



PRIMERA EDICIÓN OFICIAL



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante

Emitida por la Corte Suprema de
Justicia de la República del Perú

Primera Parte
Materia Penal (I): Acuerdos Plenarios

1

Colección Jurídica
Se incluye versión digital





PRIMERA EDICIÓN OFICIAL



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante

Emitida por la Corte Suprema de
Justicia de la República del Perú

Primera Parte
Materia Penal (I): Acuerdos Plenarios

1

Colección Jurídica
Se incluye versión digital



Primera Edición Oficial: Octubre 2013

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

DANIEL AUGUSTO FIGALLO RIVADENEYRA
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

JORGE MANUEL PANDO VÍLCHEZ
Viceministro de Justicia

HENRY JOSÉ AVILA HERRERA
Viceministro de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia

TOMMY RICKER DEZA SANDOVAL
Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

ANA MARÍA VALENCIA CATUNTA
Directora de Desarrollo Jurídico y Proyectos Normativos

CARLOS ENRIQUE COBEÑAS CASTILLO
Director de Sistematización Jurídica y Difusión (e)

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
Coordinador de Ediciones de Textos Legales Oficiales

KAREN LENA SUMALAVE CHOQUE
MARTHA MARÍA SOLIS VÁSQUEZ
Abogadas de la Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión
Responsables de la Revisión y Actualización

ROSA ISABEL ALCÁNTARA VALDIVIA
PIER HAROLL CARMONA FUENTES
LIZETH JACKELINE CORREA CUEVA
JULISSA EVELYN COSSIO CÁRDENAS
LAURA BETZABETH GRIS LUYO
KATERIN GUZMÁN ORTIZ
ROMINA ELENA MENDOZA VÁZQUEZ
Colaboradores de la Revisión y Actualización

DERECHOS RESERVADOS
DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Derechos de Edición

2013 - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Calle Scipión Llona Nº 350 - Miraflores, Lima 18
Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2013-07062
ISBN: 978-612-46283-3-7

Razón Social : Litho & Arte S.A.C.
Domicilio : Jr. Iquique Nº 046 - Breña



Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

“Tu también tienes derechos y deberes”

[Prólogo]

Una silenciosa pero destacada labor funcional que vienen cumpliendo anualmente los magistrados integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, es la producción de doctrina jurisprudencial vinculante. Ella adquiere particular trascendencia y utilidad para la judicatura peruana, en la medida que permite consensuar criterios y prácticas discrepantes, así como superar recurrentes contradicciones en la interpretación o aplicación de la ley penal.

La legislación vigente legitima y define los procedimientos que deben observarse, para construir estos aportes hermenéuticos de nuestros jueces. Especialmente, el artículo 116^o de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone para tal efecto la realización de plenos jurisdiccionales a nivel distrital, regional o nacional de la magistratura superior del país, así como en el ámbito de competencias de las salas especializadas en lo penal del Supremo Tribunal. El objetivo común que se asigna a estos conclaves jurisprudenciales es generar un espacio de análisis y debate, teórico y práctico, para superar los antagonismos, vacíos y distorsiones que se detectan en la invocación o en el uso concreto de disposiciones e instituciones penales de naturaleza sustantiva, procesal o de ejecución.

A partir del año 2005 la Corte Suprema de Justicia de la República ha comenzado a elaborar y difundir acuerdos plenarios de eficacia vinculante, los cuales abordan, preferentemente, tres áreas sensibles por las cuales discurren el quehacer cotidiano y las decisiones de los órganos jurisdiccionales: **1)** la aplicación de consecuencias jurídicas del delito; **2)** la caracterización típica de modalidades no convencionales de criminalidad organizada; y **3)** el tránsito por ritos, instituciones y reglas contenidos en el nuevo código procesal penal. La publicación que ahora prologamos reúne, pues, una compilación integral y sistemática de estos acuerdos plenarios que ponen de relieve problemas de interpretación relacionados con las penas, la determinación judicial de las penas, las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas o la prescripción de la acción penal; así como concernientes a la configuración de determinados delitos importantes para la política criminal nacional como el robo, el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos, la trata de personas, la desaparición forzada, los delitos contra la administración pública o el terrorismo. En el ámbito procesal la presente selección de acuerdos plenarios trata de los presupuestos, requisitos, procedimientos y alcances de innovadoras instituciones adjetivas como el

control de la acusación fiscal, la audiencia de tutela, la posición del actor civil, la terminación anticipada del proceso o la valoración de la prueba en delitos contra la libertad sexual. En menor medida, pero con no menos importancia y profundidad, en los acuerdos plenarios que contiene esta edición son debatidos otros temas puntuales alusivos a la oportunidad y reglas de concesión de beneficios penitenciarios, como también sobre los criterios y prácticas que deben observarse en el espacio intercultural del juzgamiento de delitos imputados a dirigentes e integrantes de las rondas campesinas.

La ubicación cronológica de los acuerdos plenarios es el hilo conductor de esta pulcra compilación realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual por su coherencia y ágil estructura estimamos que ha de contribuir eficazmente a la difusión y utilización entre la comunidad jurídica nacional, de sus meditadas y sólidas opciones interpretativas.

Ahora bien, para coadyuvar a esa comunicación social del significado de los acuerdos plenarios considero pertinente describir, a continuación, como es que ellos se gestan y adoptan. Al respecto, es de mencionar que la selección de los problemas y alternativas de doctrina jurisprudencial que son examinados y aprobados en un acuerdo plenario responden a un diseño metodológico propio. Cabe señalar que esta metodología, que comenzó a aplicarse a partir del 2007, se ha validado y retroalimentado, año a año, mostrándose útil no sólo para regular la identificación de problemas, o el acatamiento de las decisiones corporativas que deben adoptarse; sino, sobre todo, para promover y orientar un razonable consenso entre los propios Magistrados Supremos que participan en un Pleno Jurisdiccional en lo Penal. Inicialmente el protocolo de elaboración de los acuerdos plenarios comprendía las siguientes etapas:

- a) **La Identificación de la Situación Jurisprudencial Problemática.** Esta etapa se realiza evaluando casos recurrentes de interpretación errónea o contradictoria de una norma o institución penal los cuales se identifican a partir del conocimiento de sentencias en recurso de nulidad o de los temas tratados en los plenos jurisdiccionales superiores.
- b) **La Designación de un Magistrado Ponente.** El Juez Supremo designado, que puede ser titular o provisional, deberá examinar la etiología y características de la situación jurisprudencial problemática detectada, así como diseñar propuestas de superación a partir de alternativas técnicas y razonablemente sustentadas.

- c) **Realización del Pleno Jurisdiccional.** El cual se materializa en una sesión solemne donde se someten a sustentación y debate las ponencias elaboradas por los magistrados designados así como ponencias alternas. Luego se intercambian planteamientos y se adoptan acuerdos a través de una votación que requiere mayoría calificada.
- d) **Redacción y Difusión de la Doctrina Jurisprudencial.** Esta última etapa comienza con la designación de un Magistrado redactor que formaliza los términos del acuerdo plenario aprobado. Luego, se suscribe la resolución correspondiente por los Magistrados que intervinieron en la sesión plenaria. Y, finalmente, se publican los acuerdos en el diario oficial El Peruano, a la vez que se realizan conferencias de difusión en los distintos Distritos Judiciales del país.

Sin embargo, a partir del año 2010, esta metodología se ha venido socializando con la inclusión de dos nuevas etapas como antesala a la realización de la sesión plenaria. La finalidad común de estas innovaciones ha sido incorporar la participación directa de la comunidad nacional en la selección, análisis y debate de los temas que integraran la agenda plenaria y que abordarán los Jueces Supremos. El resultado de esta experiencia, que incluye un foro virtual y una audiencia pública en el Salón Vidaurre del Palacio Nacional de Justicia, ha sido muy positivo por la amplia participación de especialistas, instituciones de la sociedad civil y entidades oficiales, quienes han brindado a los acuerdos plenarios valiosos aportes que les han dotado de mayor consistencia empírica a la vez que de reconocida legitimación técnica y social.

Finalmente, cabe indicar que el año 2012 abrió una nueva ruta en la evolución del protocolo de configuración de la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, con la realización complementaria de Plenos Jurisdiccionales Extraordinarios. El rol asignado a estos, no es otro que posibilitar la reevaluación de acuerdos plenarios precedentes, a fin de incorporar en ellos correctivos o adiciones que su aplicación práctica demande como necesarios e impostergables. También en la dinámica operativa de esta novedosa modalidad de producción de acuerdos plenarios, la participación ciudadana está asegurada con la realización de un foro virtual para sugerir las mejores alternativas de modificación, las que, previa selección, serán, luego, expuestas en una audiencia pública preparatoria de la sesión plenaria de los Jueces Supremos. En marzo de 2012 ya tuvo lugar nuestro I Pleno Jurisdiccional Extraordinario en lo Penal. En el presente año se realizará el II y que tendrá como tema monográfico la problemática de los delitos de lesa humanidad a partir de la incidencia de la convencionalidad en el derecho interno.

No nos queda, pues, más que felicitar y agradecer esta valiosa iniciativa de colaboración que ofrece con esta publicación el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a la socialización y retroalimentación positiva de la jurisprudencia vinculante contenida en los acuerdos plenarios en lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Dr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República
Coordinador de los Plenos Jurisdiccionales en lo Penal de la Corte Suprema

[Presentación]

Le complace al Banco de Crédito del Perú presentar como Primer volumen de la Colección Jurídica de esta Tercera Edición, el Tomo I del Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante en materia penal emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República. Dicho compendio es un esfuerzo por recopilar la doctrina legal vinculante que emiten los Magistrados de la Corte Suprema de la República y que estamos seguros, será de gran utilidad para que los Magistrados realicen su labor diaria en la interpretación o aplicación de la ley penal y procesal penal y en la resolución de casos concretos.

El conocimiento de los acuerdos plenarios y jurisprudencia vinculante interesa a toda la sociedad, pues importa que todos los ciudadanos sean tratados de la misma manera (por el principio y derecho constitucional de igualdad ante la ley) en la aplicación del derecho interno, y dota de seguridad jurídica (previsibilidad de las resoluciones) al unificar la jurisprudencia.

Como señala el Magistrado Tomas Gálvez Villegas* los precedentes vinculantes, como forma especial de jurisprudencia, fijan pautas interpretativas cualificadas de indiscutible fuerza argumentativa que deben ser observadas por parte de los órganos y tribunales de justicia mientras no exista una mejor razón que justifique su inaplicación o desvinculación en el caso concreto.

Se elaboran a partir de un caso concreto del cual se extrae una regla general para la resolución de casos análogos en el futuro. Esto es la *ratio decidendi* configurativa de la jurisprudencia vinculante que constituye el fundamento principal en el que se sustenta la decisión del caso concreto y el criterio vinculante de la jurisprudencia. Pueden ser dictados por cualquiera de las salas penales que integran la Corte Suprema de Justicia, ya sea Sala penal Permanente o Sala Penal Transitoria**.

La aplicación obligatoria en nuestro país de la jurisprudencia que crea doctrina vinculante ha sido establecida en primer lugar, por los artículos 22º y 80º. inc. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se hace referencia a la facultad de las Salas de la Corte Suprema de la potestad de fijar “principios jurisprudenciales” de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales cualquiera sea su especialidad; y la atribución de la Sala Plena de

* GALVEZ VILLEGAS Tomás Aladino, *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia*, Jurista Editores, pág. 179

** GALVEZ VILLEGAS: ob.cit. p 179

la Corte Suprema de sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas especializadas de la Corte Suprema, así como la publicación de las ejecutorias supremas que fijen principios jurisprudenciales las cuales deberán ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales; y en segundo lugar por el artículo 301º - A del Código de Procedimientos Penales introducido por el Decreto Legislativo 959 en la que se estableció que la Sala Penal de la Corte Suprema será la que determine las sentencias que constituyen precedente vinculante, con la exigencia de fijar el extremo de su efecto normativo.

Queda claro conforme lo ha estipulado el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Exp. 0019-2009 del 21 de marzo del 2011, fundamento 16; que "en los términos de los artículos 22º y 80º inciso 4 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional la Corte Suprema tiene competencia para fijar principios jurisprudenciales; sin embargo, si bien estos principios son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, por excepción, los jueces y magistrados pueden apartarse de dicho criterio, para lo cual están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

10

Asimismo, conforme al artículo 116º de la Ley Orgánica del Poder Judicial se regula la realización de Acuerdos Plenarios por parte de las Salas Penales de las salas Supremas especializadas y salas superiores con el fin de concordar jurisprudencia de su especialidad. Entre los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema más significativos que determinan principios jurisprudenciales, y que constituyen doctrina legal, podemos hacer referencia a tres Acuerdos Plenarios que reconocen los extremos vinculantes de sendas Ejecutorias Supremas que son el Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22 del 30 de setiembre del año 2005; el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre del 2006, y el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 del 16 de noviembre del 2007.

El primer Acuerdo Plenario, el N° 1-2005/ESV-22 del 30 de setiembre del año 2005 cuyo motivo fue la determinación de Principios Jurisprudenciales, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican, tengan carácter vinculante y constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos de cuatro Ejecutorias Supremas que se pronuncian acerca de: **a)** los límites del tribunal de instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción; **b)** la definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo-en concreto, de la acción típica-del delito de corrupción de funcionarios-cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393º del Código Penal **c)** la precisión que la confesión sincera no constituye un factor para fijar la cuantía

de la reparación civil. Esta se determina en función al daño ocasionado por el delito: **d)** la no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

El Acuerdo Plenario, el N° 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre del 2006, por unanimidad, el Pleno jurisdiccional de la Corte Suprema consideró fijar como doctrina legal los fundamentos jurídicos de tres Ejecutorias Supremas que se pronuncian acerca de: **a)** los alcances típicos del delito de colaboración terrorista estatuido en el artículo 4º del Decreto Ley número 25475; **b)** los presupuestos materiales de la prueba indiciaria, necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia; **c)** la noción de juez legal, la competencia territorial y la asunción de la concepción de ubicuidad restringida para la determinación del lugar de comisión del delito.

El Acuerdo Plenario, el N° 1-2007/ESV-22 del 16 de noviembre del 2007 consideró que los siguientes principios jurisprudenciales que se indican a continuación y que se trata de fundamentos jurídicos de cuatro Ejecutorias Supremas, tengan carácter vinculante y constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema: **a)** el contenido y los elementos del *ne bis in idem* material. Relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, **b)** el alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y las relaciones con el Ministerio Público, **c)** cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6º de la Ley Penal, y **d)** acuerdos plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones. Alcance del artículo 6º del Código Penal.

Creemos que con este compendio contribuiremos a la difusión de los principios jurisprudenciales, a su debate y discusión de la calidad y desarrollo de su contenido; y sobre todo a solucionar las controversias jurídicas de problemas penales, procesales y constitucionales por parte de los operadores de Justicia.

BANCO DE CRÉDITO DEL PERU



Resolución Ministerial

N° 0244-2013-JUS

30 OCT. 2013

Lima,

CONSIDERANDO:

Que, es función del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sistematizar la legislación de carácter general y promover su estudio y difusión, así como disponer su edición oficial;

Que, en cumplimiento de dicha función, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Banco de Crédito del Perú suscribieron el 01 de octubre de 2013, el Convenio de Cooperación Interinstitucional entre ambas entidades, con el objeto de publicar una Colección Jurídica que comprende dieciséis (16) tomos en versión escrita y digital, correspondiente a las materias de mayor trascendencia y relevancia jurídica;

Que, los ejemplares serán distribuidos gratuitamente a nivel nacional a los jueces, fiscales, defensores de oficio, conciliadores extrajudiciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, procuradores públicos y del Sistema Nacional de Bibliotecas, a fin de que apliquen la legislación nacional fidedigna y actualizada en el ejercicio de sus funciones, cargos y profesiones;

Que, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico ha concluido la elaboración de la Primera Edición Oficial del "Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera Parte. Materia Penal (I): Acuerdos Plenarios", obra que incluye la jurisprudencia vinculante en materia penal, emitida por el Poder Judicial;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N.° 29809, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 011-2012-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- APROBAR la publicación impresa y digital de la Primera Edición Oficial del "Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera Parte. Materia Penal (I): Acuerdos Plenarios", en un tiraje de seis mil (6000) ejemplares.



