decir este pronunciamiento jurisdiccional se aleja notoriamente, de cuestiones que con antelación ya se habían definido respecto al delito de Lavado de Activos, como es lo referente a su autonomía frente al delito generador de la ganancia ilícita, modificando su carácter autónomo, lo reconoce como un delito de conexión con el delito fuente probado, para la configuración del injusto. Exigiendo como estándar de comprobación absoluta, con fines de obtención de una condena por delito de lavado de activos, lo que en realidad significa que la investigación y procesamiento por delito de lavado de activos desvíe su atención hacia el delito precedente y finalmente haga casi imposible la imposición de una sanción penal por lavado de activos, pues el objeto procesal del lavado de activos, no es el delito fuente, sino la ganancia ilegal, como resultado de la actividad delictiva previa.

Finalmente, esta casación resulta igualmente contradictoria con la autonomía del delito de lavado de activos y su acreditación a través de prueba indiciaria, reconocida legalmente (antes de que se emita la Casación en cuestión) en el Decreto Legislativo N° 1249 que modifica el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 - Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, que textualmente señala: **El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena.**

33 Idem

34 Vigésimo Primer fundamento

35 Vigésimo Octavo Fundamento

SENTENCIA CASATORIA PLENARIA 01-2017

Contrariamente a lo dispuesto por la Casación 92-2017, esta Sentencia Plenaria Casatoria, con el voto de 11 Jueces Supremos, deja sin efecto el carácter vinculante de dicha casación y establece que para que exista una condena por lavado de activos, debe ser acreditado indiciariamente el origen ilícito de los activos, que es un elemento normativo del tipo.

La citada sentencia plenaria reafirma que el delito de lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su procesamiento y sanción, no es necesario que las actividades ilícitas que generaron los efectos y ganancias, hayan sido conocidas, descubiertas, procesadas o condenadas.

En nuestra opinión la Sentencia Plenaria 01-2017 ha emitido un pronunciamiento que se ajusta a lo establecido en la Declaración de Principios de Basilea (1988); el Convenio de Estrasburgo contra el Blanqueo de Capitales (1990); las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (1990); el Convenio de Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo (1999); la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). Asimismo, acorde a la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional sobre la materia.

ANEXO

I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS: SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433*

* Se anexa a la presente publicación la Sentencia Plenaria Casatoria indicada y el voto discordante de los Jueces Supremos César Hinostroza Pariachi, Aldo Figueroa Navarro y Luis Alberto Cevallos Vegas. Versión completa disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3aa99480431a4dd198899ee6f9d33819/I+Pleno+Jurisdiccional+Casatorio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3aa99480431a4dd198899ee6f9d33819>

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

Base Legal: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal

Asunto: Alcances del delito de lavado de activos: artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249; y, *estándar* de prueba para su persecución procesal y condena.

Lima, once de octubre de dos mil diecisiete.-

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

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES

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

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

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la resolución del

señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento del señor Fiscal de la Nación, mediante el oficio número 287-2017-MP-FN, de 29 de agosto último, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria vinculante 92-2017/Arequipa, de 8 de agosto del presente año, con sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia, entre ellas las signadas con los números 2071-2011/Lima, 4003-2011/Lima, 244-2013/Lima y 399-2014/Lima. Segunda, la resolución de convocatoria de 11 de septiembre para la reunión preparatoria del día miércoles trece de ese mes, y la resolución general del mismo día 13 de septiembre que ratificó la convocatoria al Pleno Jurisdiccional Casatorio.

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

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

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

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

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

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

1. Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, jurista y abogado.
2. Gino Marcio Valdivia Guerola, Fiscal de Prevención del Delito.
3. Luis Gustavo Demetrio Plaza Arbulú, abogado.
4. José Antonio Saavedra Calderón, por el Instituto Peruano de Derecho Comparado.
5. Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero, docente, por el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
6. Sonia Raquel Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos y Pérdida de Dominio proveniente del TID.
7. Pedro Andrés Coello Cruz, abogado.
8. Sergio Javier Espinoza Chiroque, Superintendente Adjunto de Unidad de Inteligencia Financiera, por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP.
9. Manuel Andrés Coello Cáceres, abogado.
10. César Lino Azabache Caracciolo, abogado.
11. Marcial Eloy Paucar Chappa, Fiscal Provincial Penal de Lima.
12. Julio Pacheco Gaige, Vocal Supremo Militar Policial – Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.
13. José Felisandro Mas Camus, Director de Normas y Registro de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.
14. Janet Briones Muñoz, Procuradora Pública Adjunta de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.
15. José Wilfredo Arrieta Caro, Profesor Universitario, de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
16. Davinson Carlos Pino Ticona, abogado.
17. Carmen María Antonia Masías Claux, Presidente Ejecutiva de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas – DEVIDA.
18. José Wilfredo Arrieta Caro, abogado consultor.
19. Fernando Ramírez Rodríguez, abogado.
20. Janet Evangelina Briones Muñoz, Procuradora Pública Adjunta de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.
21. Benji Gregory Espinoza Ramos, docente de la Universidad Norbert Wiener.
22. Ronal Hanco Lloclle, abogado.
23. Jesús Heradio Viza Ccalla, Fiscal Provincial Penal de Madre de Dios.
24. Jhon Eber Cusi Rimachi, abogado.
25. Javier Alberto José Ballón-Landa Córdova, abogado.
26. Maricruz Julieta Vargas Leandro, Coordinadora General del Taller de Dogmática Penal. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
27. Wilmer Culquicondor Merino, abogado.

28. Miguel Ángel Augusto Falla Rosado, docente de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
29. Justo Fernando Balmaceda Quiroz, docente de la Universidad San Ignacio de Loyola.

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

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

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

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

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

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

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

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

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

Asimismo, porque el Reglamento Modelo demandó expresamente, desde su versión original, el reconocimiento político criminal y la criminalización de las conductas representativas del lavado de activos como un delito autónomo. En efecto, el inciso 6 del artículo 2 del texto de 1992, luego de describir los actos de lavado de activos, dispuso textualmente lo siguiente: **“Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados**

por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito o delitos conexos". Dicho mandato normativo, pese a las sucesivas reformas producidas en la redacción original, ha sido conservado en lo fundamental por la fórmula legal actualmente vigente del mismo Reglamento de 2010, la cual reitera lo siguiente: **"Los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave"**.

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

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

10.º Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1106 se volvió a ratificar el contenido básico y la inserción nacional de la antes mencionada disposición rectora regional. En el artículo 10, párrafo primero, de su redacción inicial, se estatuyó lo siguiente: **"El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria"**. Además, por vez primera en la evolución legislativa nacional, se introdujo en ese mismo artículo una sumilla ideográfica alusiva a su contenido y que lo designaba como relativo a la "Autonomía del delito y prueba indiciaria". Cabe agregar que en la Exposición de Motivos del citado

Decreto Legislativo se dejó muy en claro que el artículo 10 era una disposición meramente declarativa y de reconocimiento, esto es, una advertencia legal dirigida al Juez para que gestione mejor y resuelva los casos que llegue a conocer por delitos de lavado de activos, respetando tal autonomía. Es de mencionar que este tipo de disposiciones declarativas están también presentes en otras leyes penales, como por ejemplo en el artículo 123 del Código Penal, para orientar al juzgador al momento de evaluar y resolver lo concerniente a las denominadas lesiones con resultado fortuito: ***“Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir”***.

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

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

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

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

- A.** La identificación adecuada de una operación o transacción inusual o sospechosa, así como del incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el agente del delito. Para operativizarla serán de suma utilidad los diferentes catálogos forenses que reúnen de manera especializada las tipologías más recurrentes del lavado de activos, como los producidos, entre otros, por la UNODC y GAFILAT [cfr.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Guía Práctica para analistas financieros, UNDOC, Lima, 2012, GAFISUD. Tipologías Regionales GAFISUD – 2010, Costa Rica, Diciembre, 2010].
- B.** La adscripción de tales hechos o condición económica cuando menos a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos que describen los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 y sus respectivas modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1246.
- C.** El señalamiento de los indicios contingentes o las señales de alerta pertinentes, que permiten imputar un conocimiento o una inferencia razonada al autor o partícipe sobre el potencial origen ilícito de los activos objeto de la conducta atribuida. Esto es, que posibiliten vislumbrar razonablemente su calidad de productos o ganancias derivados

de una actividad criminal. Para este último efecto tendrán idoneidad los informes analíticos circunstanciados que emita al respecto la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, así como el acopio de la documentación económica, tributaria, financiera o afín que sea útil y relevante para ello.

13°. Es de agregar, finalmente, que el reconocimiento judicial de la autonomía del delito de lavado de activos ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto, a modo de ejemplo, basta con hacer referencia a la posición asumida en el noveno fundamento jurídico de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2868-2014, de 27 de diciembre de 2016: "...[el lavado de activos es un] **delito autónomo de aquél al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada**", así como en el cuarto considerando de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4003-2011, de 8 de agosto de 2012: "**En efecto, la normatividad aplicable establece tipos penales de lavado de activos autónomos del delito previo o delito fuente, por lo que para su investigación no se requiere que estos estén sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria, bastando, para la existencia del lavado que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo**".

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

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

tipologías criminológicas o criminalísticas, nacionales e internacionales, que suelen ser la representación empírica de dicha forma de delincuencia autónoma y de servicios ilegales que es el lavado de activos. Fundamentalmente, porque él se materializa a través de diversas modalidades, simples o complejas, de disimular, modificar u ocultar aquel origen maculado de tales productos o ganancias.

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

- A. Actividades criminales de despojo, como el robo, la extorsión o la estafa, etcétera.
- B. Actividades criminales de abuso, como el peculado, la concusión, la colusión, el enriquecimiento ilícito, la administración fraudulenta, etcétera.
- C. Actividades criminales de producción, como el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilegal de armas, la trata de personas, la minería ilegal, etcétera.

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

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

En efecto, sobre el estándar de penalidad mínima de las actividades criminales que deben ser abarcadas por las leyes penales contra el lavado de activos, que el GAFI exige regular a los países que se han sometido a sus Recomendaciones y Evaluaciones Periódicas de Cumplimiento, resulta pertinente lo estipulado por la Recomendación 3: “**Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes**”. Además, para esclarecer mejor la condición

punitiva de tales actividades criminales en el numeral 3 de la respectiva Nota Interpretativa, el GAFI de modo detallado ha precisado lo siguiente: ***“Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionados con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionados con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad”.***

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

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

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

17.º La definición de lo que se denomina “estándar de prueba” guarda relación con la garantía de presunción de inocencia (artículo 2, numeral 24, literal ‘e’, de la Constitución), concretamente con su regla de juicio (manifestación procesal de la referida garantía constitucional en el momento de la valoración de la prueba), concerniente al ***in dubio pro reo*** y que requiere para la condena una convicción judicial más allá de toda duda razonable luego de una cuidadosa e imparcial consideración de las pruebas del caso que permita la

confirmación de la hipótesis acusatoria y su no-refutación –este principio, como acota Claus Roxin, no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica solo después de la finalización de la valoración de la prueba [Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 111]–, lo que, por lo demás, está complementado con el principio de la sana crítica racional en la valoración de la prueba. Por tanto, **“A la hora de fijar los hechos en la sentencia, la eficacia de los resultados de las pruebas practicadas se somete al indicado principio”** [Teresa Armenta Deu: Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 247].

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

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

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

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

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

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

Las “actividades criminales” (artículo 10) –de aquellos delitos con capacidad de generar ganancias ilegales–, vista incluso la propia dicción de la citada disposición legal, no puede entenderse como la determinación de la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de diversos agentes individualizados y objeto. No es un requisito indispensable para que pueda formularse acusación y emitirse condena por este delito de lavado de activos. Por lo demás, la

especificidad de un delito previo no es el objeto de la acusación y de la sentencia. Así, por ejemplo, se estimó en la STSE 1505/2005, de 23 de febrero de 2005 (conforme: fundamento jurídico quinto, numeral dos), con la consideración más relevante, para nuestro país, de la incorporación de una regla expresa en el párrafo primero del artículo 10, que preceptúa: ***“El delito de lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron [los activos], hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena”***.

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

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

En esta misma tesitura –con mayor fuerza desde la exigencia en nuestro país de un precepto legal declarativo y de reconocimiento que es el artículo 10– es la que postula Isidoro Blanco Cordero, al enfatizar: ***“En definitiva, basta con acreditar la existencia de una actividad delictiva de modo genérico, que en atención a las circunstancias del caso permita excluir otros posibles orígenes de los bienes, no siendo necesaria una probanza plena de un acto delictivo específico ni de los intervinientes en el mismo”*** [Principios y Recomendaciones

Internacionales para la penalización del lavado de dinero – Aspectos Sustantivos. En: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial, Obra citada, p. 171].

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

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

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

433/2000, de 10 de enero). O, en otros términos, la indispensable prueba del origen ilícito del activo que se “lava” en la práctica totalidad de los casos sólo puede alcanzarse por medio de indicios, ante el riesgo en otro caso de que queden en la impunidad la totalidad de tales conductas, al posibilitarse y ser lo más frecuente en la práctica que semejantes infracciones se persigan independientemente del delito origen del activo, alcanzándose su sanción de manera autónoma y proclamándose la ausencia de accesoriadad entre ambos (conforme: STSE 1061/2002, de 6 de junio).

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

Muchos pueden ser los indicios ciertos, graves, interrelacionados que, a partir de una inferencia precisa y argumentalmente sólida –con pleno respeto de las reglas de la sana crítica (principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos: artículo 393, apartado 2, del CPP)–, y sin prueba de lo contrario –no desvirtuados por otras pruebas, entre las que se incluyen los contraindicios–, pueden establecer la comisión del delito de lavado de activos. Es pertinente destacar lo que sobre este punto, en orden a la inferencia, señaló la Casación Colombiana: ***“Es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta de su articulación, de forma tal que los hechos indicadores [los indicios] sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución”*** (Sentencia de Casación de 3 de diciembre de 2009, radicado número 28.267).

Algunos de los indicios, los más habituales, se han citado en el Acuerdo Plenario número 2-2010/CJ-116, de 16-11-2010, párrafo 33. Y, si se trata de los procedimientos irregulares más utilizados en el sistema financiero internacional, no solamente a través de las facilidades que proporciona internet sino también en operaciones convencionales, es del caso acudir, en la línea descrita en el párrafo 12 de esta Sentencia Plenaria, a los dictámenes y estudios

realizados por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), que detallan las prácticas corruptas para montar un entramado a partir del cual se intenta dar apariencia de licitud a las actividades de lavado de activos, así como las diversas orientaciones de la CICAD.

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

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

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

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

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

Así se tiene lo siguiente:

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

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

Tercera, para la formulación de la acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento se precisa sospecha suficiente, vale decir, “...**base suficiente para ello...**” o “...**elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado**” (artículo 344, apartado 1 y apartado 2, literal d **a contrario sensu**, del CPP).

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

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

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

Juicio de Acusación, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, p. 46].

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

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

Las sospechas (vocablo utilizado, por ejemplo, en el artículo 329, apartado 1, del CPP), en todo caso, en función a los elementos de convicción que se cuentan, conforme a la jurisprudencia germana, solo aluden a un hecho presuntamente delictivo, de momento nada debe indicar sólidamente aún un autor en concreto (BGH StV 1988, 441). Si no está claro si las circunstancias conocidas hasta el momento ponen de manifiesto una conducta punible, cabe una indagación preliminar. Desde esta perspectiva, para incoar diligencias preliminares solo se precisa de la posibilidad de comisión de un hecho delictivo. Es, pues, un juicio de posibilidad que realiza el Fiscal, que es el que funda el *ius persecuendi* del fiscal, y que exige una valoración circunstanciada de su parte [Francisco Ortego Pérez: Obra citada, p. 53].

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

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

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

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

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

Se exige, en aras de garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción, que la imputación sea completa (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específica (debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o

expresiones que se consideran delictivas), pero no exhaustivo (no se requiere un relato minucioso y detallado, o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de acusación de elementos fácticos que obren en las actuaciones de la investigación preparatoria, y a los que la acusación se refiera con suficiente claridad) –estas exigencias son materiales, no formales, destinadas a que el acusado conozca con claridad y precisión los hechos objeto de acusación– (conforme: STSE de 6 de abril de 1995). Así, los hechos deben delimitarse y los elementos de convicción deben señalarse en la acusación; y, en lo atinente al delito de lavado de activos, debe mencionarse la actividad criminal precedente, en los ámbitos y conforme a las acotaciones ya anotadas, de la que proceden los activos cuestionados, sin perjuicio de enunciarse la concurrencia de los demás elementos del tipo penal.

Se reclama, enseña Ellen Schlüchter, respecto de la probabilidad de condena, como pauta de la sospecha de criminalidad suficiente, el cumplimiento de tres presupuestos: **(i)** que la acusación ha de basarse en una descripción de hechos cuya comisión es, previsiblemente, demostrable a través de los medios de prueba; **(ii)** que los hechos presentados tienen que ser concluyentes para uno o varios tipos penales de la parte especial del Código Penal o del Derecho Penal especial; y, **(iii)** que no existan obstáculos procesales [Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 98]. No es de descuidar, por cierto, que exista probabilidad acerca de la existencia de los elementos de imputación que consten en las actuaciones de la investigación preparatoria –que aparezca como probable una condena– [Julio B. J. Maier: Derecho Procesal Penal, Tomo III, 1ra. Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 359].

D. La sospecha grave, propia para dictar mandato de prisión preventiva –el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro Código Procesal Penal, que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento–, requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) [Claus Roxin: Obra citada, p. 259]. Ésta es una **conditio sine qua non** de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal. El elemento de convicción ha de ser corroborado por otros elementos de convicción o cuando por sí mismo es portador de una alta fiabilidad de sus resultados, y además ha de tener un alto poder incriminatorio, esto es, vincular al imputado con el hecho punible. Esta exigencia probatoria, sin duda, será superior que la prevista para inicio de actuaciones penales pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena: descarte de duda razonable [Jordi Ferrer Beltrán: Presunción de inocencia y prisión preventiva. En: AA.VV, Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba, Editorial Ideas. Lima, 2017, pp. 128 y 130].