C. Guzmán S.



J. Pando V.



J. Pando V.



T. Torres



C. Garzón



J. Pando V.

Artículo 2°.- **AUTORIZAR** al Director General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico a consignar el número correlativo en cada ejemplar, así como colocar el sello de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico.

Regístrese y comuníquese.



DANIEL FIGALLO RIVADENEYRA
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

[**Guía del Lector**]

Para el correcto uso de la presente edición, el lector deberá tener en cuenta lo siguiente:

1. La presente edición contiene el Compendio de Doctrina Legal y Jurisprudencia Vinculante emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Primera Parte: Materia Penal (I): Acuerdos Plenarios.
2. Los textos de los Acuerdos Plenarios son copia fiel de lo publicado en el portal institucional del Poder Judicial en lo que respecta a su contenido, incluyendo signos de puntuación y ortografía en general.
3. Los pies de página encontrados, son de dos tipos, unos pertenecientes de manera original a cada Acuerdo Plenario, los que se distinguirán por estar enumerados; y los otros, aquellos que fueron agregados para corregir aquellos Acuerdos Plenarios que tuvieran palabras erróneamente incorporadas en su texto, estos a diferencia de los primeros se distinguirán por estar con el signo asterisco (*).
4. Los Acuerdos Plenarios del compendio fueron descargados del portal institucional del Poder Judicial el 1 de marzo de 2013.
5. La fecha de publicación de cada Acuerdo Plenario del Compendio del diario oficial El Peruano, se encuentra entre paréntesis.
6. La presente edición se encuentra actualizada hasta el 1 de setiembre de 2013.

El servidor público actúa de acuerdo al siguiente principio:

Respeto

“Adecua su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento.”

**Ley del Código de Ética de la Función Pública
Ley N° 27815, Artículo 6º, inciso 1**

[Abreviaturas]

NCPP	:	Nuevo Código Procesal Penal
ACPP	:	Antiguo Código Procesal Penal (1991)
CP	:	Código Penal
CT	:	Código Tributario
LOPJ	:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPT	:	Ley Penal Tributaria
SUNAT	:	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
Art.	:	Artículo
ECPI	:	Estatuto de la Corte Penal Internacional
SCIDH	:	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
CIDH	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
FJ	:	Fundamento Jurídico
TID	:	Tráfico Ilícito de Drogas

PRIMERA PARTE

Materia Penal (I): Acuerdos Plenarios

21



TÍTULO I

Acuerdos Plenarios

Acuerdos Plenarios (2005)



1. Acuerdos Plenarios del 2005

1.1.

Acuerdo Plenario Nº 1-2005/ESV-22

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2005/ESV-22

(Publicado el 26 de noviembre de 2005)

DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS
JURISPRUDENCIALES. ART. 22º TUO LOPJ
ASUNTO: EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 2º. En el presente caso -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas-, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.
- 3º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
- 4º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutive del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al Señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 5º. El artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22º, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.
- 6º. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial

de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

- 7º. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:
- a) Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción -o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos-, y el pleno cumplimiento del artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959.
 - b) La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo -en concreto, de la acción típica- del delito de corrupción de funcionarios -cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393º del Código Penal.
 - c) La precisión que la confesión sincera del imputado, no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Ésta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.
 - d) La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución, a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

III. DECISIÓN

- 8º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 9º. **ORDENAR** la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que

constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10º. En consecuencia, **constituyen precedentes vinculantes:**

- 1º)** Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.
- 2º)** Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.
- 3º)** Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.
- 4º)** Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.

11º. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano” y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO**

EJECUTORIAS SUPREMAS ANEXAS

1.1.1.

Recurso de Nulidad Nº 224-2005

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 224-2005
SULLANA

Lima, veintiuno de abril de dos mil cinco.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los acusados Sebastián Serna Jaramillo e Iván Leguía Morales contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; de conformidad con las conclusiones del dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el abogado del acusado Leguía Morales en su recurso formalizado de fojas doscientos veintiuno sostiene que su defendido desconocía la participación de terceros en el delito, que el Fiscal Superior tipificó la conducta de su defendido en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal pese a lo cual en la sentencia se tipificó el delito en la circunstancia agravada del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, así como que no está probado que integre una organización criminal ni se ha tenido en cuenta las condiciones personales del mismo ni su minoridad restringida; que el abogado del acusado Serna Jaramillo en su recurso formalizado de fojas doscientos veinticinco apunta que su patrocinado realizó el ilícito por necesidad económica, y que se abrió instrucción y se acusó por el tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas pese a lo cual se le ha condenado por el tipo agravado del inciso siete del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal.

Segundo: Que de autos aparece que el Fiscal Provincial en la denuncia formalizada de fojas sesenta y uno denunció a los encausados calificando los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, modificado por la Ley veintiocho mil dos, pese a lo cual en el auto apertorio de instrucción de fojas sesenta y tres, del veinticuatro de julio de dos mil tres, aclarado por auto de fojas ciento veintiséis, del dieciséis de diciembre de dos mil tres, se tipificó la conducta imputada en el tipo básico

del artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, la que fue objeto de acusación fiscal en esos mismos términos según se aprecia en el dictamen de fojas ciento setenta y cuatro; que, no obstante ello, el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida, sin hacer mención a las razones de su discrepancia ni haber generado un debate previo en el acto oral, calificó los hechos en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del código Penal (ver: fundamento jurídico sexto), aunque no impuso una pena superior a la fijada en la acusación fiscal.

Tercero: Que si bien es cierto que -con arreglo al principio acusatorio- la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo -esto es, en este último supuesto, 'las situaciones que rodean, que están alrededor, a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor'-, fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el Tribunal de Instancia, también es verdad que sobre esa base fáctica es del todo posible que la Sala Penal Superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación -lo que incluye, obviamente, las denominadas "*circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*"-, pero a condición -en cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos- que "*...previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse...*" y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo doscientos ochenta y cinco guión A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; que ese trámite no ha sido cumplido en el presente caso, de suerte que la sentencia recurrida al obviarlo ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales pues ha dejado en indefensión material a los imputados. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas doscientos tres, su fecha diez de diciembre de dos mil cuatro; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, debiendo tenerse presente en todo caso lo dispuesto en el fundamento jurídico tercero de esta Ejecutoria; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. Nº. 1091-2004
LIMA**

Lima, veintidós de marzo del dos mil cinco.

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como Vocal Ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setenta y siete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su co-procesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que éste era su “contacto”, lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona sólo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F-cero cero uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elizabeth Ticona López por su precio normal de veinticinco nuevos soles, y no que los “consegua”, pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el paneux fotográfico incorporado al presente proceso como medio probatorio no resulta idónea; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones.

Segundo: Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochenta y tres afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su co-procesado Peña García; pero se dió la casualidad que éste, le entregó dicho formulario, destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su co-procesado Castillo Aguilar.

Tercero: Que, por su parte este último a fojas mil doscientos ochenta y seis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del Perú al considerar

que se ha llevado a cabo sin contar con la anuencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado la sentencia sólo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Katheryn Gómez Lau, sin embargo no existe nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su co encausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es inocente de los cargos.

Cuarto: Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el termino “aceptar”, el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraneus que corrompe a aquel funcionario.

34

Quinto: Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” aceptó el requerimiento de su co-procesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su co-encausado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes “Águila Tours” para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del servicio de inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubiertos al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el modus operandi utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, sito en el Pasaje Nacarino número ciento treinta y seis del Distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices.

Sexto: Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setentíun mil seiscientos sesenta y cinco que corre a fojas ochenta y siete, el mismo que si bien es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales, sin embargo ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborado con la versión del

propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciséis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesenta y ocho, se contactó con su coacusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de setiembre del dos mil uno a inmediateces de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de setiembre del citado año en el Restaurant “El Mesón”, por lo que se concluye que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley.

Séptimo: Que, de otro lado en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo parágrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el decreto legislativo número ciento veintiséis; por tales consideraciones: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesenta y nueve, su fecha nueve de octubre del dos mil tres, que **condena** a **JULIO ALBERTO PEÑA GARCÍA**, como autor del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación vil* deberá abonar a favor del Estado; e **INTEGRANDO** la propia sentencia: **FIJARON** en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a **PAÚL ALFONSO CASTILLO AGUILAR y HÉCTOR VILLANUEVA GRANDA**, como cómplices primarios del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por el término de dos años; fija en cinco mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN
VALDÉZ ROCA
PONCE DE MIER
QUINTANILLA QUISPE
PRADO SALDARRIAGA

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “vil”; debiendo decir: “civil”.

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 948-2005
JUNÍN

Lima, siete de junio de dos mil cinco.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Juan Román Marcelino Arge Chanca: de conformidad con la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurrente cuestiona la sentencia por los siguientes fundamentos: **i)** que para la imposición de la pena de inhabilitación no se ha tenido en cuenta su confesión sincera, y se ha puesto en riesgo su subsistencia; **ii)** que para fijar la reparación civil no se ha observado sus bajos ingresos económicos.

Segundo: Que se imputa al encausado Arge Chanca que en su calidad de Director del “Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca” se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la adquisición de dos computadoras.

Tercero: Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil -que no es una pena-, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delito es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; que de autos se advierte que el encausado Arge Chanca se apoderó de mil novecientos dólares destinados a la compra de computadoras para un centro educativo, lo que generó perjuicio tanto a la propia institución académica cuanto a los educandos; que, siendo así, el monto fijado por el Tribunal sentenciador por concepto de reparación civil se encuentra arreglado a ley.

Cuarto: Que, por otro lado, al acusado Arge Chanca se le impuso un año de pena privativa de libertad por la comisión del delito de peculado, el mismo que da lugar a que se aplique a su autor la pena conjunta, siempre de carácter principal, de inhabilitación conforme fluye del artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, cuya duración está en función a lo dispuesto por el artículo treinta y ocho del código acotado; que, en tal virtud, debe enmendarse el fallo en ese extremo y fijar la citada pena con arreglo al principio de proporcionalidad, según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en sentencia de fojas doscientos cincuenta y dos, su fecha veintinueve de octubre de dos mil cuatro, que condena a Juan Román Marcelino Arge Chanca por delito contra la administración pública -peculado- en agravio del Estado y del “Centro Educativo de Menores Técnico Industrial Veintisiete de Mayo de Quilca”, a un año de pena privativa de libertad, y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los agraviados en proporción de quinientos nuevos soles para cada uno; con lo demás que contiene; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto impone la pena accesoria de inhabilitación por un año; reformándola: **IMPUSIERON** la pena principal de inhabilitación de un año conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ**

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 1538-2005
LIMA

Lima, veinte de junio de dos mil cinco.-

VISTOS; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el agraviado Enrique Barrera Aramburú contra el auto superior de fojas seiscientos cuarenta y nueve, del veintiuno de enero de dos mil cinco; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que este Supremo Tribunal conoce del presente recurso por haber sido declarada fundada la queja interpuesta por el agraviado Barrera Aramburú, según se advierte de la Ejecutoria Suprema de fojas seiscientos cuarenta y nueve.

Segundo: Que la Juez del Séptimo Juzgado Penal de Lima por auto de fojas cuatrocientos veintiuno, del diecinueve de enero de dos mil cuatro, declaró procedente la desafectación del cincuenta por ciento del producto de la venta del certificado de participación de la Bolsa de la Valores de Lima solicitada por la sociedad conyugal formada por María Violeta Ríos Gamarra de San Cristóbal y el sentenciado Eduardo San Cristóbal Carrillo; que contra esta resolución recurrió en apelación el agraviado Barrera Aramburú conforme a su escrito de fojas cuatrocientos setenta, la que fue concedida por auto de fojas cuatrocientos setenta y seis, del veintisiete de enero de dos mil cuatro; que, sin embargo, el Superior Tribunal no absolvió el grado por estimar que el impugnante carecía de legitimación para recurrir, y a su vez mediante auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro, declaró improcedente el recurso de apelación y nulo el concesorio del mismo.

Tercero: Que el agraviado Barrera Aramburú en su recurso de nulidad de fojas quinientos ochenta y seis cuestiona la decisión del Tribunal Superior alegando que en la etapa de ejecución del proceso no es necesaria la constitución en parte civil, la cual -según entiende- se limita al proceso declarativo.

Cuarto: Que, en efecto, como ya ha sido establecido por esta Suprema Sala al amparar el presente recurso de queja, no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor; que la constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que sólo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos cincuenta y siete y cincuenta y ocho del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría -como se hizo- el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional (ver: artículo ciento treinta y nueve, apartado tres de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que a ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo, respecto del cual, por cierto, debe tenerse en cuenta lo declarado y ejecutado en sede civil.

Quinto: Que como el Superior Tribunal no absolvió el grado pronunciándose sobre el fondo del asunto e indebidamente negó legitimación al recurrente, incurrió en la causal de nulidad prevista por el apartado uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.

Por estos fundamentos: declararon **NULO** el auto de vista de fojas quinientos setenta y ocho, del veintinueve de abril de dos mil cuatro; en consecuencia, **ORDENARON** que el Tribunal Superior se pronuncie sobre el fondo del asunto; en el proceso -fase de ejecución- seguido contra Eduardo San Cristóbal y otros por delito de estafa y otro en agravio de Enrique Barrera Aramburú y otros; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA****ACUERDO PLENARIO Nº 2-2005/CJ-116**

(Publicado el 26 de noviembre de 2005)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: REQUISITOS DE LA SINDICACIÓN DE COACUSADO, TESTIGO O AGRAVIADO**

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones

específicas- con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan el valor de las sindicaciones de coimputados, testigos y agraviados, a los efectos de tener por enervada la presunción de inocencia de los imputados que son señalados como autores del delito y justificar la declaración de judicial de culpabilidad.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los Señores San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. Dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2º, numeral 24, literal d), de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, que dispone que los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados por los jueces con criterio de conciencia. Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas

y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- o de la sana crítica, razonándola debidamente.

- 7º. La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283º del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba -de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados -en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible-, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.
- 8º. Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aún cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial -no existe por ese hecho descalificación procedimental-, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan, situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho, que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.
- 9º. Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:
 - a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su

testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

- b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
- c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

10º. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

- 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.

- 11º. Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

III. DECISIÓN

- 12º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 13º. **ESTABLECER** como reglas de valoración de las declaraciones de coimputados y agraviados -testigos víctimas- las que se describen en los párrafos 9º y 10º del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con las prevenciones señaladas en el párrafo 11º, constituyen precedentes vinculantes.
- 14º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 15º. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE
Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA****ACUERDO PLENARIO Nº 3-2005/CJ-116**

(Publicado el 26 de noviembre de 2005)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ**

***ASUNTO:* INTERVENCIÓN DE TRES O MÁS
AGENTES. ALCANCES DEL ART. 297º.6 CP.**

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones

- específicas-, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvió presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza la exigencia de concertación o acuerdo previo para realizar el hecho punible de tráfico ilícito de drogas. Se trata de precisar los alcances del inciso 6º del artículo 297º del Código Penal.
 - 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
 - 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. La primera parte del inciso 6 del artículo 297º del Código Penal, modificado por la Ley 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, conmina con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, cuando el delito de tráfico ilícito de drogas “...es cometido por tres o más personas...”.
- 7º. El objeto de la norma antes descrita es sancionar con severidad -por su carácter agravado- a quienes participan en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en tanto integran un conjunto de tres o más personas. A este respecto es de destacar y señalar que:

- a) La sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo 297^º.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal).
- b) La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297^º del Código Penal.
- c) Es entonces el conocimiento, según las pautas ya descritas, un elemento esencial que debe estar presente y ser ponderado por el órgano jurisdiccional. Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen -o necesariamente intervendrán- por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante.
- d) La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297^º del Código Penal.