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

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

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

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

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

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

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

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

III. DECISIÓN

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

ACORDARON

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CHAVES ZAPATER

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

CALDERÓN CASTILLO

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

Tipo penal y elemento normativo del tipo

1. Para evaluar la cuestión relacionada con la determinación de la existencia o no de un elemento normativo del tipo en el delito de lavado de activos, sus alcances y su incidencia en el ámbito probatorio, es menester realizar una interpretación gramatical, sistémica, teleológica e histórica de los tipos penales previstos en los artículos 1°, 2° y 3°, en concordancia con el artículo 10°, segundo párrafo del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249.
2. Para ello, debemos partir por establecer su ubicación, sentido e identificación en la teoría del delito. Al respecto, es conteste la posición dogmática que el delito es acción típica, antijurídica y culpable. Una primera consecuencia de esta definición estructural es que los conceptos de tipo y acción no son diferenciables o escindibles. Los tipos penales se construyen en función de acciones típicamente relevantes. En un Estado Constitucional de Derecho, estas acciones seleccionadas responden a las exigencias de un derecho penal de acto, y no de autor. La selección se realiza de acuerdo a los principios democráticos de un derecho penal constitucionalizado, esto es, bajo los principios de legalidad, subsidiariedad, fragmentariedad, responsabilidad y proporcionalidad.
3. Así las cosas, los elementos de la acción son, como sostiene Jakobs¹, elementos del tipo penal. Pero el tipo penal no es exclusiva o diferenciadamente objetivo o subjetivo; como reflejo de la realidad social presupone a un sujeto cognoscente y un objeto cognoscible. Por razones teóricas -no ontológicas- se divide el tipo en objetivo (aspecto externo del delito) y en subjetivo (actitud interna del sujeto), pero ello no significa la inexistencia de una relación de correspondencia entre ambos. **Ergo**, asumir unilateralmente que el tipo subjetivo se estructure sin correspondencia en el tipo objetivo es caer en subjetivismo, por la inexistencia de afectación del bien jurídico (ausencia de imputación objetiva); por el contrario, acentuar el enfoque exclusivamente en el tipo objetivo sin referencia al tipo subjetivo, es desembocar en objetivismo, no requiriéndose la configuración del dolo o la culpa (inexistencia de imputación subjetiva). Como estructura de acción única, entonces, el tipo penal -no la norma subyacente- debe configurarse conjunta y equilibradamente para constituir un injusto penal.

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

4. Ahora bien, en la descripción de los tipos penales, el tipo objetivo no se compone solo por meras descripciones perceptibles sensorialmente. La relevancia penal de la descripción requiere muchas veces de datos susceptibles de valoración jurídica o prejurídica. Los elementos del tipo objetivo que requieran de una integración valorativa se denominan, por ende, elementos normativos del tipo. Su significado es trascendente porque dota de contenido al injusto, condición sin la cual la descripción típica de la conducta, carecería de relevancia penal, pues se incardinan con el bien jurídico y, con ello, con la imputación objetiva. Esta connotación valorativa de un elemento del tipo objetivo requiere además ser abarcada por el tipo subjetivo, o más precisamente por el dolo del sujeto. El mero conocimiento del objeto del delito -por ejemplo de un bien en el hurto- no es suficiente para su configuración, es necesario considerar la ajenidad respecto del objeto material. El dolo del sujeto activo debe abarcar entonces este último aspecto (elemento normativo del tipo objetivo) mediante una “valoración paralela en la esfera del lego” (*Parallellwertung der Laiensphäre*).

Elemento normativo del tipo en el lavado de activos

5. La primera cuestión dogmática a evaluar es la determinación de la existencia de un elemento normativo del tipo en el lavado de activos, y su relación con **“la actividad criminal que produce dinero, efectos, bienes o ganancias”**, prevista en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249. Pero para ello debe determinarse la naturaleza y alcance de esta descripción normativa con la estructura de los tipos penales de lavado de activos (interpretación sistemática). En el caso de los tipos penales de lavado de activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3°, se tienen como denominadores comunes los siguientes: a) en los tipos objetivos se presentan como objetos de los delitos “[el] **dinero, bienes, efectos o ganancias**” (tipos de conversión o transferencia y ocultamiento o tenencia), y **“dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador”** (tipo de transporte); b) en los tipos subjetivos se alude al conocimiento real o presunto de su **“origen ilícito”**.
6. La verificación de la relación entre los tipos objetivos y los tipos subjetivos correspondientes, dejan entrever que se trata de un tipo congruente, en el caso del tipo penal del artículo 2°; esto es “[...] **la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización objetiva del tipo**”². Y en los casos de los tipos penales de los artículos 1° y 3°, de tipos incongruentes o, como se les rotula en la doctrina, con exceso subjetivo, condicionados por la existencia de un elemento subjetivo distinto al dolo. El dolo es descrito, en todos los casos, mediante la frase “[cuyo origen ilícito] **conoce o debía presumir**”. Por su

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

parte, el elemento subjetivo distinto del dolo se evidencia **“con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”**. Pero en los tres casos, el dolo debe abarcar la totalidad de los elementos objetivos de los tipos penales.

7. Ahora bien, el tipo objetivo en los tres delitos ha sido construido sobre la base del objeto material de los mismos; vale decir **“el dinero, bienes, efectos, ganancias o instrumentos financieros”**, sobre los que recaen las actividades típicas señaladas en dichos tipos penales; esto es, el **“convertir, transferir, administrar, custodiar, recibir, ocultar, mantener en su poder, transportar o trasladar consigo”**. Pero estas actividades, relacionadas con esos elementos fundamentalmente descriptivos, son irrelevantes penalmente hablando; son conductas neutras y hasta funcionales al sistema económico y sus instituciones. Así las cosas, no podría satisfacer la exigencia de ser conductas típicas. Es necesario entonces interpretar su sentido conjuntamente con la finalidad de protección subyacente en la norma. En otros términos, su contenido de injusto debe establecerse conforme al bien jurídico protegido en el lavado de activos. En este sentido, debe considerarse el carácter de delito complejo del lavado de activos. Mediante su represión se protege directamente, según la modalidad típica, el correcto funcionamiento del sistema económico y sus instituciones, y la eficacia de la función jurisdiccional, e indirectamente la sostenibilidad de los sistemas económico, social y político, socavado por el funcionamiento del crimen organizado y la influencia negativa de la corrupción sistémica³, cuyas ganancias constituyen su soporte y son fuentes de desintegración económica, política y social, mediante un proceso de criminalización del Estado⁴.
8. A su vez, la determinación precisa del bien jurídico protegido, sirve para delimitar el ámbito del riesgo permitido y, por ende, del riesgo prohibido al mismo, como consecuencia de las actividades económicas. Esta delimitación es fundamental, en el contexto de una economía prevalentemente informal como la nuestra⁵. Esto significa que en la determinación de los límites de la imputación objetiva se debe considerar que los actores económicos desarrollan sus actividades en un contexto de prevalente informalidad. Por tanto, una conducta económica informal no necesariamente traspasa los límites del riesgo permitido. En concreto, las actividades de conversión, transferencias, ahorro al margen del sistema financiero, posesión, transporte de activos pueden revelar

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

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

5 CEPLAN: Economía Informal en Perú. Situación actual y perspectivas; mayo 2016. https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/economia_informal_en_peru_11-05-2016.pdf

una actitud de desconfianza o indiferencia frente al sistema económico o financiero, pero se encuentran dentro de lo socialmente permitido o tolerado. En consecuencia, los actos señalados anteriormente deben alcanzar una entidad suficiente como para que traspase el baremo de lo permitido y se convierta en prohibido. La única característica que puede significar un aumento en el riesgo al bien jurídico tutelado, es la realización de conductas relacionadas con los activos pero que tengan una proveniencia ilícita concreta. En este sentido, los actos de conversión, transferencia, ocultación, traslado, transporte de activos ilícitos aumentan el riesgo al bien jurídico protegido, en el lavado de activos, y son por ende imputables objetivamente al lavador.

9. Por otro lado, a nivel del tipo subjetivo, es de señalar que este debe tener correspondencia con el tipo objetivo. El conocimiento -potencial- o la presunción del origen ilícito de los activos (cognición subjetiva) ha de coincidir con el objeto material calificado de ilícito en su origen (objeto cognoscible). El que la mención de la condición de ilicitud del objeto material del delito haya sido trasladada al ámbito subjetivo del sujeto activo no despoja al objeto material de su característica ilícita. Desde esta perspectiva, la configuración del dolo en los tipos penales de lavado de activos debe abarcar el conocimiento potencial directo o eventual de los activos maculados, como objeto material, pero con la característica de ilicitud que le da contenido al injusto (tipo de injusto). Se trata entonces que el sujeto activo deba conocer (dolo directo) o presumir (dolo eventual) el origen ilícito de los activos, en sus diversas variantes típicas. La presunción equívocada de la ilicitud de un activo no maculado, puede revelar una actitud proterva pero, en modo alguno, es un acto de lavado. No se puede argüir la inexistencia de un elemento normativo del tipo bajo la afirmación que la ilicitud del origen delictivo no está mencionada en el tipo objetivo, pues implicaría incurrir en solipsismo⁶.
10. Por tanto, una primera lectura lógica y dogmática de los tipos penales previstos en los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo nos permite colegir que los únicos activos que son objeto de lavado son los que tienen un origen ilícito y cuyo conocimiento directo o presunto debe quedar plenamente abarcado por el autor. Conforme señala Hurtado Pozo *“si el adjetivo ilícito [...] se refiere a algún elemento singular del tipo legal (por ejemplo, art. 196 “el que se procura para sí o para otro un provecho ilícito”) [...] se trata de un verdadero elemento del tipo”*⁷. La naturaleza de la ilicitud es normativa, requiere una valoración paralela en la esfera del profano. La cuestión que debe determinarse a continuación es a) el tipo de ilicitud, b) su identificación como delito fuente y, por tanto circunstanciado, y c) su relación con el lavado de activos.

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

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

Relación entre ilícito, fuente y delito determinante

- 11.** Con relación a la primera cuestión no hay mayor objeción en que el ilícito al que se alude, como elemento normativo del tipo, es uno de carácter penal. Dos razones abonan a esta afirmación. Primero, conforme al principio de fragmentariedad, el control penal debe centrarse en la sanción de las conductas más graves. Como criterio de prelación es evidente que la realización de actos de lavado que deben castigarse son los provenientes de un ilícito penal, ostensiblemente más relevantes que los de un ilícito civil (enriquecimiento indebido, por ejemplo) o de un ilícito administrativo (no rendición de cuentas de viáticos, por ejemplo). Segundo, recurriendo al criterio sistemático, los tipos penales se complementan con el listado de delitos señalados en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106. Al respecto se menciona que “[el] **conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales**”. Este listado de delitos, forma parte de los tipos penales, como auténticos elementos del tipo objetivo, y que, por razones de técnica legislativa, son denominador común a los tres tipos penales⁸. No es aceptable señalar que esta norma es de carácter declarativo o de reconocimiento. Si así lo fuera, ni siquiera formaría parte del cuerpo normativo de un Decreto Legislativo. Lo declarativo está vinculado con una pretensión explicativa, orientadora, pero no se condice con las características de una norma jurídica, que por su naturaleza es imperativa, implica un mandato de hacer o no hacer, y no tiene una función meramente explicativa o referencial.
- 12.** En lo que concierne a la naturaleza jurídica del ilícito penal debe dilucidarse si este concepto es asimilable a lo que normalmente se identifica en la doctrina como el “delito previo”, “delito precedente” o “delito fuente” o, en los términos de la Convención de Palermo, “delito determinante”. Un error conceptual recurrente en el que se puede incurrir y del cual derivan conclusiones improvisadas o extremas es equiparar la materialidad

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

de la fuente de ganancia a la configuración del delito. En realidad, “lícito penal” no es similar o equivalente a “delito previo”, “delito precedente”, “delito fuente” o “delito determinante”. A efecto de evidenciar la diferencia, debemos primero descartar, por su equívocidad, los términos “delito previo” o “delitos precedentes”, pues podrían consolidar el primer malentendido en la determinación de los estándares probatorios del lavado de activos. El carácter previo del “delito” que generó el activo puede llevar a la inferencia equivocada que para la configuración y sanción del “delito posterior” –el lavado de activos- deba probarse e incluso sancionarse al responsable del “delito previo”, cuya existencia requiere de una acción típica, antijurídica y culpable⁹.

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

9 Este error conceptual parece reproducirse en el Decreto Supremo N° 018-2017-JUS cuando define al lavado de activos como “[...] *delito autónomo que tiene su origen en un delito precedente y que consiste en darle apariencia de legalidad a los fondos o activos ilícitos producto de dicho delito, a fin de que circulen sin problema en el sistema económico-financiero*”.

<http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/aprueban-politica-nacional-contr-el-lavado-de-activos-y-el-decreto-supremo-n-018-2017-jus1565834-4/>

tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”.

14. Si el legislador hubiera querido convertir el delito de lavado en uno vinculado únicamente a la conducta criminal precedente de quien entrega los activos, no habría recurrido al listado de delitos que señala a continuación. Los tipos penales se habrían estructurado como actos de lavado provenientes, por conocimiento directo o presunto, de la actividad criminal del transferente o de quien produce la tradición del activo. El Fiscal de la Nación sostiene -a través de sus representantes- que lo relevante, a efectos típicos del lavado, es el conocimiento -se entiende abstracto- del origen ilícito del activo, no el acto generador. Hay, sin embargo, una contradicción lógica en esta afirmación. El origen (**Arqué**) ilícito del activo responde a una situación concreta, pero este es producto de una actividad criminal abstracta. Lo concreto no puede surgir de lo abstracto, ni lo abstracto puede generar algo concreto, al menos en el sentido de los principios de legalidad y culpabilidad (por el acto).

Compatibilidad con los estándares internacionales en materia de lavado de activos

15. La dotación de sentido de los elementos del tipo penal de lavado de activos debe hacerse igualmente en concordancia tanto con los tratados internacionales (**Hard Law**), como con las recomendaciones o modelos internacionales (**Soft Law**), asumidos por nuestro país. Ahora bien, los Tratados suscritos por el Perú tienen fuerza normativa directa, conforme se establece en el artículo 55° de la Constitución Política del Estado. En el ámbito, del delito de lavado de activos, nuestro país es Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Viena 1988). Al respecto, desde aquel instrumento internacional se establecía que debía castigarse ***“La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados [en el Tratado]”***. Lo mismo se señalaba con relación a ***“[La] ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados”***. Con mayor claridad se expresa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000). En el artículo 3.1.b.i se establece la obligación de los Estados signatarios de tipificar como delitos ***“La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias***

jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos". Se puede colegir de los textos glosados de dichos instrumentos internacionales, lo siguiente: a) Se alude a bienes procedentes de delitos; b) Estos bienes son productos de delitos concretos; c) Estos delitos son considerados determinantes; d) Hay una relación de conexidad entre los delitos determinantes y las conductas de lavado.

16. Queda entonces por delimitar qué es el "delito fuente" o "delito determinante". Respecto al primer término debe acotarse su significado, en función de los estándares internacionales provenientes de los Tratados y de sus Recomendaciones. En puridad cuando se habla de "delito" se está designando el injusto típico (material) que constituye el origen del dinero, bienes, efectos o ganancias. Ello se puede deducir de lo que se establece en el artículo 2.e de la Convención de Palermo cuando define lo que es el "producto del delito". Al respecto en este instrumento se señala que **"Por 'producto del delito' se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito"**. A su vez, cuando define los "bienes" en la Convención de Palermo se dice que por esta categoría **"se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorpales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"** (artículo 2.d). Por último, cuando en la Convención se alude al "delito determinante" se señala que por este término **"[...] se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención"** (artículo 2.h)¹⁰. Por tanto, conforme a un criterio de convencionalidad, debe entenderse que cuando se hable de un **"delito fuente"** o un **"delito determinante"** ha de entenderse una acción capaz de generar un producto concreto, y evidenciado en bienes, de acuerdo a los alcances de dicho instrumento internacional. Esta concepción restrictiva no es arbitraria. Se sustenta en la propia naturaleza de un Tratado Multilateral, en el que su negociación se hace con la concurrencia de una gran cantidad de Estados, con sistemas jurídicos diferentes. Por lo demás, no cabe sostener que entre los tratados se dé un orden de prelación, según el alcance regional o multilateral de los mismos. Los tratados, de acuerdo a la Convención de Viena, obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe (**art. 26, pacta sunt servanda**). En este sentido, es de considerar que, de acuerdo al artículo 32.b del citado Tratado, la interpretación de los tratados debe hacerse de tal manera que esta, **"no conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable"**.

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

Lo absurdo sería que, en un Tratado que pretende maximizar los esfuerzos de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, se exija la configuración de un delito acabado en todas sus categorías conceptuales. En realidad, de las definiciones glosadas precedentemente, puede inferirse que la Convención se está refiriendo al injusto del cual derivan productos que generan bienes producto de una actividad criminal concreta pues lo que es objeto de lavado lo es, en los términos del Tratado el “[...] **producto del delito**”.

17. En el mismo sentido, interpretamos las recomendaciones establecidas en el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves de la CICAD¹¹. En este documento guía, se recomienda que los Estados tipifiquen como conductas de lavado de activos, la conversión, transferencia, transporte, adquisición, posesión, uso, administración, ocultamiento, encubrimiento o impedimento de la determinación real del origen, el destino, el movimiento o la propiedad, de **bienes** a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son “[...] **producto de un delito** de tráfico ilícito y otros delitos graves” (art. 2). A su vez, en dicho Reglamento Modelo se entiende por “bienes” “[L]os **activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos**”, y por “producto” o “productos”, a “[L]os **bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente, de la comisión de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves**” (art. 1). Una lectura sistemática e integrada de dicho Reglamento nos lleva a las siguientes conclusiones: a) Se recomienda tipificar toda conducta de ocultación, estratificación e integración de bienes; b) pero los actos mencionados exhaustivamente no recaen sobre cualquier tipo de bienes, independientemente de su condición jurídica; c) Las conductas reseñadas solo tienen contenido penal, si se trata de bienes producto de un delito –una conducta concreta, no de una actividad criminal abstracta, como sostiene la fiscalía.