III. DECISIÓN

- 8^º. En atención a lo expuesto, el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas al amparo de lo dispuesto por el artículo 116^º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 9º. ESTABLECER** como reglas de interpretación del artículo 297º.6 del Código Penal, las que describen en el párrafo 7º del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dicho párrafo, constituye precedente vinculante.
- 10º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 11º. PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber:-

S.S.

**SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA****ACUERDO PLENARIO Nº 4-2005/CJ-116**

(Publicado el 26 de noviembre de 2005)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º T.U.O. L.O.P.J.*****ASUNTO:* DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA
DEL DELITO DE PECULADO. ART. 387º C. P.**

Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco.-

Los Vocales Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301º - A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo número 959, y 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para efectos -sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo

- examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas y con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala Penal, un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal antes citado, y, por consiguiente permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal -Delitos contra la Administración Pública.
 - 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la Complejidad y amplitud del Tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
 - 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Gonzáles Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El artículo 387º del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”*; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como *“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...”*; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes

precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes “*Si los caudales o efectos estuvieran destinados afines asistenciales o a programas de apoyo social...*” (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993).

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 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.

Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

7º. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

- a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
- b) *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

- c) *Apropiación* o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
- d) El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.
- e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

- 8º. Respecto a la *conducta culposa*, es de precisar que dicha figura no esta referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, *se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público*. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, *no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente*.
- 9º. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:
- a) *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

- b)** *La culpa del funcionario o servidor público.* Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. *Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.*

III. DECISIÓN

- 9º.*** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDÓ:

- 10º. ESTABLECER** como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6º, 7º y 8º del Presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculante.
- 11º. PRECISAR** que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 12º. PUBLICAR** este acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA**

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “9º., 10º., 11º. y 12º.”; debiendo ser: “10º., 11º., 12º. y 13º.” respectivamente.

**MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO**

Acuerdos Plenarios (2006)

55

2. Acuerdos Plenarios del 2006

2.1.

Acuerdo Plenario Nº 1-2006/ESV-22

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2006/ESV-22

(Publicado el 29 de diciembre de 2006)

**DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS
JURISPRUDENCIALES ART. 22º TUO LOPJ
ASUNTO: EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES**

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. En el presente caso, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

- 3º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondía analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
- 4º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutive del presente Acuerdo Plenario.

Se designó como ponente al Señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 5º. El artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22º, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.
- 6º. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

- 7º. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de tres Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:
- a) Los alcances típicos del delito de colaboración terrorista, estatuido en el artículo 4º del Decreto Ley número 25475.
 - b) Los presupuestos materiales de la prueba indiciaria, necesarios para enervar la presunción constitucional de inocencia.
 - c) La noción de juez legal, la competencia territorial y la asunción de la concepción de ubicuidad restringida para la determinación del lugar de comisión del delito.

III. DECISIÓN

- 8º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 9º. **ORDENAR** la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.
- 10º. En consecuencia, **constituyen precedentes vinculantes:**
- 1º) Recurso de Nulidad Nº 1450-2005/Lima, sexto fundamento jurídico.
 - 2º) Recurso de Nulidad Nº 1912-2005/Piura, cuarto fundamento jurídico.
 - 3º) Recurso de Nulidad Nº 2448-2005/Lima, sexto y séptimo fundamento jurídico.
- 11º. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano” y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.-

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI**

EJECUTORIAS SUPREMAS ANEXAS

2.2.1.

Recurso de Nulidad Nº 1450-2005/Lima

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. Nº 1450-2005
LIMA

Lima, treinta y uno de agosto de dos mil cinco.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR y por el PROCURADOR PÚBLICO contra la sentencia absolutoria de fojas tres mil doscientos veinte y ocho, del diecisiete de febrero de dos mil cinco; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que en la sentencia recurrida de fojas tres mil doscientos veinte y ocho, del diecisiete de dos mil cinco, la Sala Penal Nacional: **a)** declaró *improcedente* las tachas contra diversas diligencias preliminares y la excepción de cosa juzgada; **b)** *absolvió* a Vasty Miriam Lescano Ancieta, Amaro Sánchez Juárez, Rafael Fortunato Ovalle Vargas, Víctor Campos Bullón, Diana Ivonne Suárez Moncada y Javier Érico Suárez Moncada de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colaboración terrorista -inciso 'b' del artículo cuatro del Decreto Ley número veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco- en agravio del Estado; y, **c)** *reservó* el juzgamiento a los ausentes Víctor Liberato Palacios Mendoza y Jerónimo Guevara Medina.

Segundo: Que el señor Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas tres mil doscientos setenta y siete cuestiona el extremo absolutorio de la indicada sentencia dictada a favor de seis acusados; que respecto a la acusada Lescano Ancieta, esposa del líder senderista Cox Beuzeville, sostiene que no se ha valorado que tiene dos condenas por delito de asociación terrorista, que ocultó su identidad, que utilizó testaferros para alquilar viviendas en las que residía con su marido -intensamente buscado por la autoridad-, que utilizó personas para matricular a su hijo en un colegio particular con un nombre falso, y que realizó pagos por considerables montos, sin justificar sus

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "mi"; debiendo decir: "mil".

ingresos económicos; que, en cuanto a Diana Ivonne Suárez Moncada, acota que es autora del manuscrito “Heroísmo revolucionario” -situación que se ha determinado pericialmente-, que la testigo Beatriz Guadalupe Vivanco señaló que ella llenó la ficha de inscripción del hijo de Cox y Lescano después de haber pagado la matrícula, y que su domicilio fue objeto de vigilancia por la Policía a raíz de lo cual fue intervenido; que, en lo atinente a Amaro Sánchez Juárez, señala que, en sede preliminar y sumarial, reconoció que colaboró con Sendero Luminoso, en escuelas populares y elaboración de volantes, y en el plenario admitió que apoyó a dicha organización en tres oportunidades aunque bajo amenazas; que, en lo concerniente a Rafael Fortunato Ovalle Vargas, apunta que reconoció haber sido captado por Sendero Luminoso, que realizó trabajos en el mimeógrafo de la empresa donde laboraba, que guardaba paquetes que le entregaban tres individuos de Sendero Luminoso, a cuyo efecto enterró un cilindro cubierto con madera y plásticos, situación que concuerda con el dicho de un arrepentido de clave A uno A cero cero cero cinta y cuatro y, también, con lo declarado por Amaro Sánchez Juárez; que, en relación a Víctor Campos Bullón, afirma que es integrante del grupo de apoyo partidario, en su domicilio se realizaban varias reuniones de coordinación y brindó alojamiento a Cox Beuzeville con quien estuvo recluso en la cárcel; que, en lo atinente al acusado Javier Erico Suárez Moncada -a quien se le encontró un volante de propaganda de Sendero Luminoso cuando se intervino su vivienda-, alega que está probado que mintió cuando afirmó no conocer a Cox Beuzeville, con quien estuvo preso, tanto más si este último, declaró lo contrario.

Tercero: Que el Procurador Público en su recurso formalizado de fojas tres mil doscientos ochenta y cinco, estima que la Sala Superior no compulsó adecuadamente las pruebas y elementos de cargo que sustentan la responsabilidad de los imputados; que acerca de Lescano Ancieta agrega que fue ella quien asumió el cargo de responsable del Comité Metropolitano de Sendero Luminoso luego de la captura de Guzmán Reynoso, que sus ingresos económicos no tienen justificación, que fue condenada por delito de terrorismo y que la sindica el arrepentido de clave A uno A cero cero cero sesenta y cuatro; que de igual manera, el acusado Amaro Sánchez Juárez admitió sus vinculaciones con Sendero Luminoso, que no ha sido víctima de maltrato y en su domicilio se encontró documentación de Sendero Luminoso, y que lo relacionan con elementos terroristas Rafael Ovalle Vargas y el arrepentido antes citado; que estima que Rafael Ovalle Vargas refirió su participación en los hechos, no presenta lesiones y Amaro Sánchez también lo vinculó en los mismos; que entiende que los hermanos Suárez Moncada -a tenor de la prueba documental apartada- prestaron colaboración a Cox Beuzeville para mantenerlo en la clandestinidad.

Cuarto: Que en la acusación fiscal de fojas veinte y tres mil trescientos diez, desde una perspectiva general, se imputa a los seis acusados absueltos -y a otros dos ausentes- la realización de diversos actos de colaboración a favor de integrantes de Sendero Luminoso a efectos de que perpetren acciones a favor de dicha organización, y acto seguido detalla los cargos conforme a lo que se expondrá a continuación; que la acusada Lescano Ancieta se cambió de identidad, alquiló dos predios con nombre falso -lo que se prueba con la prueba documental incautada-, en el que residía en la clandestinidad con su esposo, el líder senderista Cox Beuzeville, a quien se capturó luego de un seguimiento por las Fuerzas del Orden; que el imputado Sánchez Juárez reconoció su vinculación con miembros de Sendero Luminoso, apoyó con ropa, dinero y actos de proselitismo a favor de la referida organización, que además vinculó a Sendero Luminoso a Ovalle Vargas y otros, así como que en su domicilio se encontró un folleto de Sendero Luminoso, lo que se corrobora con las declaraciones de Ovalle Vargas y Ostos Cochachi; que el encausado Ovalle Vargas reconoció haber realizado actos de apoyo a Sendero Luminoso reproduciendo volantes en un mimeógrafo, que en su casa guardaba cosas que le entregan a tres terroristas, las que ocultaba en un hueco que se hizo al efecto -en el silo incluso se halló accesorios para limpieza de armamentos-, versión a la que se agrega las exposiciones de Sánchez Juárez y del arrepentido de clave número A uno A cero cero cero sesenta y cuatro; que la acusada Suárez Moncada, al intervenir en su domicilio, se incautó una hoja de papel escrito a mano con el título “Heroísmo revolucionario ...”, que proviene de su puño gráfico; asimismo, fue quien matriculó al hijo de Cox Beuzeville y pagó su matrícula, a cuyo efecto le cambió de nombre; que Erico Suárez Moncada, hermano de la acusada anteriormente citada, ocultaba en su habitación documentación de Sendero Luminoso, el mismo que estuvo en prisión conjuntamente con Cox Beuzeville; que el acusado Campos Bullón es sindicado por Amaro Sánchez Juárez como el que lo captó para colaborar con Sendero Luminoso y que su nombre de masa era “Juan”.

Quinto: Que la sentencia recurrida de fojas tres mil doscientos veintiocho no sólo no incorpora íntegramente los cargos expuestos en la acusación fiscal de fojas veinte y tres mil trescientos diez -existen omisiones referentes, en concreto, a los cargos por colaboración económica y logística a Sendero Luminoso, lo que es notorio en el caso del acusado Sánchez Juárez, quien incluso habría aportado dinero a la organización- [véase el primer extremo del fundamento jurídico segundo], sino que en los fundamentos jurídicos tercero a octavo inclusive realiza una inadecuada e insuficiente valoración probatoria -aislando el aporte de cada uno de los imputados- y de interpretación del tipo penal objeto de acusación, por lo que es de rigor aceptar la pretensión impugnatoria de la Fiscalía y de la Procuraduría; que respecto a la acusada Lescano Ancieta se omitió valorar no sólo que utilizó documentos falsos, sino

que prestó cobertura a su esposo como líder de Sendero Luminoso para que se mantenga en la clandestinidad -incluso registra un movimiento bancario que no ha justificado- y que como consecuencia de sus acciones, plenamente concertadas con él -además con obvio conocimiento de su condición de tal, más aún si también ha sido condenada por delito de terrorismo-, le prestó asistencia para el sostenimiento y favorecimiento de su actividad terrorista, situación que supera actos típicos de encubrimiento impunes -como equivocadamente ha sido calificada por el Tribunal de Instancia- y que más bien se subsume en una conducta deliberada de colaboración terrorista; que la propia sentencia en el caso del acusado Sánchez Juárez reconoce que apoyó a Sendero Luminoso con dinero, así como intervino en la impresión de volantes de propaganda de esa organización, incluso se encontró en su poder un folleto de Sendero Luminoso con dinero, así como intervino en la impresión de volantes de propaganda de esa organización, incluso se encontró en su poder un folleto de Sendero Luminoso proporcionado por uno de sus militantes; que, en cuanto al acusado Ovalle Vargas, la prueba de cargo actuada acreditada que apoyó en la impresión de volantes de Sendero Luminoso y, a instancia de asociados a dicha organización, guardó bienes de aquéllos -el acta de registro de domicilio de fojas novecientos trece establece que se encontró accesorios de limpieza de armamento-; que el acusado Javier Erico Suárez Moncada está vinculado a Cox Beuzeville, con quien estuvo preso por delito de terrorismo, y al que se le encontró un volante de Sendero Luminoso, así como que su hermana Diana Ivonne Suárez Moncada -cuyo análisis de vinculación al objetivo común no puede realizarse aisladamente- fue quien matriculó al hijo de Cox Beuzeville, pago su matrícula y en su poder se encontró el poema “Heroísmo revolucionario”.

Sexto: Que es de precisar que el tipo penal previsto en el artículo cuatro del Decreto Ley veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, castiga supuestos de colaboración genéricas -más allá que, luego del primer párrafo, la norma penal identifique concretos supuestos de colaboración-, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de una organización terrorista -como Sendero Luminoso-, en cuya virtud los agentes delictivos voluntariamente y a sabiendas de su finalidad ponen a disposición de la organización y de sus miembros determinadas informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura, servicios o depósitos de cualquier tipo, que la organización obtendrá mas difícilmente -o, en determinados casos, les sería imposible obtener- sin dicha ayuda externa -el tipo subjetivo, el dolo en este delito, implica tener conciencia del favorecimiento y de la finalidad perseguida por el mismo-; que en estos aportes externos, al margen de la adhesión ideológica a la organización terrorista no exigidos por el tipo penal, radica la esencia de este delito, cuyo primer párrafo castiga, alternativamente, tanto al que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios, cuanto al que realiza actos de colaboración -identificados en el párrafo

siguiente-, en la medida en que -de cualquier modo- favorezcan la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de la organización terrorista; que si bien es cierto el conjunto de hechos objeto de imputación se tipificaron en un supuesto específico, incorporado en el literal b) del artículo cuatro del Decreto Ley número veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco, que sólo recoge los actos de cesión o utilización de alojamiento de elementos terroristas y los de depósito de bienes a favor de la organización terrorista, el mismo que no se encuadra en la conducta que se imputa a alguno de ellos, aunque podrían importar supuestos de colaboración terrorista genérica previstas en el primer extremo del párrafo inicial del artículo cuatro antes citado o, en todo caso, en función a la prueba actuada, delito de asociación terrorista -que sería de rigor tener presente con arreglo a la jurisprudencia consolidada de esta Suprema Sala-, a cuyo efecto sería menester que en el momento procesal oportuno se haga uso de la facultad que el apartado dos del artículo doscientos ochenticinco -A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve, confiere al juzgador.

Séptimo: Que, en consecuencia, es de aplicación el artículo trescientos uno *in fine* del Código de Procedimientos Penales, en tanto que el Tribunal sentenciador no efectuó una debida apreciación de los hechos materia de acusación, ni se valoró adecuadamente la prueba actuada en el proceso.

Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas tres mil doscientos veinte y ocho, del diecisiete de febrero de dos mil cinco, en cuanto absuelve a Vasty Miriam Lescano Ancieta, Amaro Sánchez Juárez, Rafael Fortunato Ovalle Vargas, Víctor Campos Bullón, Diana Ivonne Suárez Moncada y Javier Érico Suárez Moncada de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colaboración terrorista -inciso "b" del artículo cuatro del Decreto Ley veinte y cinco mil cuatrocientos setenta y cinco- en agravio del Estado; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado, debiéndose tener presente lo expuesto en el sexto fundamento jurídico de la presente Ejecutoria, así como adicionalmente se cite al debate oral a los testigos de clave A uno A cero cero cero cero sesenta y cuatro y A uno A cero cero cero cero cuarenta y seis; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ**

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº 1912 -2005
PIURA

Lima, seis de septiembre de dos mil cinco.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Agustín Eleodoro Romero Paucar contra la sentencia de fojas quinientos cuarenta y seis, su fecha doce de abril de dos mil cinco; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo penal; por sus fundamentos pertinentes; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el acusado Romero Paucar en su recurso formalizado a fojas quinientos sesenta y uno indica que no existe la certeza de su responsabilidad penal en los presentes hechos, ya que los testigos de Datila Vigil Romero, Rómulo Izquierdo Rivera, Rosario Vigil Romero, Darbi Valdivieso Vigil, Juan Castro Aguilera, Eberth Reyes Tuse, Rule Pesantes Yangua, y Carmen Amelia Yangua Landacay coinciden en afirmar que el recurrente se encontraba en el lugar distinto de los hechos que ocasionaron la muerte de Segundo Humberto Mantilla Bautista; agrega además que no se tomó en cuenta que la pericia de absorción atómica no arroja positivo para los tres elementos indispensables para determinar que una persona efectuó algún disparo.

Segundo: Que el cargo contra el acusado Romero Paucar por el delito homicidio calificado sólo se basa en la testimonial de Pedro Carvajal Nonajulca de fojas trescientos sesenta y tres, quien expresa que viajó juntamente con el occiso agraviado hasta Ayabaca, que éste le manifestó que en el ómnibus venía una persona a quien había intervenido por posesión de drogas pero no le preciso de quien se trataba que las declaraciones de Pedro Loayza Flores, Santos Romero Vega, Datila Vigil Romero e Hipólito Saavedra de Cocha sólo hace referencia a situaciones anteriores o posteriores sin hacer referencia a la participación del encausado en el hecho sobre el cual se le acusa.

Tercero: Que, al respecto, cabe indicar, en *primer lugar*, que el acusado sostiene que desconocía que el agraviado llevaba la investigación en su contra (lo que no es motivo suficiente para acreditar la comisión del hecho delictivo); que, en *segundo lugar*, que el no acreditar con exactitud dónde se encontraba

al momento de los hechos tampoco permite establecer la responsabilidad penal que se le imputa; que, en *tercer lugar*, el arma que se le encontró es un revólver “Ruger” calibre treinta y ocho especial -ver pericia balística forense de fojas cuatrocientos setenta y cuatro-, mientras que las balas que causaron el deceso del agraviado corresponde a un proyectil para cartucho de pistola calibre nueve milímetros - Parabellum, de plomo encamisado con un peso de ocho punto dos gramos, por lo que no existe similitud entre los proyectiles y el arma en cuestión; que, en *cuarto lugar*, la pericia de absorción atómica de fojas cuatrocientos ocho que se le practicó al acusado arroja sólo la presencia de plomo, más no de antimonio y bario.

Cuarto: Que, según lo expuesto inicialmente, la Sala sentenciadora sustentó la condena en una evaluación de la prueba indiciaria, sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [*Asuntos Pahn Hoang contra Francia*, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y *Telfner contra Austria*, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, **(a)** éste -hecho base- ha de estar plenamente probado -por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, **(b)** deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, **(c)** también concomitantes al hecho que se trata de probar -los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y **(d)** y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia -no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí-; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos -ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar- pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera -esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la

Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe-; que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

Quinto: Que, en el presente caso, no se ha desvirtuado fehacientemente la presunción de inocencia y por ende no está acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Paucar por el delito de Homicidio Calificado, ya que del análisis de las pruebas aportadas en el proceso sólo se tiene la mera sospecha de que el acusado pudo haber sido el autor del homicidio; que a partir de esas referencias, débiles en sí mismas, estimar que atentó contra la vida de una persona -indicio de móvil delictivo-, sin mayores datos periféricos adicionales -y debidamente enlazados- en orden a su presencia u oportunidad física para la comisión del delito, a la oportunidad material para hacerlo, a una actitud sospechosa o conducta posterior; y a una mala justificación -que no han sido acreditadas-, son evidentemente insuficientes para concluir que el acusado mató al agraviado.

Sexto: Que, en tal virtud, ante la insuficiencia probatoria, es de aplicación el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, y al amparo del artículo trescientos, primer párrafo, del Código acotado corresponde dictar sentencia absolutoria por delito de homicidio.

Séptimo: Que, con respecto al delito de tenencia ilegal de armas, se encuentra acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Paucar, puesto que se halló en su poder dos armas sin contar con licencia respectiva, conforme se aprecia del acta de registro domiciliario de fojas doscientos treinta.

Octavo: Que dada la forma y circunstancias en que se cometió el delito, y al absolversele del delito de homicidio, la pena debe disminuirse prudencialmente ya que la misma resulta excesiva para el delito de tenencia ilegal de armas.

Por estos fundamentos: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia de fojas quinientos cuarenta y seis, su fecha doce de abril de dos mil cinco, que **condena** a Agustín Eleodoro Romero Paucar como autor del delito de tenencia ilegal de armas en agravio del estado, y fija en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado; **II. Declararon HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia que **condena** a Agustín Eleodoro Romero Paucar por delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista, y en cuanto le impone doce años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene al respecto; reformándola: **ABSOLVIERON** a Agustín Eleodoro Romero Paucar

de la acusación formulada en su contra por delito de homicidio agravado en agravio de Segundo Humberto Mantilla Bautista; en consecuencia **MANDARON** archivar provisionalmente el proceso, y de conformidad con lo preceptuado por el Decreto Ley veinte número mil quinientos setenta y nueve: **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de este delito; y le **IMPUSIERON** seis años de pena privativa de libertad por el delito de tenencia ilegal de armas, que con descuento de la carcelería que viene sufriendo vencerá el veinte de abril de dos mil diez; **III.** Declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ**

2.2.3.

Recurso de Nulidad Nº 2448-2005/Lima

SALA PENAL PERMANENTE
EXP. No. 2448-2005
LIMA

Lima, doce de septiembre de dos mil cinco.-

VISTOS; oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por el PROCURADOR PÚBLICO A CARGO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, contra el auto de fojas seis mil doscientos seis, de fecha trece de junio de dos mil cinco, que declara fundada la excepción de declinatoria de competencia deducida a fojas cinco mil cuatrocientos noventa y uno por el encausado Antauro Igor Humala Tasso y otros, y por los demás imputados en esta causa conforme aparece de autos; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y

70

CONSIDERANDO:

Primero: Que el Procurador Público en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos veintiséis alega que el principio del juez natural es la regla general para los procesos normales pero éste es uno de carácter excepcional, por lo que debe aplicarse la institución de “transferencia de competencia”, que el Colegiado Superior desestimó por no haber sido solicitada; que, al respecto, sostiene que los artículos treinta y nueve a cuarenta y uno del nuevo Código Procesal Penal (vigente desde el tres de abril de dos mil cinco) que regula dicha institución procesal no son limitativos ya que al establecer que “...*el Fiscal como las partes procesales pueden solicitar la transferencia...*”, no impide al Juez -dada la cuestión de competencia en cualquiera de sus tres figuras planteadas por uno de los sujetos procesales- al resolver acerca de la competencia aplicar las reglas instituidas para el cambio de radicación del proceso, esto es, la transferencia de competencia; agrega que si bien es cierto tales dispositivos entraron en vigencia después de ocurrido los hechos, se debe tener presente que las normas procesales se aplican desde su entrada en vigencia incluso a los procesos en trámite.

Segundo: Que de autos aparece que a raíz de los graves sucesos ocurridos entre el uno y el cuatro de enero del presente año en la Provincia de Andahuaylas, Departamento de Apurímac, con fecha catorce de enero del año en curso se formuló el Atestado Policial número cero cero uno - dos mil cinco - PNP - DIRCOTE

- DIVITIR - DEPITAC - S/A contra Antauro Igor Humala Tasso y otras ciento setenta y ocho personas por delito contra la tranquilidad pública - terrorismo en agravio del Estado, integrantes según la Policía de la “Organización Violentista Humala” o “Movimiento Etnocacerista” o “Movimiento Nacionalista Peruano” -calificada como una asociación ilícita-, quienes -previos actos preparatorios y de movilización de sus asociados, y bajo la conducción de Antauro Igor y Ollanta Moisés Humala Tasso- entre las cuatro horas del uno de enero de dos mil cinco hasta las siete y treinta de la noche del cuatro de enero de este año provocaron una situación de grave alarma social en la ciudad de Andahuaylas, tomaron por asalto la Comisaría Sectorial, victimaron a cuatro efectivos policiales, lesionaron por proyectiles por arma de fuego a siete efectivos policiales, secuestraron a veintitrés integrantes de las Fuerzas del Orden -entre ellos cuatro miembros del Ejército- y los mantuvieron en calidad de rehenes, se apoderaron del armamento de la Policía Nacional, sustrajeron bienes públicos y privados, y destruyeron e inutilizaron las instalaciones de la Comisaría y cuatro unidades móviles oficiales; que a estos efectos Antauro Humala Tasso se trasladó de Lima a Andahuaylas en un vehículo particular, y se contrataron dos ómnibus de la empresa “Wari” para trasladar a parte de los demás integrantes desde Nazca a Andahuaylas.

Tercero: Que la señora Fiscal de la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial formalizó denuncia a fojas tres mil novecientos cincuentidós por los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego y rebelión, pero no lo hizo por delito de terrorismo, tampoco promovió acción penal contra Ollanta Moisés Humala Tasso -a cuyo efecto dispuso la ampliación de las investigaciones preliminares-, y excluyó a varios implicados por diversos delitos; que la citada denuncia formalizada precisa, como datos fácticos relevantes, entre otros, **(a)** que el imputado Antauro Humala Tasso habría convocado con fecha treinta y treinta y uno de diciembre del año dos mil cuatro a los denunciados a una conferencia de lineamientos políticos de su movimiento en las instalaciones del local de la Casa del Maestro de la ciudad de Andahuaylas, a cuyo efecto los denunciados viajaron desde varios puntos del país y se hospedaron en distintos hoteles y casas particulares de esa localidad; **(b)** que al promediar las cuatro horas del día uno de enero del presente año Antauro Humala Tasso y los primeros noventa y cinco denunciados se reúnen en el frontis del Hotel Central, ubicado en la segunda cuadra de la Avenida Andahuaylas, y de allí marchan hacia la Comisaría interceptando incluso a una unidad policial; **(c)** que al llegar al frontis de la Comisaría Antauro Humala Tasso y unos veinte individuos, vestidos de militares -ropa de camuflaje- ingresan violentamente al recinto policial, reducen al personal policial -los toman de rehenes-, se apoderan de las armas de fuego y demás pertrechos militares; y, **(d)** acto seguido un grupo de los denunciados se dirigen al Cuartel Militar Los Chancas, pero en el camino se desisten y regresan a la Comisaría, donde

hacen barricadas, produciéndose ulteriormente enfrentamientos armados; que, señala la Fiscal, al sustentar públicamente que los fines de su acción era obligar la renuncia del Presidente de la República y del Gabinete Ministerial, y al alzarse en armas habrían buscado modificar el orden constitucional, por lo que concurrentemente han cometido el delito de rebelión; que esos hechos -tal como han sido descritos por la representante del Ministerio Público- han sido asumidos por el Juez Penal -del Juzgado de Turno Permanente de Lima- al dictar el auto de apertura de instrucción de fojas tres mil novecientos noventa y cuatro, del quince de enero último, causa que luego fue derivada al Juez del Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima.

Cuarto: Que conforme es de verse del escrito de fojas cinco mil quinientos veinticuatro, del cuatro de febrero de dos mil cinco, el encausado Antauro Humala Tasso y otros procesados plantearon declinatoria de competencia ante el citado Trigésimo Octavo Juzgado Especializado de Lima, al amparo del artículo veintisiete del Código de Procedimientos Penales a fin de que la causa se remita al Juez Penal de Andahuaylas, ya que fue en el ámbito territorial del citado Juez donde ocurrieron los hechos; invocan asimismo lo prescrito en el numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental y la primacía del principio del juez natural, en tanto que, a su juicio, mantener la causa en Lima atenta contra el debido proceso.

Quinto: Que el Juez del Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima cumplió con el trámite previsto por el artículo veintisiete del Código de Procedimientos Penales, pues afirmó su competencia y elevó al Superior Tribunal el informe de fojas seis mil ciento cuarenta y cuatro; que en dicho informe expone que no se ha vulnerado el principio de juez natural, ya que la causa le fue enviada a su Despacho observando estrictamente las disposiciones existentes en materia de distribución de causas sin soslayar que la Ley Orgánica del Poder Judicial permita la distribución por especialidades al reglamentar la competencia funcional, encontrando asidero legal en la Resolución Administrativa número cero sesenta y ocho-CME-PJ; agrega que si bien es cierto que los hechos sucedieron en Andahuaylas también lo es que las condiciones económicas y de logística son mejores en Lima; que no cabe duda que el presente caso reviste complejidad, tanto por el número de procesados -ciento cincuenta inculpadoscuanto por la gravedad de los hechos acaecidos y su repercusión en la vida nacional; que el Órgano Jurisdiccional deberá contar con las condiciones materiales, logísticas que permitan asegurar las garantías establecidas en el artículo ciento treinta y nueve de la Carta Magna; que similares argumentos han sido esgrimidos por el Señor Fiscal Superior en su dictamen de fojas seis mil ciento sesentitrés y por la señora Fiscal Suprema, aunque apuntan que dada la especial gravedad y complejidad del proceso corresponde su conocimiento al Juez de Lima, tanto más si el Decreto Legislativo novecientos cincuentinueve,

al modificar el artículo dieciséis del Código de Procedimientos Penales, prevé que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial puede instituir un sistema específico de competencia penal en casos como los que son materia de decisión; además, se invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente mil setentiséis-dos mil tres-HC/TC.

Sexto: Que, ahora bien, el segundo párrafo del numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra entre otras garantías procesales la del juez legal -denominado por un sector de la doctrina “juez natural”-, bajo el enunciado “*ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley...*”; que la predeterminación legal del juez no es otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se erigen en un auténtico presupuesto procesal, aún cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo -desde luego- que infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la Ley le atribuye el conocimiento de un caso, manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad.

Séptimo: Que lo que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción -o, mejor dicho, de competencia, aunque la primera es la denominación de la Ley Procesal Penal- es la definición del Órgano judicial en concreto -el Trigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima o el Juzgado Penal de Andahuaylas- que debe conocer, según las reglas de adscripción competencial territorial -denominadas “fueros” en la doctrina procesalista-, en tanto que los Juzgados Penales, y de Primera Instancia en general, tienen un ámbito territorial específico donde ejercen jurisdicción; que a estos efectos el artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros, denominados fuero preferente -en el caso del inciso uno: por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso- y fueros subsidiarios -cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, rigen los incisos dos al cuatro: lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado-; que es de enfatizar que no se trata de fueros equivalentes, sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley, de ahí que el previsto en el inciso uno, “*forum comissi delicti*” es el preferente, y los restantes son subsidiarios, es decir, se aplican ante la imposibilidad de los demás; que, desde el punto de vista material, para determinar el fuero preferente es de aplicación el artículo cinco del Código Penal, que instituye el principio de ubicuidad: “*El lugar de comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos*”; que desde esa perspectiva legal es de interpretar la norma en mención asumiendo una concepción de ubicuidad

restrictiva, en cuya virtud el factor decisivo a tomar en cuenta estriba en que, al menos, uno de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico -no el extra típico ni otros efectos- se produzca en un territorio determinado.