18. Por otro lado, similar postura se asume en el Grupo de Acción Financiera GAFI. En efecto, mediante las Recomendaciones elaboradas por este Grupo de Trabajo se fijan los estándares internacionales que deberían cumplir los países en materia de lavado de activos¹². Al respecto, el GAFI parte de la consideración previa que los países tienen diversos marcos legales, administrativos y operacionales y diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden tomar todas medidas idénticas contra estas amenazas. En ese entendido, las Recomendaciones del GAFI fijan un estándar internacional que los países deberían

11 http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP.pdf

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

implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares¹³. Este documento, por lo demás, es claro en establecer que **“Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes”** (Recomendación 3). Ahora bien, en la nota interpretativa de dicha recomendación se dice: **“El delito de lavado de activos debe extenderse a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor, que represente, directa o indirectamente, los activos del crimen [...] 5. Los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente. Los países pueden disponer que el único prerequisite sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente.** El sentido de la tercera recomendación, cuyo contenido es sucinto, es esclarecido con la nota interpretativa glosada. En efecto, cuando se habla de **“los activos del crimen”** se está refiriendo a la conducta –concreta, determinada, mínimamente circunstanciada– **“ocurrida”**, por ejemplo, en otro país. A ello se refiere el GAFI cuando menciona el delito determinante que puede **“haber tenido lugar internamente”**. El haber tenido lugar alude a un hecho histórico acontecido en un lugar, periodo y modo determinados. No se está refiriendo a una conducta de vida (**modus vivendi**) o, en términos de la Fiscalía, a **“una actividad criminal abstracta”**, sin referencia alguna a un suceso fáctico determinado.

19. En consecuencia, en atención a las consideraciones expresadas precedentemente, asumimos que los tipos penales previstos en los artículos 1°, 2° y 3°, en concordancia con el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 prevén un elemento normativo del tipo, relacionado con el objeto material del delito, y que implican que los activos materia de los actos de lavado tienen una relación de conexidad con un ilícito determinante concreto. Esta interpretación tiene fundamentos dogmáticos, constitucionales y convencionales. Esta exigencia de concreción vinculada a la determinación del ilícito penal de los activos maculados debe ser matizada, según se trate de un delito de autolavado o de lavado por terceros (heterolavado). En el primer caso (autolavado), el grado de concreción de las circunstancias del ilícito -no del delito- es mayor que en el segundo caso (heterolavado). Como lo sostuvieron igualmente los informantes en la Audiencia Plenaria -y que fue además el único supuesto que resolvió la Casación 92-2017- en el caso del autolavado está claro que quien realiza la conducta de lavado tiene conocimiento de las conductas ilícitas que generaron bienes como producto del delito y

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

cuyas circunstancias se irán progresivamente dilucidando según el avance del proceso, y forman parte de la imputación necesaria, para garantizar el derecho de defensa del imputado por autolavado.

20. En el caso del lavado por terceros, ciertamente, no se puede asumir tal grado de concreción, pero por lo menos los actos de lavado deben conectarse con un marco de imputación genérico, por lo menos reconducible a la identificación de una actividad criminal concreta. En modo alguno significa desconectar fácticamente los actos de lavado de la conducta ilícita concreta originadora de los activos, pues forma parte de los tipos penales de lavado, como elemento normativo del tipo. Asumir una postura que se acerque a la no justificación de activos presuntamente maculados, implicaría crear un tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares¹⁴.
21. Finalmente, no es correcta la afirmación que la consideración de la existencia de un elemento normativo del tipo del lavado de activos conduzca a la impunidad. Circunscribir la impunidad a este aspecto significa reducir la problemática de la investigación, juzgamiento y sanción por estos delitos. Como se señala en el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, las vulnerabilidades en el sistema de represión de esta conducta delictiva se explican por diversos factores limitantes, como: ***a) La escasa coordinación efectiva entre el Ministerio Público y la PNP; b) La demora en la puesta en marcha de la Dirección de LA de la PNP; c) La falta de peritos y expertos con habilidades especiales en apoyo a las investigaciones de LA; d) Los plazos demasiado acotados para concluir investigaciones preliminares bajo el modelo acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal, los cuales resultan insuficientes para completar la investigación preliminar en casos complejos; e) La demora excesiva de ciertas autoridades extranjeras en la colaboración requerida por el Ministerio Público en el marco de investigaciones por LA; f) La escasez de recursos, la sobrecarga de trabajo y la falta de capacitación específica a nivel judicial, unido a la necesidad de potenciar el frente judicial; g) La falta de mecanismos para la adecuada administración y disposición de bienes incautados y decomisados y la inaplicabilidad del Decreto Legislativo N° 992 y sus modificatorias que regula el Proceso de Pérdida de Dominio en una interpretación convencional, constitucional y conforme al principio de legalidad***¹⁵. Por ende, no es aceptable el argumento que busca circunscribir las posibilidades de éxito de una política pública, a una estructura típica (reduccionismo causal), cuando en realidad el éxito de la misma está relacionada con otros factores más amplios.

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

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

Bien jurídico y relevancia del ilícito fuente

22. El delito de lavado de activos siempre estuvo vinculado a otros delitos relevantes. En un inicio se le vinculó exclusivamente al tráfico ilícito de drogas. En la actualidad, y como consecuencia de la evolución legislativa internacional se estableció como tendencia legislativa internacional que los estados se comprometan a tipificar el delito de lavado de activos, en conexión con la mayor cantidad de delitos graves. En el Convenio de Palermo, por ejemplo, se circunscribió el objeto de aplicación del Tratado a los casos de delitos graves que, de acuerdo al glosario de términos previstos en el artículo 2°, hace alusión a delitos que merezcan una pena privativa de libertad mayor a cuatro años. Sostener que otros instrumentos internacionales prevén un límite menor, es meramente referencial, no vinculante ni corresponde a una política criminal que se focalice en la persecución de lo relevante y lo directamente vinculado con el bien jurídico protegido. El peligro de querer abarcar cualquier conducta, independientemente de su relevancia, es la de consolidar el control penal simbólico, sustentado más en la cantidad de procesos que en la importancia de lo perseguido y sancionado.
23. En el propio Reglamento Modelo de la CICAD se rotula dicho Reglamento como el referido a “[...] **delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves**” y considera como delitos graves los “[...] **determinados por la legislación de cada estado, incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución, secuestro; extorsión; corrupción y fraude**”.
24. El legislador nacional siguiendo esta tendencia optó por delimitar la aplicación del delito de lavado de activos a una lista de delitos que, por la penalidad abstracta con las que están conminados, en efecto son delitos de especial dañosidad social. Se ha interpretado literalmente la frase “**y otros [delitos] capaces de generar ganancias ilegales**” como cualquier conducta delictiva que directa o indirectamente genere activos. Sin embargo, por el bien jurídico protegido en el lavado de activos no puede considerarse como idónea para producir activos cualquier conducta independientemente de su gravedad. Esta debe relacionarse a conductas que por su entidad puedan en efecto lesionar el bien jurídico protegido, mediante los actos de lavado. Como se reconoce en el propio Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, el sentido de la protección contra este delito radica en “**27. [...] tiene como finalidades principales proteger la integridad y estabilidad del sistema económico-financiero, reducir el poderío económico del crimen organizado y el terrorismo, y contribuir a la lucha**

contra la corrupción”¹⁶. Otras eventuales conductas generadoras de productos pueden ser abordadas mediante los tipos penales de la receptación o el encubrimiento personal.

25. La Exposición de Motivos es solo un criterio referencial que debe ser considerado con los otros aspectos de la labor de interpretación. Para arribar a una conclusión que dé sentido a la disposición, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, y no como se afirma que la interpretación nace de la norma –con sentido- debe recurrirse a todos los métodos, y no unilateralmente a uno. Esa es la postura hermenéutica que se asumió en el Pleno Jurisdiccional del 2006, cuando se fundamentó el voto en minoría, con ocasión de la determinación de la combinación de leyes. En el voto en minoría se dijo: **“La invocación de la exposición de motivos del Código Penal vigente, no es de recibo, primero porque si bien es válido utilizarla como un criterio que ayuda a la interpretación jurídica, en sí misma no es una fuente formal del ordenamiento jurídico, la que se circunscribe a los preceptos de la propia ley, a su sentido literal posible; y segundo, por cuanto en el caso concreto en la exposición de motivos, en puridad, no se refiere al texto, tal como fue aprobado, del artículo 6° del Código Penal”¹⁷**. Como señala Hurtado Pozo “[...] **el recurso a los criterios de interpretación no significa seguir un orden de prioridad determinado. El hecho de dar prioridad a uno de ellos en detrimento de los demás, supone tomar partido por una ideología determinada**”¹⁸. Pero ello no significa que se reduzca la actividad interpretativa al uso unilateral de un solo método, pues “[el] **intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver**”¹⁹. Por tanto, la invocación unilateral y excluyente de la exposición de motivos, y aislada de los métodos sistemáticos, literales y teleológicos, es una interpretación limitada.

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

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

16 Plan Nacional; ibídem; lineamiento 27.

17 Voto en minoría del Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-20016. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc25ca0043eb77fe9303d34684c6236a/PLENO_SUPREMO_PENAL_2006_110808.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc25ca0043eb77fe9303d34684c6236a

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

19 Hurtado Pozo; ibid., p.220.

28. DECLARAR

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

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

CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI

ALDO MARTÍN FIGUEROA NAVARRO

LUIS ALBERTO CEVALLOS VEGAS

BIBLIOGRAFÍA

- **Vladimir Padilla Alegre**

- FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- BECCARIA. Tratado de los delitos y de las Penas. México: Editorial Porrúa, 1997.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASIE, Julián. Derecho Procesal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado). San José: Editora Dominga, 5ta edición, 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. Las Miserias del Proceso Penal. México: Editorial Jose M. Cajina, Jr, 1957.
- SUAU MOREY, Jaime. Tutela Constitucional de los Recursos en el Proceso Penal. Barcelona: Editorial J.M Bosch, 1995.
- ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Marcial Pons, 2003.

Enlace Electrónico:

- http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/ncpp/Documentos/CortesSuperior/Huaura/Cas0001-2007_SentenciaCas.pdf.

- **Juan Carlos Checkley Soria**

- ASECIO MELLADO, José María. “El proceso penal con todas las garantías”. Revista Ius et Veritas. N° 33. 2006. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Enlaces electrónicos:

- CODIGO PROCESAL PENAL. Exposición de Motivos. Texto no publicado en el Diario Oficial “El peruano”, enviado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, mediante correo electrónico. Publicado en la página web: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2004/Julio/29/EXP-DL957.pdf>.
- EXP. N.° 1014-2007-PHC/TC. LIMA. Luis Federico Salas Guevara Schultz.
- DI CASTRO STRINGHER, Elisabetta (coordinadora). “Conocimientos fundamentales de filosofía”. Vol. I, Tema I: la lógica y sus principios supremos.
En: <http://www.conocimientosfundamentales.unam.mx/uol1/filosofia/m01/t01/01t01.html>

- VIALE DE GIL, Paula. ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal, p. 131.
En: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/4/la-prueba-es-suficiente-cuando-es-suficiente.pdf>

- **William Quiroz Salazar**

- CASO VELEZ LOOR VS PANAMÁ
- ORTELLS RAMOS, M. El nuevo procedimiento penal.
- MIDÓN, Marcelo Sebastián. Artículo sobre Los Principios del Derecho Probatorio en el libro Principios Procesales, director Jorge Peyrano. Tomo II editado por editores Rubinzal – Culzoni, primera edición, año 2011, Santa Fe Buenos Aires.
- CONTRERAS ROJAS, Cristian. La valoración de la prueba de interrogatorio.
- NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Marcial Pons.
- KIELMANOVICH, Jorge. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios. Rubinzal – Culzoni Editores. Junio 2004, Santa Fe Argentina.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho probatorio y pruebas penales.

- **José Domingo Pérez Gómez**

- RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia Consuelo. “La Oralidad en las Resoluciones Judiciales”. En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 13, Lima: Gaceta, Lima, 2010.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Civitas, 2006.
- VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. “Las diligencias preliminares en el nuevo Código Procesal Penal y su duración. Análisis de la Casación N° 02-2008-La Libertad”. En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 40, Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- ZELADA FLORES, René S. “La Etapa de Investigación Preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal”. En Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 31. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.
- FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. Manual de Derecho Procesal Penal – Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público. Tomo I, Bogotá: Leyer.
- HORVITZ LENNON, María Inés & LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- TABOADA PILCO, Giammpol. Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Editorial Reforma, 2010.
- NEYRA FLORES, José Antonio. Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral. Lima: Idemsa, 2010.
- ALARCÓN SOLÍS, Francisco. “Replanteando un criterio establecido: ¿El plazo de las diligencias preliminares se computa como días hábiles o naturales?”. En Actualidad Penal N° 3. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

- MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *La Necesidad de una Imputación concreta en la Construcción de un Proceso Penal Cognitivo*. Lima: Ediciones Jurídicas San Bernardo, 2012.
- RIVERA NAVARRO, Néstor Raúl. "Las Diligencias Preliminares en el Código Procesal Penal: a propósito de los delitos cometidos por funcionarios públicos". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 24, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.
- VEGA LLAPAPASCA, Rafael. "El plazo de la investigación preparatoria y su prórroga". En *Actualidad Penal* N° 24. Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 168: *El Archivo Fiscal de Denuncias por Peculado y Colusión*. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Ayacucho y Junín. Lima, 2014.
- CALLE LAUREANO, José Martín. "El plazo de diligencias preliminares en casos complejos: una historia jurisprudencial de contradicciones". En *Actualidad Penal* N° 2. Lima: Instituto Pacífico, 2014.
- SÁNCHEZ PONCE, Lyceth Luisa Flor. "La Casación N° 144-2012-Áncash: ¿existe un plazo jurisprudencial?". En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 61. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

• **Jaime Francisco Coaguila Valdivia**

- COAGUILA VALDIVIA, Jaime. *Los Derechos del Imputado y la Tutela de Derechos en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, IDEMSA, 2013, Segunda Edición.

• **Jorge Rosas Yataco**

- URIBE ÁLVAREZ, Roberth, *Elementos para una Teoría de los principios del Derecho Procesal Penal de un Estado Constitucional*, en *Reflexiones sobre el sistema acusatorio*, Librería Jurídica Sánchez, Colombia 2008.
- JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo II, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2012.
- CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires 2008.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano*, Editorial Palestra, Lima 2009.
- RUBÉN A. CHAÍA, *La prueba en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2010.
- TARUFFO, Michele, *La Prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid 2008.
- LAUDAN, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2011.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, en *Proceso, Prueba y Estándar*, ARA editores, Lima 2009.

- NIEVA FENOLL, Jordi, La valoración de la prueba, Marcial Pons, Madrid 2010.
- La Sentencia Penal en el nuevo Código Procesal Penal, Academia de la Magistratura, Lima 2010.

Enlace electrónico:

- FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes, La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable, en pág. Web: <http://www.uv.es/cefd/15/fernandez.pdf>, consultado el 22 de agosto de 2015.

• **William Timaná Girio**

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La Mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona: J.M Bosch Editor, 1997.
- Expediente N° 0849-2011-HC/TC.
- GIMENO SENDRA, Vicente. Los Procesos Penales. Tomo 6. Barcelona, Editorial Bosch, 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Grijley, 2012.
- Casación 195-2012-Moquegua - Corte Suprema de Justicia

Enlace electrónico:

- <incipp.org.pe/archivos/publicaciones/sistemaderecursos.pdf>

• **Mercedes Herrera Guerrero**

- ROBLES PLANAS, Ricardo. "Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). Indret2/2012.
- JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993, Abschn 22, n 6.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el delito: fundamento y límites. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal. Parte General. Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
- ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Tomo I. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Grijley, Lima, 2016.
- Sentencia de la Sala Penal Permanente R.N. N° 168-2000. Corte Suprema de Justicia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal. Parte General. Tirant lo Blanch, 5ta edición, Valencia, 2002.

- HURTADO POZO, José; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Derecho Penal, PG, II, Lima, 2005.
- HURTADO POZO, José; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I, 4ta edición.
- BRAMONT ARIAS / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A., Código Penal Anotado, San Marcos, Lima, 1995.
- BACIGALUPO ZAPTER, Enrique, Derecho Penal, PG, Ara Editores, Lima, 2004.

• **Fany Soledad Quispe Farfán**

- QUISPE, Fany, “El registro personal y las intervenciones corporales”. El Proceso Penal, Estudios Fundamentales, Lima, Palestra editores, 2006.
- ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires Editores del Puerto 2003.

Enlaces electrónicos:

- Edición Regional de La República del 05.05.2013 <<http://larepublica.pe/05-05-2013/cuestionan-sentencia-que-libera-de-cargos-mayor-pnp-acusado-de-soborno>> Consultado el 05.05.2017.
- KELLING George L. y Catherine M. COLES. No más ventanas Rotas. Cómo restaurar el orden y reducir la delincuencia en nuestras comunidades En <<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/Kelling,%20George%20y%20Coles,%20Catherine%20-%20No%20mas%20ventanas%20rotas.pdf>>
- WILSON, James Q y George L. Kelling “Ventanas rotas: Policía y Seguridad en los Barrios” En: <<http://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-09/Unidad-04/lecturas/2.pdf>>
- LARKIN, Paul J. “Stops and Frisks, Race, and the Constitution” <http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2013/09/Larkin_Final.pdf>
- CARRIÓ, Alejandro. “Requisas policiales, interceptaciones en la vía pública y la era de los standards light”. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 5, N° 1, agosto 2000, Buenos Aires, Recuperado de <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n5N1-2000/051Juridica02.pdf>p.
- Alabama us. White (1990) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/496/325/>>
- Terry Vs. Ohio (1968) consultado en www.law.cornell.edu/supremecourt/text/392/1 fecha 11.05.2017
- ECHEVARRIA, Marcelo, Aplicación de los principios de “causa probable” y “sospecha razonable” ante la inminente detención de un sospechoso sin orden judicial. <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/detencion_sospechoso.htm> Última consulta el 05.06.2017

- **Arsenio Oré Guardia**

- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, Cuadernos de Derecho Judicial: Detención y prisión provisional, 1996/XVIII.
- PASTOR, Daniel, “La prisión preventiva. Problemas actuales y soluciones”, en AA.VV., La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, Lima, Jurista, 2007.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan, BARONA VILAR, Siluía, ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRÍA GURIDI, José. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. 24ª edición. Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.
- Exp. N° 616-2005-PHC/TC.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Lima (INPECCP/ CENALES), 2015
- CÁCERES JULCA, Roberto. Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial. Lima (Idemsa), 2008.

Enlace electrónicos:

- BINDER, Alberto, ¿Qué significa implementar un nuevo sistema de justicia penal?, <http://inecip.org/documentos/alberto-binder-que-significa-implementar-un-nuevo-sistema-de-justicia-penal/> (última visita, 05 de junio de 2017).