Octavo: Que, en el caso de autos, resulta evidente que más allá de los actos preparatorios, según el plan de los autores, y cuya sede territorial no ha sido precisada en el Atestado Policial ni en la denuncia formalizada del Fiscal, la conducta típica tuvo lugar en Andahuaylas y los resultados típicos igualmente se produjeron en ese lugar; que es de puntualizar que se imputan los delitos de homicidio calificado, secuestro, sustracción o arrebato de armas de fuego y rebelión -no está comprendido el delito de asociación ilícita, que podría merecer determinadas consideraciones singulares en orden al ámbito territorial-; que -desde la resolución de imputación judicial, dictada en concordancia en la denuncia formalizada del Ministerio Público- el alzamiento en armas con el propósito trascendente de modificar el régimen constitucional tuvo lugar en Andahuaylas, y las muertes, la efectiva privación de libertad de personas o secuestro y el apoderamiento de armamento, igualmente, tuvo lugar y el resultado se produjo en Andahuaylas; que, por tanto, no existe vínculo de conexión territorial con Lima, consecuentemente, es obvio que desde el fuero preferente el órgano judicial territorialmente competente es el de Andahuaylas, y así debe declararse.

Noveno: Que, como se anotó, las normas sobre competencia son de configuración legal, y éstas deben interpretarse en armonía con las exigencias constitucionales derivadas de la garantía genérica del debido proceso; que, en tanto se discute exclusivamente la determinación del órgano judicial que debe conocer la causa según las reglas de competencia predeterminadas por la Ley, es de tener presente -como se ha hecho- lo que estatuye el artículo diecinueve del Código de Procedimientos Penales; que la Procuraduría Pública afirmó la competencia del Juzgado de Lima sobre la base de la complejidad de la causa y que, de oficio, debía aplicarse las reglas sobre transferencia de competencia; que es claro que bajo supuestos excepcionales, constitucionalmente relevantes, es posible un cambio de radicación de un proceso, y con tal finalidad se han instituido las reglas de transferencia de competencia; que, empero, no sólo no es posible invocar de oficio esa institución procesal -pues la ley no lo autoriza- sino que en su caso la decisión sobre ese punto específico debe adoptarse con pleno respeto del principio de bilateralidad o del contradictorio y de la igualdad procesal; que, en estricto derecho, en la medida en que la transferencia de competencia no ha sido formalmente invocada por las partes legitimadas -y, por ende, se ha originado el incidente correspondiente-, y si procesalmente tampoco ha

integrado el tema objeto de la presente decisión, circunscrita a resolver -según los fueros ya descritos- a qué órgano judicial le corresponde el conocimiento originario de la instrucción, no es admisible un pronunciamiento sobre el particular.

Décimo: Que esta Suprema Sala es consciente de la complejidad y trascendencia del presente proceso, así como de los efectos de su decisión, sin embargo reitera que el objeto procesal del recurso es establecer el órgano territorialmente competente para conocerlo según las normas ordinarias predeterminadas por la Ley Procesal Penal; no se discute -ni puede hacerse con motivo de la presente excepción- si vistas determinadas consideraciones excepcionales resulta necesaria una transferencia de competencia, decisión que se adoptará en su momento -en el modo y forma de ley- cuando se promueva el incidente respectivo; que no son pertinentes las citas al nuevo texto del artículo dieciséis del Código de Procedimientos Penales, pues su aplicación está condicionada a la configuración de un sistema específico de competencia penal creado por una resolución del órgano de gobierno del Poder Judicial, lo que no se ha producido para casos como el presente; que, finalmente, tampoco es de recibo la invocación de la sentencia del Tribunal Constitucional en tanto que no se pronuncia sobre un caso equivalente al presente y su doctrina en nada afecta los criterios hermenéuticos que han sido expuestos en la presente resolución.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto recurrido de fojas seis mil doscientos seis, de fecha trece de junio de dos mil cinco, que declara **fundada** la excepción de declinatoria de competencia deducida a fojas cinco mil cuatrocientos noventa y uno por el encausado Antauro Igor Humala Tasso y otros, y por los demás imputados en esta causa conforme aparece de autos; y, en consecuencia, dispone que el proceso pase a conocimiento del Juez llamado por ley de la Provincia de Andahuaylas, por delitos contra la vida, el cuerpo y la salud -homicidio calificado- en agravio de Carlos Alberto Cahuana Pacheco y otros, violación de la libertad personal -secuestro- en agravio de Miguel Ángel Canga Guzmán y otros, peligro común -sustracción o arrebato de armas de fuego- en agravio de la Sociedad y contra los poderes del Estado y el orden constitucional -rebelión- en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 2-2006/CJ-116**

(Publicado el 29 de diciembre de 2006)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: COMBINACIÓN DE LEYES O UNIDAD
EN LA APLICACIÓN DE LAS LEYES**

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto

de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y se deciden por la aplicación del denominado principio de combinación de leyes y, alternativamente, del denominado principio de unidad en la aplicación de leyes. Entre ellas las Ejecutorias recaídas en las consultas número 69-2005/Ayacucho, del 11 de junio de 2005, y número 110-2005/Puno, del 28 de abril de 2006.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría de 10 votos por la primera posición: combinación de leyes contra 4 votos: unidad en la aplicación de la ley, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente del voto de mayoría al Señor Molina Ordóñez, y como redactor del voto de minoría al señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. Sin embargo, como excepción a este carácter irretroactivo surge el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política que establece la retroactividad de la *“Ley Penal más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”*, y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum*.
- 7º. En igual sentido, el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la norma *normarum*, estatuye que *“es principio y derecho de la función jurisdiccional: La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”*.

- 8º. Asimismo, el artículo seis del Código Penal prescribe que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible; empero, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Dicha disposición es conexas con el principio constitucional de la aplicación retroactiva de la Ley en cuanto le sea favorable al reo.
- 9º. Bajo esas premisas legales puede extraerse del texto de los citados preceptos que la ley penal aplicable a una relación jurídica será la que se encuentre vigente cuando sucedió la *quaestio facti* -como regla general- o, en su defecto, la que se promulgue con posterioridad siempre que sea más beneficiosa. Para establecer la mayor benignidad en la sucesión de leyes aplicables a un caso concreto -cuando concorra más de una ley desde el momento de ocurrido los hechos- debe efectuarse una comparación entre el contenido de los dispositivos que contengan y sobre ese mérito decidirse por la que sea más favorable al reo.
- 10º. Sin embargo, también es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al “*principio de combinación*” que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo.
- 11º. Es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer -dentro de las leyes penales- los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas -íntegramente- en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo.
- 12º. Cabe enfatizar que con ello no se esta creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se esta efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular -en sentido benéfico- la intervención penal.
- 13º. Por lo demás, el legislador ha consagrado el “*principio de combinación*” en la Exposición de Motivos del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, a cuyo efecto ha señalado que “*En acatamiento del artículo doscientos treinta y tres inciso siete de la Constitución Política [de mil novecientos setenta y nueve], se prescribe la aplicación de 'lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales' (artículo seis). De esta*

manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo siete, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas”.

III. DECISIÓN

14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por mayoría de 10 votos contra 4;

ACORDÓ:

15º. ESTABLECER como doctrina legal, respecto al principio de combinación de leyes, que es de aplicación en el conflicto de leyes penales en el tiempo, pudiendo escogerse lo más favorable de una y otra ley, siempre que sea más favorable al reo. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 10 a 13 de la presente Sentencia Plenaria.

16º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes para los magistrados de todas las instancias judiciales, y que, en todo caso, las Ejecutorias Supremas dictadas con anterioridad, en cuanto a la doctrina legal que consignaron, quedan modificadas conforme a los términos del presente Acuerdo Plenario.

17º. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
GONZÁLES CAMPOS
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
URBINA GAMBINI**

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES SIVINA HURTADO, SAN MARTÍN CASTRO, VALDÉZ ROCA Y CALDERÓN CASTILLO

Los señores Vocales Supremos que suscriben discrepan radicalmente de los fundamentos y sentido del voto mayoritario que antecede. Los motivos de nuestra discrepancia, redactados por el señor San Martín Castro, son los siguientes:

- 1º. La Constitución Política de 1993 en materia de aplicación temporal de la ley penal sustantiva consagra, en primer lugar, que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando ésta favorece al reo -artículo 103º, segundo párrafo-; y, en segundo lugar, que en caso de conflicto entre leyes penales se debe aplicar la ley más favorable al procesado -artículo 139º, literal 11)-. Ambas disposiciones constitucionales -vinculadas, a su vez, al principio limitador del *ius puniendi* que es el de legalidad (artículo 2º, numeral 24º, literal 'e', de la Ley Fundamental) y, dentro de él, a la denominada garantía '*criminal*', asociada entre otras a la exigencia genérica de prohibición de retroactividad (*lex praevia*)- consagran, de un lado y como regla general, el principio "*tempus regit actum*", y de otro lado, como excepción común al Derecho penal, la exigencia de ley previa que expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición -una ley penal de esas características sólo tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*- y que, a su vez, garantiza la vigencia material del principio de seguridad jurídica: sólo si una conducta está previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, sólo así puede acomodarse a la ley y disfrutar de seguridad en su posición jurídica.
- 2º. En este sentido, desarrollando en lo pertinente ambos preceptos constitucionales, el artículo 6º del Código Penal precisa: "*La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible [tempus commissi delicti]. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*". Es evidente, entonces, en *primer lugar*, que el conflicto ha de producirse entre dos o más leyes penales y no entre las diversas disposiciones de dichas leyes, esto es, entre la ley derogada y la nueva ley; y, en *segundo lugar*, que ni los preceptos constitucionales citados ni el mencionado artículo 6º del Código Penal estatuyen que debe aplicarse en caso de conflicto temporal los aspectos de las leyes opuestas que sean más favorables al acusado. Lo que en buena cuenta hace el voto mayoritario es 'crear' jurisprudencialmente

una tercera ley con disposiciones no incorporadas puntualmente en una norma con rango de ley, vista como totalidad o como unidad.

- 3º. La invocación a la exposición de motivos del Código Penal vigente no es de recibo, *primero*, porque si bien es válido y razonable utilizarla como un criterio que ayuda a la interpretación normativa, 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 lo expuesto en la exposición de motivos, en puridad, no se refiere al texto, tal y como fue aprobado, del artículo 6º del Código Penal. Éste hace mención, con palpable claridad, a la ley más favorable; no se refiere a los aspectos favorables de una ley para aplicarlos con relativa independencia del texto íntegro de la misma y, de ese modo, en comparación con la ley o leyes derogadas, ‘construir’ pretorianamente una disposición *ad hoc* para el caso concreto, vulnerando la vocación de generalidad de toda norma jurídica y, adicionalmente, el principio constitucional de separación de poderes. No se puede confundir, entonces, “ley” con “artículo de la ley”.
- 4º. En tal virtud, es de precisar que cuando se presenta un supuesto de conflicto de leyes penales en el tiempo ha de acogerse, como regla básica y fundamental, el principio de unidad de aplicación de la ley -criterio de alternatividad estricta de las leyes penales en conflicto-, de suerte que a los efectos de escoger la solución más favorable se ha de considerar como hipotéticamente coexistentes las leyes que se han sucedido desde el momento de la comisión del delito y deberá compararse in concreto o en bloque y aplicarse de manera completa -como un todo- la ley que permita la consecuencia menos gravosa -perspectiva de análisis referida al caso concreto- [El juez debe considerar paralelamente el resultado a que se llegaría con una y otra ley y aplicar la más benévola, debe referirse al caso que se juzga]. No es posible aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra -comixtión de ambas leyes- pues con ello el órgano jurisdiccional estaría creando una nueva ley o *lex tertia* que no existe con fragmentos de otras dos, asumiendo de ese modo funciones legislativas que no le competen y que la Constitución entrega al Congreso de la República, obviando además los criterios generales establecidos por el legislador.
- 5º. En la práctica jurisprudencial es frecuente la invocación a la aplicación de las disposiciones sobre prescripción y, simultáneamente, de los preceptos que regulan las penas conminadas en los tipos legales respectivos, lo que ha determinado que en muchos casos el órgano jurisdiccional ‘combine’ desde una perspectiva temporal las disposiciones respectivas de las leyes

en conflicto. Sin embargo, esa solución no es aceptable porque aún cuando se afirme la posibilidad de aplicar dos disposiciones de leyes penales diferentes -sólo factible, según esa concepción, en las denominadas '*leyes complejas divisibles*'-, en el caso de dos instituciones con diferente nivel de tratamiento y concepción jurídica no es posible tal fraccionamiento, y de hacerlo -como lamentablemente se viene haciendo- equivaldría a crear una tercera ley, lo cual está constitucionalmente prohibido -y así lo dicen los partidarios de esa concepción-; en este caso ni siquiera se aplica por separado cada clase de reacción penal según la fase de determinación que corresponda, sino que se combinan reglas jurídicas indivisibles pertenecientes a diferentes ámbitos jurídicos. Así las cosas, no se trata siquiera de una interpretación integrativa, sino de una creación judicial de una tercera ley.

- 6º. Por consiguiente, no cabe invocar el principio de combinación de leyes penales para resolver un conflicto de leyes penales en el tiempo. Nuestra Constitución y el Código Penal asumen la concepción de unidad de la aplicación de la ley penal material, esto es, el criterio de alternatividad estricta.

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
CALDERÓN CASTILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 3-2006/CJ-116**

(Publicado el 29 de diciembre de 2006)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ**

**ASUNTO: DELITOS CONTRA EL HONOR PERSONAL
Y DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN**

Lima, trece de octubre dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisprudencial de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la

coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para solucionar la colisión que puede presentarse entre el delito contra el honor -protección constitucional al honor y a la reputación- y el derecho constitucional a la libertad de expresión. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4208-2005/Lima, del 18 de octubre de 2005.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Supremas* analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Calderón Castillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. Los artículos 130º al 132º del Código Penal instituyen los delitos de injuria, difamación y calumnia como figuras penales que protegen el bien jurídico honor. El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva *objetiva*, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido *subjetivo* el honor importa la conciencia y el sentimiento que

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "Supremas"; debiendo decir: "Suprema".

tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos [en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia número 0018-1996-AI/TC, del 29.4.1997, que hace mención al honor interno y al honor externo, y llega a decir que la injuria, a diferencia de la difamación y la calumnia, sólo inciden el honor interno, que es muy subjetivo].

Este bien jurídico está reconocido por el artículo 2º, numeral 7), de la Constitución, y constituye un derecho fundamental que ella protege, y que se deriva de la dignidad de la persona -constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona. Su objeto, tiene expuesto el Tribunal Constitucional en la sentencia número 2790-2002-AA/TC, del 30.1.2003, es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión e información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso, puede resultar injuriosa o despectiva.

- 7º. Paralelamente, la Constitución, en su artículo 2º, numeral 4), también reconoce y considera un derecho fundamental común a todas las personas las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de sus miembros, no son sólo los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo. Desde luego, el ejercicio de este derecho fundamental -dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática [v.gr.: STEDH, Asunto Worm vs. Austria, del 29.8.1997, § 47]- modifica el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas objeto de imputación en sede penal han sido realizadas en el ejercicio de dichas libertades. Como es evidente, por lo general se presenta un problema entre la protección constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dada su relación conflictiva que se concreta en que el derecho al honor no sólo es un derecho fundamental sino que está configurado como un límite especial a las libertades antes mencionadas -tiene una naturaleza de libertad negativa, que en el Derecho penal nacional se aborda mediante la creación de los tres delitos inicialmente mencionados- [*“Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”*: segundo párrafo del numeral 4) del artículo 2º Constitucional]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad

de expresión y de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: **1)** deben estar expresamente fijadas por la ley; **2)** deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y **3)** deben ser necesarias en una sociedad democrática.