- **Luis Miguel Reyna Alfaro**

- PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-A, Lima: Ediciones Jurídicas, 1995.
- DE SOTO, Hernando. El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo. Barcelona: Península, 2001.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Lima: San Marcos, 1998.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV, Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1956.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II, Lima: Jurista, 2012.
- REATEGUI SÁNCHEZ, James. En Reategui Sánchez, James y Espejo Basualdo, Carlos. El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano. Lima: Lex Iuris, 2016.
- ESPEJO BASUALDO, Carlos. En Reategui Sánchez, James y Espejo Basualdo, Carlos. El delito de usurpación inmobiliaria en el Código Penal Peruano. Lima: Lex Iuris, 2016.
- ROY FREYRE, Luis. Derecho Penal Peruano. Parte Especial. Tomo III, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1983.

- VILLA STEIN, Jauier. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-A, Lima: San Marcos, 2001.
- Casación N° 56-2014 (Ayacucho). Corte Suprema de Justicia.
- Casación N° 458-2015 (Cajamarca). Corte Suprema de Justicia.
- CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo 1, Buenos Aires: Astrea, 2007.
- DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B, Buenos Aires: Rubingal- Culzoni, 2001.
- PARMA, Carlos. Código Penal de la Nación Argentina Comentado. Tomo 2, Córdoba: Mediterránea, 2005.
- GAVIER, Ernesto José. "Unidad XIII. Delitos contra la propiedad consistentes en defraudaciones, abusos de la situación, apoderamiento de inmuebles o daños". En Balcarce, Fabián I. (Director). Derecho Penal. Parte Especial. Libro de Estudio. Tomo II, Córdoba: Aduocatus, 2014.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial, sexta edición, Lima: Grijley, 2013.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. "El programa dogmático y político criminal del principio de legalidad". En Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa. N° 2, Lima: CEDPE, 2012.
- IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Lima: Pacífico, 2016.

• **Alexander Germán Sánchez Torres**

- BERNAL CAVERO, Jorge. "Desarrollo de la doctrina jurisprudencial a través de la casación de oficio: la casación N° 389-2014-San Martín". En: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 85, julio de 2016.
- CHINCHAY CASTILLO, Alcides. "Sobre la necesidad de protagonismo ante todo problema jurídico habido y por haber. Para que el recurso sea recurso tiene que ser recurso (o el intento de buscarle cinco pies al gato)", En: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 85, julio de 2016.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. Apelación y casación en el Proceso Civil. Colex, Madrid, 1994.
- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. Colex, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho Procesal Penal. 2° edición, Editorial Civitas, Madrid, 2015.
- GUZMAN FLUJA, Vicente. El recurso de Casación civil. (Control de hecho y de derecho). Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- IBERICO CASTAÑEDA, Luis Fernando. La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Pacífico, Lima, 2016.

- NIEVA FENOLL, Jordi. El hecho y el Derecho en La Casación Penal. Bosh, Barcelona, 2010.
- MORENO RIVERA, Luis. La casación en la Ley 906 de 2004. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. Recurso de Casación y de revisión penal. Control de la presunción de inocencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NEYRA FLORES, José. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I. Idemsa, Lima, 2015.
- PABÓN GÓMEZ, Germán. De la Casación y la revisión penal. Doctrina y Ley, Bogotá, 2010.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SÁNCHEZ CÓRDOBA, Juan. "La casación de oficio: un buen primer paso". En: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 85, julio de 2016
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Inpeccp, Lima, 2015.
- YAIPÉN ZAPATA, Víctor Pastor. Recurso de casación Penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial. Ideas, Lima, 2014.

• **Francisco Celis Mendoza Ayma**

- Casación N° 353-2011-AREQUIPA. Corte Suprema de Justicia.
- Exp. N.° 10612-2006-PHC/TC.

• **Pedro Angulo Arana**

- RIVES SEVA, Antonio Pablo, Director. Colaboradores: Manuel Marchena Gómez, Antonio del Moral García, Jaime Moreno Verdejo, Pablo Langarote Martínez. La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Aranzadi S.A., 2008.
- Exp. N° 03433-2013-PA/TC Lima, Servicios Postales del Perú.
- PASTOR ALCOY, Francisco; Prueba de Indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia; Tirant Lo Blanch, "Abogacía Práctica", Valencia, 2003, p. 112 y 113. La Biblia, en el Libro I De los Reyes (3: 16 al 28).
- SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos Contra la Administración Pública, Editorial Grijley, Lima, 2015, p. 565 citando a José Luis Castillo Alua, quien a su vez, cita a Luzón Peña, Manuel, en "El Delito de Negociación Incompatible", en Cuestiones actuales del sistema penal –Crisis y desafíos-, Ara Editores, Lima, 2008.
- SÁNCHEZ – Vera Gómez – Trelles, Javier; Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal. Ediciones jurídicas y sociales S.A.; Marcial Pons, Madrid, 2012.
- OVEJERO PUENTE, Ana María; Constitución y Derecho a La Presunción de Inocencia; Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- MIRANDA VÁSQUEZ, Carlos de; La Prueba indiciaria: ¿Deducción? ¿Inducción? ¿Abducción? ¿O inferencia a la mejor explicación?, artículo en Prueba y Razonamiento Probatorio en

Derecho. Debates sobre abducción. Juan Antonio García amado y Pablo Raúl Bononino, coordinadores. Editorial Comares, Granada, 2014.

- **Gonzalo del Río Labarthe**

- DE LA JARA, E., CHÁVEZ-TAFUR, G., RAVELO, A., GRÁNDEZ, A., DEL VALLE, O., y SÁNCHEZ, L., La prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada? IDL, Lima, 2013.
- DEL RÍO LABARTHE Gonzalo. Prisión Preventiva y Medidas Alternativas, Instituto Pacífico, 2015.
- Resolución Administrativa N° 325-2011-P-PJ.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. La prisión provisional. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- Caso Letellier, Sentencia del 26 de junio de 1991.
- Caso Stögmuller, 27 de junio de 1968.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana), en Revista de Derecho Procesal, n° 2, Madrid, 1995.

- **Wesly Astete Reyes**

- Ejecutorias Supremas recaídas en los Exp. 1888-94, Lima del 12 de agosto de 1994, y Exp. 710-95-B, Ica del 12 de diciembre de 1996. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal, dos décadas de jurisprudencia, Tomo III, Ara editores, Lima 2012.
- Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 251-98, Loreto; del 3 de agosto de 1998. En: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley, Lima 2011.
- RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio. “Caso Aliaga Jacinto locador de servicios DEVIDA – concepto de funcionario público”. Revista del Proyecto Anticorrupción del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP), Boletín No. 31, noviembre de 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Informe adecuación de la Legislación Penal Peruana a la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Mayo del año 2000. En: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Jurista Editores. Lima 2017.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Masacre Rochela us. Colombia.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Caso Ximenes Lopez us. Brasil.

- Sentencia recaída en el Exp. 1050-06, Lima emitida por la Tercera Sala de Reos Libres. En: HUAMÁN CASTELLARES, Daniel. Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios, Extractos Sustantivos y Procesales. Palestra Editores, Lima 2014.
- Comité de hecho creado por Ley No. 28719, Ley del Boleto Turístico.

Enlace electrónico:

- <http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B58_contra_Corrupcion_firmas.asp>

- **Ramiro Salinas Siccha**

- SCHÜNEMANN, BERND, el dominio sobre el fundamento del resultado, traducido por Mariana Sacher, en Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio, IDEMSA, Lima, 2006.
- Taterschaft und Tatherrschaft, primera edición, 1963, octava edición, Berlín, 2006, p. 26. Obra que fue traducida al español por Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo, con el título Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Barcelona, 2000.
- PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencia”, en Gaceta Penal, N° 19, enero 2011.
- CARO John, “Delito de infracción de deber: fundamento y significado”, en Normativismo e imputación jurídico penal: dogmática penal 5, Ara editores, 2010 y La autoría delictiva del funcionario público, en reu. Ius Puniendi, año I, Vol. 2, segundo trimestre 2015.
- ABANTO VÁSQUEZ, dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública, Grijley, 2014.
- SUÁREZ GONZALES, “Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos”, en La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública, Grijley.
- ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general, T. I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 338; también en Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 6ª edición, traducido por Cuello-Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ-VERA, “Delito de infracción de deber”, en: Eduardo Montealegre Lynett (Coord.), El funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, T. II, 2016.
- Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, Salas Penales de la Corte Suprema.

- PARIONA ARANA, "Participación en los delitos especiales", en el Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Ara editores, Lima, 2006.
- JAKOBS, Strafrecht (derecho penal), 2da. edición, 1991.
- VILLAVICENCIO TERREROS, citando a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Derecho Penal, parte general, Grijley, Lima, 2006.
- GARCÍA CAVERO, "Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos", en Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública, (coordinadora Castañeda Otsu, Susana), Jurista Editores, Lima, 2014.
- RUEDA MARTÍN, Ángeles, Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública, Heydegger y Atahuaman -coordinadores, Idemsa, 2013.
- GARCÍA CAVERO, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, 2008.
- ALCOCCER POVIS, Introducción al Derecho Penal, Parte General, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima, 2014.
- VILLA STEIN, Derecho Penal, parte general, 4ta. Edición, Lima, Ara editores, 2014.
- Casación N° 782-2015-Del Santa- Sala Penal Permanente.

• **William Arana Morales**

- SALAS BETETA, Christian. El proceso penal común, Lima, Gaceta, 2004.
- SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Lima, Editorial Grijley, 2014.
- GONZALES BEILFUUS, Markus. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Navarra, Editorial aranzadi, 2003.
- Casación N° 626-2013-Moquegua, publicada el 30 de julio del año 2015
- IBERICO CASTAÑEDA, Luis. La impugnación en el proceso penal. Lima, Editorial Pacífico, 2016.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en el nuevo Código procesal penal", Lima, Ara Editores, 2008.
- Casación N° 328-2012-ICA, publicada el 17 de marzo del año 2014.
- ETALA, Carlos. Diccionario jurídico de interpretación y argumentación, Marcial Pons, 2016.