- 8º.** La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión -manifestación de opiniones o juicios de valor- y de información -imputación o narración de hechos concretos-, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro [ambos tienen naturaleza de derecho - principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.
- 9º.** Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión -paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación -si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero.

En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20º, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal "*El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho...*", es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad -falsedad o no- de las aludidas expresiones.

- 10º.** Un primer criterio, como se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la *esfera pública* -no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento-. Obviamente, la protección del afectado se relativizará -en función al máximo nivel de su eficacia justificadora- cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre -más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumento de los derechos de participación política-: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios.
- 11º.** El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En *primer lugar*, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones -con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen-, pues resultan impertinentes -desconectadas de su finalidad crítica o informativa- e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad.
- 12º.** En *segundo lugar*, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [el Tribunal Constitucional, en la sentencia número 0905-2001-AI/TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones -incluye apreciaciones y juicios de valor-; y, tratándose de hechos difundidos, para

merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes]. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta -dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad -dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la sentencia número 6712-2005-HC/TC, del 17.10.2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información].

No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador.

Es de destacar, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español -entre otras muchas, la sentencia número 76/2002, del 8.4.2002 (§ 3)- que ha puntualizado que el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguno, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor.

Para los supuestos de *reportaje neutral* el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se

extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aún cuando se exige la indicación de la persona -debidamente identificada- que lo proporciona [a éste se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determine quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

- 13º. Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor -que comprende la crítica a la conducta de otro- son imposibles de probar [el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas de cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional número 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002]. Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas -deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe -sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige.

III. DECISIÓN

- 14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 15º. **ESTABLECER** como doctrina legal, las reglas de ponderación precisadas en los párrafos 8 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

- 16º. PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contienen la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 17º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano. Hágase saber.-

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 4-2006/CJ-116**

(Publicado el 29 de diciembre de 2006)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ**

**ASUNTO: COSA JUZGADA EN RELACIÓN AL DELITO
DE ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR**

Lima, trece de octubre de dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisprudencial de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la

coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar la institución de la cosa juzgada respecto al delito de asociación ilícita para delinquir. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 4215-2004/Lima, del 5 de julio de 2005.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Supremas* analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Gonzáles Campos, San Martín Castro y Príncipe Trujillo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El diseño de un Estado Democrático de Derecho importa limitaciones al *ius puniendi* del Estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización.
- 7º. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14º, inciso 7), estatuye que: "*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento en cada país*".

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "Supremas"; debiendo decir: "Suprema".

- 8º. La Constitución Política del Estado en el artículo 139º, inc. 13, establece que: *“La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”*.
- 9º. El Código Penal en su artículo 78º, sobre las formas de extinción de la acción penal y la pena, señala: *“La acción penal se extingue...2) Por la autoridad de cosa juzgada”*. Esta norma hace referencia a la denominada *eficacia negativa* de la cosa juzgada, es decir, impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad; evita que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos en tanto se trate de un enjuiciamiento jurídico homogéneo.
- 10º. Más precisamente, el mismo Código en su artículo 90º afirma que: *“Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”*. Todas las resoluciones que ponen fin al proceso producen el efecto de cosa juzgada una vez firmes, precisión en la que se incluyen los autos de sobreseimiento en tanto se los considera como negación anticipada del derecho de penar del Estado.
- 11º. Desde el punto de vista procesal, el artículo 5º del Código de Procedimientos señala: *“Contra la acción penal puede deducirse las excepciones...de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona”*.

Ello significa, en cuanto a los *límites subjetivos* de la cosa juzgada, que la única identidad que cabe entender es la pasiva o del condenado, esto es, a quien se le atribuye el hecho punible materia de condena firme -nunca la activa o del acusador- [en el proceso penal se busca la declaración de que existe el deber y el derecho de castigar, de imponer penas; este deber-derecho incide directa y solamente sobre la persona del acusado, lo que por razones de certeza y seguridad jurídicas prohíbe la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal a un tercero, distinto del imputado].

Respecto a los *límites objetivos* de la cosa juzgada, se requiere que se trate tanto del mismo suceso histórico -identidad de una conducta que sucedió en la realidad externa- [hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio], cuanto del mismo fundamento -que se subsuma en tipos penales o administrativos de carácter homogéneo-. Esto último -la denominada “consideración procesal del hecho”- debe entenderse desde una perspectiva amplia, de suerte que comprenda los concursos

de leyes y reales de delitos o de ilícitos administrativos, con exclusión de los supuestos de delitos continuados y concursos ideales en que el bien jurídico fuera heterogéneo.

- 12º. El delito de asociación ilícita está descrito en el artículo 317º del Código Penal. Dice la citada disposición: *“El que forma parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años...”*.

Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación -a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de **(a)** relativa organización, **(b)** permanencia o estabilidad y **(c)** número mínimo de personas- sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.

Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan -no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó.

- 13º. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar.

III. DECISIÓN

- 14º. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la ley orgánica del poder judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 15º. ESTABLECER** como reglas de valoración las que se describen en los párrafos 6 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 13, constituyen precedentes vinculantes.
- 16º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio* de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 17º. PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI**

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “perjuicio”; debiendo decir: “perjuicio”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 5-2006/CJ-116**

(Publicado el 29 de diciembre de 2006)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: DECLARACIÓN DE CONTUMACIA
EN LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO.
PRESUPUESTOS MATERIALES**

Lima, trece de octubre de dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la

coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia la Ejecutoria Suprema que analiza y fija criterios para delimitar los presupuestos materiales para la declaración de contumacia de un acusado en la etapa de enjuiciamiento. Se trata de la Ejecutoria recaída en el recurso de nulidad número 3725-2005/Lima, del 26 de octubre de 2005.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en la Ejecutoria Supremas* analizada, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores Gonzáles Campos, San Martín Castro y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. La Constitución Política, en función a la jerarquía de las normas que la integran y a los principios y valores que entraña, vincula rigurosamente al legislador y a los jueces. En esta perspectiva se concibe el denominado "Programa Penal de la Constitución", que contiene el conjunto de postulados político jurídico y político criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el Legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Entre los preceptos que lo integran e incorpora el texto constitucional se encuentran aquellos que regulan los derechos de los justiciables y el modo o forma en que el Estado ha de conducirse

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "Supremas"; debiendo decir: "Suprema".

para la determinación de la responsabilidad penal de las personas. Entre ellos, sin duda, están las garantías genéricas del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva. Esta última garantía, a su vez, contiene un elemento esencial vinculado a la **llamada de la parte -al imputado, en el proceso penal- al proceso**, y con él, los requisitos constitucionales que son exigibles a los actos de comunicación y, en consecuencia, a la posibilidad legítima de declaración de ausencia y/o contumacia, con todos los efectos que dicha declaración contiene para el entorno jurídico del imputado.

- 7º. El artículo 139º, numeral 3), de la Ley Fundamental garantiza el derecho de las partes procesales a acceder al proceso en condiciones de poder ser oído y ejercitar la defensa de sus derechos e intereses legítimos. En tal sentido, como postula PICO I JUNOY, los actos de comunicación de las resoluciones judiciales -notificaciones, citaciones y emplazamientos-, en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso [*Las garantías constitucionales del proceso*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, página 54]. Dada su trascendental importancia es obvio que corresponde al órgano jurisdiccional examinar cumplidamente que los actos de comunicación, el emplazamiento a las partes, en especial al imputado con la llamada al proceso, cumplan escrupulosamente las normas procesales que los regulan a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación.
- 8º. La contumacia está íntimamente vinculada a esa institución procesal de relevancia constitucional, cuya definición legal se encuentra en el artículo 3º, inciso 1), del Decreto Legislativo número 125, y que a su vez ratifica que el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso penal, y si no lo hace se expone a una declaración de contumacia. El ordenamiento procesal penal nacional reconoce, además, la ausencia, y en ambos casos, como es evidente, consagró como dogma la imposibilidad de desarrollar el juicio oral -fase angular del sistema acusatorio- sin la necesaria presencia del acusado [en este sentido, el Código -acota GIMENO SENDRA- llevó hasta sus últimas consecuencias el principio general del Derecho, conforme al cual 'nadie puede ser condenado sin haber sido previamente oído', interpretando dicho precepto como exigencia de comparecencia física del imputado en el proceso a fin de que pueda ejercitar su defensa privada y, en último término, su derecho a la 'última palabra': *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2004, página 215].

Lo relevante de ambas instituciones: contumacia y ausencia, de configuración legal, a las que se anudan variados efectos procesales que incluso entrañan una intensificación de las medidas de coerción personales, es que se requiere de una resolución judicial motivada que declare el estado de ausencia o contumacia del imputado, la cual importa una verdadera obligación judicial que habrá de dictarse cuando se cumplan escrupulosamente los presupuestos materiales estipulados por la ley procesal, y que a su vez se erige en condición necesaria para dictar las medidas de coerción limitativas de la libertad del imputado.

La indicada resolución judicial tiene una naturaleza **constitutiva**, ya que por ella se crea el estado de ausente o contumaz, al que va ligado normalmente la adopción de medidas provisionales personales. La declaración de contumacia constituye una situación procesal que legitima al juez para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados mandatos procesales.

- 9º. El citado artículo 3º del Decreto Legislativo número 125 define la institución de la contumacia. El contumaz, en términos generales, es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso [el encausado es consciente de la existencia de un proceso penal dirigido contra él y decide no acudir a la llamada del órgano jurisdiccional]. Es significativo a estos fines el literal a) del citado artículo, que precisa que se reputa contumaz: *“Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehuye el juzgamiento en manifiesta rebeldía o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal”*. A estos efectos, el artículo 1º de la Ley número 26641 exige que el auto que declara la condición de contumaz del imputado -sin esa resolución judicial no es posible calificar a un acusado de contumaz- sólo se dictará desde que *“...existen evidencias irrefutables que el acusado rehuye del proceso...”*.
- 10º. La contumacia puede declararse en sede de instrucción o de la etapa intermedia o del enjuiciamiento. El artículo 2º de dicho Decreto Legislativo regula, aunque genéricamente, la posibilidad de declararla en la etapa de instrucción, a cuyo efecto remite a lo dispuesto en los artículos 205º y 206º del Código de Procedimientos Penales. Esa disposición, como es obvio y aplicando integrativamente el artículo 1º de la Ley número 26641, sólo exige que existan evidencias irrefutables que el inculpado, según se encuentre en los supuestos del artículo del referido Decreto Legislativo número 125, rehuye el proceso -concretamente, la instrucción- para

que se dicte el auto de declaración de contumacia. No se requiere, desde luego, una reiteración del mandato y una segunda incomparecencia para la emisión del auto de contumacia, situación que incluso es evidente en los supuestos de citación para diligencia de lectura de sentencia en los procesos sumarios (conforme: Sentencias del Tribunal Constitucional número 3014-2004-HC/TC, del 28.12.2004; número 7021-2005-HC/TC, del 17.10.2005; y, número 2661-2006-HC/TC, del 17.4.2006). En este último caso: lectura de sentencia en los procesos penales sumarios, se explica porque no se trata propiamente de una fase procesal autónoma que requiere de una sucesión de actos procesales y diligencias de presentación de cargos, actividad probatoria, alegatos, última palabra, y deliberación y sentencia.

- 11º.** El auto de enjuiciamiento o, en su caso, el de citación a juicio, por el contrario, tiene precisiones estrictas para el emplazamiento del acusado presente; está asociado a un apercibimiento específico y un trámite escrupuloso. Prescribe al respecto el artículo 210º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 125, que: “...*Tratándose de reos con domicilio conocido o legal conocido en autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz [...], señalándose nueva fecha para la audiencia, siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel. Si el acusado persiste en la inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento, procediéndose en lo sucesivo conforme a los artículos 318º al 322º del Código de Procedimientos Penales*”.
- 12º.** Siendo así, son presupuestos materiales para la declaración de contumacia en la etapa de enjuiciamiento: **a)** que el acusado presente, con domicilio conocido o legal, sea emplazado debida o correctamente con la citación a juicio [se entiende que si el propio emplazado proporciona un domicilio falso, ello acredita su intención de eludir la acción de la justicia y justifica la declaración como reo contumaz, tal como ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 4834-2005-HC/TC, del 8.8.2005]; **b)** que la indicada resolución judicial, presupuesto de la declaración de contumacia, incorpore el apercibimiento expreso de la declaración de contumaz en caso de inasistencia injustificada; y, **c)** que el acusado persista en la inconcurrencia al acto oral, en cuyo caso se hará efectivo el apercibimiento previamente decretado, esto es, la emisión del auto de declaración de contumacia, y se procederá conforme al juicio contra reos ausentes.

En tal virtud, el órgano jurisdiccional deberá examinar cuidadosamente el debido emplazamiento al imputado, la correcta notificación, y sobre

esa base proceder en su consecuencia [El Tribunal Constitucional en la sentencia número 3411-2006-HC/TC, del 12.5.2006, ha insistido en que si no se notifica debidamente al imputado no es legítimo declararlo reo contumaz]. Para la declaración de contumacia, acto seguido, es central la nota de “persistencia” en la incomparecencia voluntaria del acusado al acto oral, la cual significa mantenerse firme o constante en una cosa o, más concretamente, ante el emplazamiento judicial, es decir, no cumplirlo deliberadamente.

Ahora bien, si el párrafo analizado está en función a la iniciación del acto oral o a su continuación, esto es, si la norma procesal precisa que se señalará nueva fecha para la audiencia siempre que no hayan otros reos libres que se hubieran presentado o en cárcel, a partir de lo cual se hace mención a la persistencia del acusado en su incomparecencia, entonces, es evidente que la resolución judicial de contumacia se dictará una vez que el acusado incumpla este segundo emplazamiento, a mérito de lo cual se renovarían las órdenes para su captura, se le emplazará por edictos y se reservará el proceso hasta que sea habido, tal como lo dispone, en lo pertinente, el artículo 319º del Código de Procedimientos Penales. Es claro, asimismo, que si el acto oral tiene lugar por la concurrencia de otros acusados, la declaración de contumacia se hará efectiva una vez se cite al acusado inconcurrente para la continuación del juicio oral, aplicando en lo pertinente las normas antes invocadas.

- 13º.** Por otro lado, en vista que el auto de contumacia importa, además, la restricción de la libertad personal del imputado -en todo caso, una medida de coerción personal más intensa-, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 934-2002-HC/TC, del 8.7.2002, si el juez rechaza indebidamente la recusación -al margen de la ley procesal-, lesionando con ello el principio constitucional del procedimiento preestablecido, tal decisión deviene ilegítima. Sobre el particular es de rigor precisar que con posterioridad a dicha sentencia se han dictado la Ley número 28117, del 10.12.2003, y el Decreto Legislativo número 959, del 17.8.2004, que han introducido cambios sustanciales en el régimen y procedimiento de la recusación y excusa o inhibición de Jueces y Vocales.

Las normas antes citadas, a diferencia del texto procesal originario, autorizan al rechazo liminar o de plano del pedido de inhibición o de la solicitud de recusación, estipulan un plazo determinado para recusar y reordena el trámite incidental correspondiente, y delimitan los motivos de recusación contra Vocales.

En tal virtud, si se vulnera el nuevo ordenamiento procesal rechazando de plano la recusación, sin amparo en la respectiva autorización legal, obviamente rige la doctrina jurisprudencial inicialmente mencionada. Es claro, sin embargo, que si una recusación se rechaza de plano por un motivo legalmente establecido en la Ley procesal, obviamente será posible -más allá de la interposición del respectivo recurso de apelación contra tal desestimación liminar, que no tiene efecto suspensivo- dictar el auto de contumacia y las medidas restrictivas de la libertad correspondientes.

Por lo demás, si se da trámite a una recusación, aún cuando éste no suspende el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales -cuya actuación está sujeta a la efectiva concurrencia del Ministerio Público y citación a las partes-, y existe expresa prohibición de expedir resolución que ponga fin a la instancia o al proceso -vid.: apartado dos del artículo 33º del Código de Procedimientos Penales-, debe entenderse que tampoco se puede dictar una medida limitativa de la libertad, como consecuencia de un auto de contumacia, en tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Cabe acotar que lo expresamente autorizado son actos o diligencias procesales, no la expedición de una resolución que incida en un derecho fundamental de la trascendencia de la libertad personal, y además siempre está prohibido -esta vez por regla expresa- clausurar el proceso hasta que la recusación o inhibición esté resuelta.

14º. En síntesis, la declaración de reo contumaz no constituye una facultad discrecional de la Sala Penal Superior, sino que está sometida a específicos presupuestos materiales, que deben respetarse cumplidamente. Es imprescindible el correcto emplazamiento al acto oral bajo apercibimiento de la declaración de contumacia, luego una segunda citación y se* persistir en la inconcurrencia voluntaria recién se dictará el auto de contumacia y se procederá conforme al artículo 319º del Código de Procedimientos Penales. Por último, un Juez recusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez que se acepta iniciar el trámite respectivo, no puede dictar una medida limitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia al margen de las normas que regulan la recusación y la inhibición o excusa de magistrados.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "se"; debiendo decir: "de".

III. DECISIÓN

12º.* En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

13º. **ESTABLECER** como reglas de valoración, en la etapa de juicio oral, las que se describen en los párrafos 7 al 13 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos, con lo sistematizado en el párrafo 14, constituyen precedentes vinculantes.

14º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin perjuicio** de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

15º. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI**

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee como numeración: “12º., 13º., 14º. y 15º.”; debiendo ser: “15º., 16º., 17º. y 18º.” respectivamente.

** En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “perjuicio”; debiendo decir: “perjuicio”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO N° 6-2006/CJ-116**

(Publicado el 29 de diciembre de 2006)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: REPARACIÓN CIVIL Y DELITOS DE PELIGRO**

Lima, trece de octubre de dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisprudencial de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y

Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la reparación civil respecto de los delitos de peligro. En no pocos casos ha llegado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia supuestos en los que se recurría del objeto civil de la condena penal porque las Salas Penales Superiores estimaban que en esa clase de delitos, por ejemplo, el de tenencia ilícita de armas de fuego, no existía daño que resarcir.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias Supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Vega Vega, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces, es doble: el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el artículo 92º del Código Penal, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima -que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito-, debe ser instado por el Ministerio Público, tal como prevé el artículo 1º de su Ley Orgánica.

El objeto civil se rige por los artículos 54º al 58º, 225º.4, 227º y 285º del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92º al 101º del Código Penal -este último precepto remite, en lo pertinente, a las disposiciones del Código Civil-.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: la protección de la víctima y aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión del delito, en cuya virtud garantiza “...la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección” (ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, página 27).

- 7º. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93º del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un **daño civil** causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con ‘**ofensa penal**’ -lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción/daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.
- 8º. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto **(1) daños patrimoniales**, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir -menoscabo patrimonial-; cuanto **(2) daños no patrimoniales**, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales -no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas -se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (Conforme: ESPINOZA ESPINOZA, JUAN: *Derecho de la responsabilidad civil*, Gaceta Jurídica, 2002, páginas 157/159).
- 9º. Los **delitos de peligro** -especie de tipo legal según las características externas de la acción- pueden definirse como aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en *peligro* de sufrir la lesión que se quiere evitar [el

peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico, aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión *-peligro concreto-* o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido *-peligro abstracto-* (BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: *Derecho Penal - Parte General*, ARA Editores, Lima, 2004, página 223). Los primeros son, siempre, delitos de resultado, y los otros son delitos de mera actividad.

- 10º. A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aún cuando es distinto el objeto sobre el recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados.

En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos -sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos- se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal -que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual-. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión [el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (conforme: ROIG TORRES, MARGARITA: *La reparación del daño causado por el delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, páginas 124/125).

Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.

III. DECISIÓN

- 11º. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional,

y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 12º. **ESTABLECER** como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 7 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.
- 13º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin perjuicio* de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 14º. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI**

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “prejuicio”; debiendo decir: “perjuicio”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 7-2006/CJ-116**

(Publicado el 29 de diciembre de 2006)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: CUESTIÓN PREVIA E IDENTIFICACIÓN
DEL IMPUTADO**

Lima, trece de octubre de dos mil seis.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto

de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria -de donde emanaron las Ejecutorias analizadas-, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la individualización del imputado, exigida por el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, y la posibilidad que, de oficio, ante su incumplimiento, pueda deducirse de oficio una cuestión previa tomando como referencia la Legislación sobre homonimia -Leyes número 27411 y 28121-.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas Ejecutorias Supremas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Urbina Gambini, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley número 28117, del 16.12.2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. Se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.4.2004.
- 7º. La individualización de imputado, por imperio, de los artículos 19º al 22º del Código Civil, importa que a la persona a quien se atribuye un hecho

delictuoso determinado se la identifique con el nombre y sus apellidos, de los padres -si es hijo matrimonial- o progenitores que los hayan reconocido -si es hijo extramatrimonial- o adoptantes -si es adoptado-, según el caso. Cualquier determinación sobre el particular importa un problema probatorio que debe merecer la decisión judicial correspondiente en el modo y forma de ley. A los efectos de la inculpación penal, que da lugar a la primer* resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad.

- 8º. El artículo 3º de la Ley número 27411, modificado por la Ley número 28121, del 16.12.2003, estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: **1.)** nombre y apellidos completos, **2.)** edad, **3.)** sexo, y **4.)** características físicas, talla y contextura [la policía que reciba la requisitoria u orden de captura en casos de omisión de uno de esos datos, está facultada a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional].

Como se desprende de su texto, lo que se persigue con esa legislación es evitar los casos de homonimia -de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentre requisitoriado por la autoridad competente (artículo 2º, Ley número 27411)-, pero de ninguna manera introducir, a los efectos del procesamiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal.

Desde luego, la identidad del requerido por la justicia penal está en función a la consiguiente requisitoria que la autoridad judicial ha de cursar a la policía contra las personas a quien se ha dictado, legalmente por una u otra razón, mandato de detención. Es evidente, entonces, que la debida identidad del requerido guarda relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad -y las consiguientes situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal- respecto a la persona a quien se atribuya ser autor o partícipe de un hecho punible, pero no necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal. Ambos elementos si bien están relacionados entre sí no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción sólo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos, y para dictar una requisitoria se necesita que el imputado, además de sus nombres y

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "primer"; debiendo decir: "primera".

apellidos completos, registre en autos otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura.

- 9º. Si bien la inscripción de una persona en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil prueba con suficiencia la existencia y la propia identificación de una persona, su ausencia -por lo demás, no extraña en nuestro país- no puede significar que se ha incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del procesamiento penal. La no inscripción de una persona ante la RENIEC es sólo un dato indiciario que el juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal -y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria-, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado. Ello es tan cierto que el propio artículo 3º de la citada Ley incorpora ese elemento: el Documento Nacional de Identidad, a cargo de la RENIEC, como una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria judicial.
- 10º. En tal virtud, si se plantea una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la RENIEC o no se ha consignado el número del Documento Nacional de Identidad, tal planteamiento carece de sustancia o mérito procesal para acogerlo. De igual manera, el Juez Penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada por ese sólo mérito al Fiscal Provincial.

Por lo expuesto, debe entenderse que cuando la Disposición General 5.3 de la Directiva número cero cero tres-2004-CE-PJ, aprobada por la referida Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, DEL 29.4.2004, establece que *“Si como consecuencia del pedido de aclaración, el Juez Penal o Mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 4º del Código de Procedimientos Penales”*, ello sólo procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente.

III. DECISIÓN

- 11º. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional,

y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

- 12º. ESTABLECER** como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 6 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.
- 13º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin perjuicio* de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 14º. PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ
PEIRANO SÁNCHEZ
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GAMBINI**

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “perjuicio”; debiendo decir: “perjuicio”.

Acuerdos Plenarios (2007)



3. Acuerdos Plenarios del 2007

3.1.

Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 1-2007/ESV-22

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

**MOTIVO: DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS
JURISPRUDENCIALES**

BASE LEGAL: ARTÍCULO 22º TUO LOPJ

***ASUNTO:* EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 2º. En el presente caso, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.
- 3º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas el año pasado. A continuación, el Equipo de Trabajo designado, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
- 4º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionan en la parte resolutive del presente Acuerdo Plenario.

118

Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 5º. El artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22º, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.
- 6º. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.

- 7º. El Pleno Jurisdiccional de lo Penal, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que se pronuncian acerca de:
- A. El contenido y los elementos del *ne bis in idem* material. Relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador.
 - B. El alcance del tipo legal de omisión o retardo de actos funcionales. Obligaciones de la Policía Nacional y relaciones con el Ministerio Público.
 - C. Cambio jurisprudencial y retroactividad benigna de la ley penal. Impertinencia de la aplicación del artículo 6º del Código Penal.
 - D. Acuerdos Plenarios y aplicación retroactiva de sus disposiciones. Alcance del artículo 6º del Código Penal.

III. DECISIÓN

- 8º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 9º. **ORDENAR** la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.
- 10º. En consecuencia, constituyen **precedentes vinculantes**:
- 1º) Recurso de Nulidad número 2090-2005, cuarto y quinto fundamento jurídico.
 - 2º) Recurso de Nulidad número 496-2006, quinto fundamento jurídico.
 - 3º) Recurso de Nulidad número 1500-2006, quinto fundamento jurídico.
 - 4º) Recurso de Nulidad número 1920-2006, tercer fundamento jurídico.

11º. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el Diario Oficial El Peruano y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.-

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

EJECUTORIAS SUPREMAS ANEXAS

3.3.1.

Recurso de Nulidad Nº 2090-2005

SALA PENAL PERMANENTE
R. N 2090-2005
LAMBAYEQUE

Lima, siete de junio de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles contra el auto superior de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurrente al formalizar su recurso de nulidad de fojas setecientos setenta y siete afirma que la Sala Penal Superior vulneró el principio *ne bis in idem*, establecido en el inciso diez del artículo doscientos treinta de la Ley veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, pues mediante la resolución recurrida dispuso la continuación de su procesamiento a nivel judicial pese a que por los mismos hechos había sido previamente sancionado administrativamente por doce meses con cese temporal y sin goce de remuneraciones.

Segundo: Que se imputa al encausado Víctor Manuel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo durante el periodo de mil novecientos noventa y nueve haber adicionado a la suma de seiscientos setenta y siete nuevos soles la palabra dólares americanos, con la finalidad que la Municipalidad agraviada pague una suma mayor a la que realmente debía hacerlo y él apropiarse de la diferencia, que ascendía a mil seiscientos veinticinco nuevos soles; que, además se le atribuye que coadyuvó a que sus coencausados Alejandro Jacinto Muro -Alcalde de la Municipalidad de Pítipo- y Juan Armando Chirinos Tello -tesorero- entreguen al imputado Genaro Segura Azaña cheques por un valor de ciento ocho mil sesenta nuevos soles, y que los encausados Alejandro Jacinto Muro Távara y Armando Chirinos Tello proporcionen a José Carbonel Acosta la suma de cuatro mil nuevos soles sin que exista motivo alguno.

Tercero: Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la *última ratio* en relación con los demás medios de control social.

Cuarto: Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.

Quinto: Que el principio *ne bis in idem material* tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente.

Sexto: Que el principio de *ne bis in idem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción Penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración

para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta - dos mil dos -AA/TC, veintiocho sesenta y ocho - dos mil cuatro -AA/TC, veintitrés veintidós - dos mil cuatro -AA/TC, treinta y uno noventa y cuatro - dos mil cuatro -HC/TC, respectivamente.

Sétimo: Que, en el contexto expuesto cabe indicar que la sanción disciplinaria impuesta al encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles, Administrador de la Municipalidad Distrital de Pítipo, se debió al incumplimiento de sus funciones y a la comisión de graves faltas administrativas que incluso no son materia de acusación fiscal -conforme se aprecia de la Resolución de Alcaldía de fojas setecientos catorce-; que, en cambio, en el presente caso se juzga hechos con contenido penal -véase acusación fiscal de fojas setecientos veinticinco-, distintos a los que originaron la medida disciplinaria que se le impuso, razón por la cual de autos no aparece acreditada vulneración alguna al principio de *ne bis in idem*.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas setecientos sesenta y cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil cinco, que declaró infundada la excepción de cosa juzgada deducida por el encausado Víctor Miguel Carrillo Gonzáles en el proceso que se le sigue por delito contra la administración pública - peculado y otros en agravio de la Municipalidad Distrital de Pítipo, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CASTILLO**

SALA PENAL PERMANENTE
R. N 496-2006
AREQUIPA

Lima, diecisiete de julio de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Leonidas Agapito Cahuina Zapana y por la Procuradora Pública Anticorrupción de Arequipa contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos cincuenta y cuatro, del veintiuno de diciembre de dos mil cinco; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que el encausado Cahuina Zapana en su recurso formalizado de fojas quinientos setenta y uno alega que la Sala Superior tuvo en cuenta las declaraciones de Maruja Tapia Pacompia, Roxana Margarita Paz Cóngora, Juan Carlos Carpio Tutti, Cristian Cayra Tapia y Evidio Mamani Condori, las que se llevaron a cabo en un proceso en el que no es parte, por lo que se habría recortado su derecho de defensa; agrega que tampoco se culminó la declaración del testigo Carlos Ciro León Félix, pero a pesar de ello el Colegiado Superior tomó en cuenta su manifestación prestada en sede policial, por lo tanto, al no haberse desistido el Ministerio Público de la citada testimonial dicha prueba queda pendiente de actuación o debe ser prescindida; añade que no se cumplió con recabar el expediente que dio origen a la presente investigación para determinar si se adjuntó el Acta de Reconocimiento y Manifestación Policial, y que en el considerando noveno el Colegiado tiene como cierto que nunca existió el Acta de Reconocimiento, por lo que no puede concluir que se cometió el delito de Ocultamiento de Prueba, lo que comprueba que no se valoró las pruebas en su conjunto; por último, precisa que existe reiterada jurisprudencia respecto a que la simple sindicación de una parte no es motivo para sancionar penalmente a una persona, y que en el tipo penal que se le imputa el sujeto activo debe haber asumido formal y materialmente las funciones omitidas o retardadas, siendo que en presente caso el recurrente es un servidor subordinado a otra autoridad, quien es el representante del Ministerio Público, el Fiscal Provincial del Módulo Básico de Paucarpata, por lo que solicita ser absuelto de los cargos

en su contra; que la Procurada* Anticorrupción al formalizar su recurso a fojas quinientos ochenta y dos refiere que el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que la acusada Maruja Tapia Pacompia aceptó en su manifestación policial que entregó la suma de quinientos nuevos soles a su coencausado Leonidas Cahuina Zapana y que está probado que éste se encontraba laborando el día del evento delictivo, es decir, el diecinueve de febrero de dos mil uno, en consecuencia, solicita se declare nula el extremo que absuelve al acusado Cahuina Zapana por delito de cohecho propio.