• **Eduardo Alcócer Povis**

- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte General, 9a edición, Valencia 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en InDret (2), 2007.

- ALCÓCER POVIS, Eduardo, La reincidencia como agravante de la pena, en prensa.
- ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires 1996.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía, La imputabilidad penal, Valencia 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Identidad en el tiempo y responsabilidad penal", en GARCÍA VALDÉS, Carlos; CUERDA RIEZU, Antonio Rafael; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita; ALCÁCER GUIRAO, Rafael y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coords.), Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I, Madrid 2008 y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, "La circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal por dilaciones indebidas en el proceso penal", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (dir.), Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, Pamplona 2011.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte General, Barcelona 2016.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho penal. Parte General, Lima 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Derecho penal. Parte General, 2ª edición, Buenos Aires 2002, 130.
- GARCÍA CAVERO, Percy, "[Comentarios] al Art. VIII", en Código Penal Comentado, Lima 2004.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, Ramón, Lecciones de Derecho penal. Parte General, 2a edición, Barcelona 1999.
- HÖRNLE, Tatjana, "La concepción anticuada de la culpabilidad en la Jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena" (trad. Martín Lorenzo), en Determinación de la pena y culpabilidad, Buenos Aires 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª edición, Buenos Aires-Montevideo 2010.
- ZUGALDÍA, José Miguel, Fundamentos de Derecho Penal, 4a. edición, Valencia 1993.
- AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos, Determinación judicial de la pena. Nuevos criterios, Lima 2015, p.153.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, La determinación judicial de la pena en la Ley N° 30076, Lima 2015.
- D'AMBROSIO, Luca, "¿De la incapacitación a la exclusión? Peligrosidad y Derecho Penal en Italia", en ARROYO ZAPATERO, Luis; DELMAS-MARTY, Mireille; DANET, Jean y ACALE SÁNCHEZ, María (eds.), Securativismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista, Cuenca 2013.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales, Granada 1999.

• **Raúl Ernesto Martínez Huamán**

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Los Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. 2da. Ed. Lima: Palestra Ed, 2003.
- CACIAGLI, Mario. “Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos”. En: Cuadernos y debates. N° 60. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- CARO JOHN, José Antonio. “La autoría delictiva de funcionario público”. En: Ius Puniendi. Sistema integral. Año I. Vol. 2. Lima: Ideas solución editorial, 2015.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Corrupción y delitos contra la Administración pública”. En: Fraude y corrupción en la administración pública. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos & AAVV. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2002.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de enriquecimiento ilícito. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- GARCÍA CAVERO, Percy. “Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal”. En: El delito de colusión. GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. Lima: Grijley, 2008.
- JAKOBS, Günther. “Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un derecho penal funcional”. En: Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal. Lima: Palestra, 2002.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl E. “El bien jurídico penalmente protegido en el delito de colusión”. En: Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 79. Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl E. “El delito de colusión: consideraciones sobre los sujetos intervinientes en el delito”. En: Revista de Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 96. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. “Corrupción en el Perú: ¿Es la contratación pública el ámbito donde más se desarrolla la corrupción?” En: Estudios de Política criminal y Derecho penal. Actuales tendencias. GASPARGHIRINOS, Ángel y MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. Lima, Gaceta jurídica, 2015.
- MARTÍNEZ MORA, Gema. Fraudes Ilegales. En: Código Penal. Parte Especial. T. II. V. II. AMADEO GADEA, Sergio (Coord.). Madrid: Factum Libri Ediciones S.L, 2011.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. “El marco normativo internacional anticorrupción”. En: La Lucha contra la Corrupción en el Perú. El Modelo Peruano: La Experiencia de las Procuradurías Anticorrupción. Lima: MINJUS, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. 13ra ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001.
- PRIETO DEL PINO, Ana María. “Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol”. En: Cuadernos penales José María Lidón. Corrupción y Urbanismo. Núm. 5. Bilbao, Universidad de Deusto, 2008.

- RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín. "Fraudes y Exacciones ilegales". En: Código Penal. Comentado y con jurisprudencia. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (Dir.). Madrid: La Ley, 2009.
- SALAS, Luis. "La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en la América Latina". En: La reforma de la justicia penal (Estudio en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Castello de la Plana: Universitat Jaume I, 1997.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. "Delito de colusión según la Ley N° 29758". En: Revista Gaceta penal y procesal penal. T. 29. Lima: Gaceta jurídica, 2011.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. "La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María & SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. Lima: Grijley, 2001.

• **José Antonio Huaylla Marín**

- ALBERTO BOVINO. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Editores del Puerto. 1998. Buenos Aires.
- JORGE A. CLARIA OLMEDO. Actualizado por JORGE VÁSQUEZ ROSSI. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires.
- ROSAS YATACO, Jorge. "Manual de Derecho Procesal Penal" Editorial. Lima Grijley, 2003.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal" Volumen II. Lima. Editorial Grijley, 1999.
- CAFFERATA NORES, José I. "La prueba en el proceso penal," 3º Edición. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1998.
- Casación N° 626-2013-MOQUEGUA, Casación N° 318-2011-LIMA y Casación N° 215-2011-AREQUIPA.

Enlaces electrónicos:

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004" [en línea] [Consultado el 25 de mayo de 2014]. disponible en: www.incipp.org.pe
- Exposición dictada con fecha 10 de agosto de 2017 en la Sala Penal Nacional del Poder Judicial - La Cátedra de los Jueves. Información recuperada de <https://www.youtube.com/watch?v=TY8hTOKCFE&t=2630s>

• **Giampol Taboada Pilco**

- STC N° 818-1998-PHC-/TC del 14-01-1999.
- STC N° 5423-2008-PHC/TC del 01-06-2009.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda reimpresión. Buenos Aires, Ediar, 2006, pp. 14-15.
- FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Procedimiento Penal Acusatorio y Oral. Volumen I. Bogotá D.C., Editorial ABC, 2005, pp. 76-83.

- **Omar Tello Rosales**

- LORCA NAVARRETE, Antonio María. Simplemente un Proceso Justo. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María. Litigación Civil. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de setiembre de 2010. Exp. N° 1887-2010-PHC/TC LIMA (HIPOLITO GUILLERMO MEJIA VALENZUELA), Fundamentos 9 y 10.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2014. Exp. N° 02493-2012-PA/TC LA LIBERTAD (JORGE ADALBERTO VÁSQUEZ PAULO), Fundamento 5.

- **Frank Almanza Altamirano**

- Modelo de Legislación sobre Lavado de Dinero 2009.
- Regulación Modelo respecto del delito de Lavado en relación al tráfico de drogas y otros delitos graves.
- Metodología para el cumplimiento de las 40 Recomendaciones y las 9 Recomendaciones Especiales del GAFI.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Evolución de la Criminalización del Lavado de Activos en la Doctrina y Práctica del Perú y Alemania, en Lavado de Activos y Compliance. Editorial Juristas. Lima, 2015.
- ARIAS HOLGUIN, Diana Patricia. Aspectos Políticos - Criminales y Dogmáticos del Tipo de Comisión Doloso de Blanqueo de Capitales (Art. 301 CP). Iustel - 1ra Edición 2011.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de Blanqueo de Capitales. Thomson Reuters – Aranzadi. 3ra Edición 2014 (Primera Edición en esta colección).
- CARO CORIA, Carlos. Lavado de Activos Provenientes del delito Tributario, en Lavado de Activos y Compliance. Editorial Juristas. Lima. 2015.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El Delito de Lavado de Activos, Criterios Sustantivos y Procesales, Análisis del Decreto Legislativo N° 1106. Pacífico Editores. Lima, 2014
- MARTÍNEZ - ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Ignacio. El Autoblanqueo - El Delito Fiscal como Delito Antecedente del Blanqueo de Capitales. Tirant lo Blanch. 107 Colección Delitos. Valencia 2014.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad Organizada y Lavado de Activos. Editorial Idemsa, 2013.

- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. Investigación y Juzgamiento del Blanqueo de Capitales (II). En: BLANCO CORDERO, Isidoro et. al., Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Tercera Edición, Washington D.C.: OEA, República Bolivariana de Venezuela, Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.

Enlaces electrónicos:

- Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Disponible en: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (1990) - GAFI. Disponible en: http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf.

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

La presente obra “Análisis y Comentarios de las Principales Sentencias Casatorias en Materia Penal y Procesal Penal”, es un trabajo minucioso realizado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal, que tiene por finalidad poner en conocimiento de jueces, fiscales, defensores públicos y privados, efectivos policiales y procuradores públicos la situación actual de diversas instituciones jurídico penal y procesal penal, destacando desde la jurisprudencia y comentarios realizados los aspectos temáticos que han sido objeto de armonización, así como aquellos en los que se ha aperturado el debate.

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

Scipión Llona N° 350 Miraflores, Lima 18. Perú
Teléfonos: (511) 204-8020 (511) 204-8076
(Anexo: 1268) (Anexo: 1397)

<http://www.minjus.gob.pe/reforma-procesal-penal-documentos/>



*Trabajando para
todos los peruanos*