Segundo: Que a pesar que a la Procuradora Pública se le notificó en su domicilio procesal en el Distrito Judicial de Arequipa el dictamen acusatorio y el auto de enjuiciamiento que señala el día y hora para la instalación de la audiencia -véase fojas trescientos setenta y dos y trescientos noventa y cuatro-, pero no asistió a las diligencias del juicio oral; que la sentencia se dictó el veintiuno de diciembre de dos mil cinco -en acto público- y con fecha veintinueve de diciembre de dos mil cinco se remitió copia de la referida sentencia absolutoria a la Procuraduría Pública, la cual con fecha treinta de diciembre presenta su recurso de nulidad; que, en estos casos, los plazos procesales empiezan a correr desde el día siguiente de la fecha de la resolución, por lo que el concesorio de este medio impugnatorio carece de ineficacia procesal.

Tercero: Que las pruebas actuadas permiten acreditar la culpabilidad, que el citado encausado Cahuina Zapana en su instructiva de fojas ciento noventa y siete acepta que en su condición de efectivo policial intervino a Carpio Tuntti, Cayra Tapia y Mamani Condori cuando éstos tenían en su poder los objetos despojados a Roxana Margarita Paz Cóngora, e incluso elaboró el Atestado Policial; que si bien citado acusado expresa que nunca se llevó a cabo el reconocimiento de los detenidos por parte de la denunciante Paz Cóngora -y por lo tanto no existió la citada Acta de Reconocimiento-, este argumento se desvirtúa, en primer lugar, con la declaración de la agraviada Paz Cóngora -véase a fojas once vuelta copia certificada de la preventiva de la antes citada en el proceso número dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL y la copia certificada de fojas treinta y siete llevada a cabo en Juicio Oral-, quien se ratifica en su denuncia policial y además señala que se llevó a cabo un reconocimiento de sus agresores, y, en segundo lugar, con la copiada** del acta de entrega de bienes de fojas nueve, que acredita que la agraviada Paz Cóngora se acercó a la Comisaría el día veinte de febrero de dos mil uno, día en que se llevó a cabo el reconocimiento.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "Procurada"; debiendo decir: "Procuradora".

** En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "copiada"; debiendo decir: "copia".

Cuarto: Que a lo mencionado se suma que se encuentra acreditado que Carpio Tuntti, Cayra Tapia y Mamani Condori fueron detenidos el diecinueve de febrero de dos mil uno, conforme se verifica con la copia certifica* de Registros de Detenidos de fojas noventa y dos, pero al momento de ingresar el Atestado Policial respectivo no puso a disposición ningún detenido, tal como precisa José Luis Tasaico Muñoz, Juez Mixto del Distrito de “Mariano Melgar”, en el Juicio Oral de fojas quinientos doce.

Quinto: Que, en cuanto a los fundamentos del acusado recurrente, es de tener presente que las declaraciones Tapia Pacompia, Paz Cóngora, Carpio Tutti, Cayra Tapia y Mamani Condori no se llevaron a cabo en el presente proceso sino en el proceso por robo agravado -el ya citado proceso dos mil uno doscientos veinticuatro-cero-cuatrocientos diez-JR-PE-OL-, y en esta causa sólo agregaron copias certificadas, por lo que el recurrente en su debida oportunidad pudo tachar los documentos o formular alguna observación, pero no hizo uso de su derecho de defensa; que, con respecto a que no puede ser considerado sujeto activo del delito de Omisión o Retardo de Actos Funcionales, si bien existe cierta subordinación con relación al representante del Ministerio Público, también lo es que este como funcionario público -efectivo de la Policía Nacional del Perú- tiene sus propias obligaciones, como lo es, en el presente caso, elaborar el Atestado Policial, comunicar de la detención de tres sospechosos y entregar todos los bienes incautados así como las diligencias realizadas; que, por último, en cuanto a la supuesta contradicción en la sentencia recurrida en el noveno fundamento jurídico, de la revisión de la misma se tiene que tal aseveración no es correcta, ya que se ha tomado en forma sesgada dicho considerando puesto que si bien se indica en dicho considerando “que la agraviada no se ha presentado a la diligencia de reconocimiento”, ello es en mención a las conclusiones arribadas en el atestado policial elaborado por el recurrente.

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos cincuenta y cuatro, del veintiuno de diciembre de dos mil cinco, que **condena** a Leonidas Agapito Cahuina Zapana como autor del delito contra la Administración Pública en las modalidades de Abuso de Autoridad y Ocultamiento de Medio Probatorio, en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida por el plazo de dos años, con cuarenta y cinco días multa y la pena accesoria de

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “certifica”; debiendo decir: “certificada”.

Inhabilitación de tres años, y fija en dos mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del Estado.

- II.** Declararon **NULO** el concesorio de fojas quinientos ochenta y seis, del doce de enero de dos mil seis, que concede el Recurso de Nulidad a la señora Procuradora Pública Anticorrupción; e **INADMISBLE** el recurso impugnatorio formalizado a fojas quinientos ochenta y dos; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CASTILLO**

3.3.3.**Recurso de Nulidad Nº 1500-2006**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. Nº. 1500-2006
PIURA**

Lima, diecisiete de julio de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Noni Cadillo López contra la resolución de fojas trescientos noventa y ocho, su fecha treinta de enero de dos mil seis, que declara improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal; de conformidad con lo opinado por el señor fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:**128**

Primero: Que mediante sentencia de fojas trescientos veintiuno, de fecha uno de junio de dos mil cuatro, entre otros, se condenó a Noni Cadillo López como autor del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado -artículo doscientos noventa y siete, inciso seis, del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil dos- a cinco años de pena privativa de la libertad; que dicho condenado se mostró conforme con esa sentencia, según se aprecia del acta final de fojas trescientos catorce.

Segundo: Que, sin embargo, mediante escrito de fojas trescientos setenta y ocho del seis de diciembre de dos mil cinco, es decir, luego de más de un año de expedida la sentencia condenatoria, solicitó la adecuación de tipo penal, petición que fue desestimada por el Tribunal Superior; que el encausado en su recurso de nulidad de fojas cuatrocientos seis sostiene que al momento de resolver no se tuvo en cuenta el Acuerdo Plenario número tres - dos mil cinco, publicado el veintiséis de noviembre de dos mil cinco, que por ello en base a los hechos declarados probados resulta inaplicable el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, en tanto que si bien fue intervenido en posesión de quinientos diez gramos de pasta básica de cocaína no existió concierto con los coacusados David López Silva y Jorge Acosta Huamán para el transporte* de la droga.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "transporte"; debiendo decir: "transporte".

Tercero: Que, el Acuerdo Plenario tres - dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, respecto a la pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas, estableció: **a)** La sola existencia o concurrencia, sin más de una pluralidad de agentes (tres a más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo doscientos noventa y siete inciso seis del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal); **b)** la simple ejecución del delito sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada; es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito; es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el dictado inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal; **c)** (...) si quien participa en el hecho como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo interviene -o necesariamente intervendrán por lo menos tres personas, incluidas él, no será posible ser castigado por dicha agravante; y, **d)** la decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención (...).

Cuarto: Que de autos se llegó a establecer que la ideación, deliberación, decisión y ejecución del delito se realizó en forma concertada entre los encausados Jorge López Huamán, Noni Cadillo López y David López Silva, pues la droga era trasladada desde Lima a Piura y el sentenciado López Huamán manifestó haberse puesto de acuerdo con Cadillo López para transportar la droga y que previamente concertó con López Silva, por lo que el argumento que sostiene el recurrente en el sentido que no existió pluralidad de agentes y, por tanto, que su conducta de tipificarse en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, carece de todo sustento probatorio, máxime si los hechos fueron debidamente valorados en su oportunidad por la Sala Superior, momento en que pudo cuestionar la tipificación de su conducta, sin embargo se conformó con la mencionada sentencia.

Quinto: Que el artículo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos más favorables -véase el inciso once del citado numeral constitucional-referidas a modificaciones normativas más favorables Ex post facto, conforme al artículo seis del Código Penal; que, en el presente caso, no se trata de un supuesto de cambio legal ex post facto, sino de una solicitud instada mucho

después que la sentencia condenatoria quedó firme -en sede de ejecución procesal- en el proceso penal declaratorio de condena-; que es de precisar, lo que es de opinión mayoritaria en la doctrina penalista, que el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo [ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante antes mencionada puede calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues sólo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva], menos aún en el ámbito del Derecho Penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles [en realidad, como apunta Bacigalupo Zapater, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho, por lo que no afectan la objetividad del Derecho Penal ni al principio de confianza (Derecho Penal -Parte General, ARA editores, Lima, dos mil cuatro, página ciento treinta y tres)], así como que en el caso de autos no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley que comprenda en sus alcances los hechos objeto de la condena.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas trescientos noventa y ocho, su fecha treinta de enero de dos mil seis, que declara improcedente la solicitud de adecuación del tipo penal solicitado por el sentenciado Noni Cadillo López; en el proceso que se le siguió en su contra y otro por el delito contra la Salud Pública -tráfico ilícito de drogas- en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CORNEJO**

SALA PENAL PERMANENTE
R. N 1920-2006
PIURA

Lima, ocho de agosto de dos mil seis.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Oscar Rimay Dávila contra el auto superior de fojas setecientos cuarenta y nueve, su fecha diecisiete de marzo de dos mil seis; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que mediante escrito de fojas setecientos veintinueve, del quince de diciembre de dos mil cinco, el sentenciado Rimay Dávila solicitó la aplicación inmediata del Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/CJ- ciento dieciséis, del veintiséis de noviembre de dos mil cinco, y en consecuencia la adecuación del tipo penal previsto en el artículo doscientos noventa y siete inciso siete del Código Penal -en mérito al cual fue sentenciado- al tipo penal base previsto en el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal; que, según sostiene, el Acuerdo Plenario en mención señala que la sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo doscientos noventa y siete inciso seis del Código Penal (anteriormente inciso siete), ya que tal concepción violaría el principio de la proscripción de la responsabilidad objetiva, además que la simple ejecución, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada, siendo imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de que por lo menos tres personas participan en la comisión del delito; que en el presente caso, anota el recurrente, el sentenciado Santos Gerardo Alama Prieto no ha tenido conocimiento que eran por lo menos tres las personas que iban a participar en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, lo que se aprecia de la propia sentencia que lo condena pues tomó como fundamento diferente sustento al de la pluralidad de agentes referida; que, sin embargo, dicha solicitud fue desestimada por el Colegiado Superior por resolución de fojas setecientos cuarenta y nueve, del diecisiete de marzo de dos mil seis, lo que dio lugar a la interposición del recurso de nulidad correspondiente, el mismo que se formalizó mediante escrito de fojas

setecientos setenta y seis e invocó los mismos argumentos esgrimidos en la primigenia solicitud, la determinación de una insuficiente fundamentación en la resolución recurrida, y la invocación a la aplicación igualitaria del citado Acuerdo Plenario.

Segundo: Que, ahora bien, el recurrente Rimay Dávila fue condenado como autor de la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas y tenencia ilegal de armas de fuego, previstos y sancionados por los artículo doscientos setenta y nueve y doscientos noventa y siete inciso sexto -modificado por ley veintiocho mil dos-, del Código Penal, a siete años de pena privativa de libertad, multa e inhabilitación, para lo cual se valoró, entre otros, la pluralidad de agentes que intervinieron en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

Tercero: Que, si bien con posterioridad a la fecha de expedición de la sentencia condenatoria se dictó el Acuerdo Plenario número tres-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, el mismo que a tenor a lo señalado en el artículo trescientos uno A del Código de Procedimientos Penales tiene carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta solo atañe a la ley penal, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; que, al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo por que, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida [Derecho Penal - Parte general, Editorial Civitas, Madrid, mil novecientos noventa y nueve, página ciento sesenta y cinco]; que, en consecuencia, un pedido de sustitución basado en un supuesto cambio jurisprudencial no es conforme al principio de legalidad.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas setecientos cuarenta y nueve, su fecha diecisiete de marzo de dos mil seis, que declara improcedente la adecuación del tipo penal solicitado por el sentenciado Oscar Rimay Dávila en el procedimiento seguido en su contra y otros por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado; y los devolvieron.-

S.S.

**SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VALDÉZ ROCA
LECAROS CORNEJO
CALDERÓN CASTILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 2-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL
ART. 116º TUO LOPJ
ASUNTO: VALOR PROBATORIO DE
LA PERICIA NO RATIFICADA

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala

- un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de pericias no ratificadas -entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 3927-2005/San Martín, del veintiséis de abril de dos mil seis-.
 - 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
 - 5º. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El Título VI “Peritos” del Libro Segundo “De la Instrucción” del Código de Procedimientos Penales regula, entre otros aspectos, el nombramiento, número, plazo y emisión del dictamen o informe pericial, así como la entrega del citado dictamen o informe y el examen de los peritos por el Juez Penal. Esa diligencia sumarial -el examen pericial-, según el artículo 168º del citado Código, es obligatoria para el Juez y su realización debe cumplir con el principio de contradicción, a cuyo efecto debe citarse a las partes, cuya concurrencia es facultativa.

El Título III “Audiencias” del Libro Tercero “Del Juicio” de la Ley Procesal Penal prevé la concurrencia de peritos al acto oral. El artículo 259º del citado Estatuto dispone que los peritos, cuando se les cite, serán examinados por las partes procesales y el Tribunal, sin perjuicio de que los dictámenes periciales -presentados en la instrucción o en la audiencia- se lean obligatoriamente.

- 7º. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República -cuando emite los denominados 'Informes Especiales'-, que gozan de una *presunción iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos:
- a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado),
 - b) el dictamen o informe pericial -que es la declaración técnica en estricto sentido-, y
 - c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.
- 8º. La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259º del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción -y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad-, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial -que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no sólo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona -primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo-, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad.

En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio. En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia -la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento- ni de exclusión de la pericia como medio de prueba.

- 9º. Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Sólo se tiene en cuenta **(1)** las características de la prueba pericial -con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales-, y **(2)** que los principios han de acomodarse a la realidad social -la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia-, ello sin perjuicio de reconocer que la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico -falsedad- o el aspecto técnico -inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente -lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes- es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen. Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y éstos -por cualquier motivo- no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes -debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

III. DECISIÓN

- 10º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 11º. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho y nueve, que la ausencia de la diligencia de examen o ratificación pericial no necesariamente anula lo actuado ni excluye el informe o dictamen pericial del acervo probatorio. A estos efectos, los Jueces y Salas

Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

- 12º. PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 13º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 3-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ*****ASUNTO:* PÉRDIDA DE IMPARCIALIDAD Y
PROCESO DE HABEAS CORPUS O DE AMPARO**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro,

presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de las recusaciones contra jueces a quienes una de las partes ha interpuesto una demanda de habeas corpus o de amparo -entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 588-2006/Lambayeque, del catorce de septiembre de dos mil seis-.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. La recusación es una institución procesal de relevancia constitucional. Garantiza, al igual que la abstención o inhibición, la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia de perjuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal -numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución-. Persigue alejar del proceso a un juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso -el *thema decidendi*- que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

La imparcialidad, como ha quedado consagrada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos -así, Sentencia Piersack contra Bélgica, del uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos; y, Sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, del dos de julio de dos mil cuatro, párrafo ciento setenta- tiene, aunque la doctrina procesalista tiende a relativizarla, dos dimensiones, una de carácter **subjetivo** y vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto -*test subjetivo*-; y otra **objetiva**, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y, la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] -*test objetivo*-.

- 7º. Las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos 29º y 31º del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial no sirve un análisis abstracto y a priori y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa -opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal-. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia -no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante-; y, la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez.
- 8º. Es recurrente en nuestra práctica forense que con motivo de una demanda de habeas corpus o de amparo interpuesta contra una concreta decisión o actuación del juez de la causa y también cuando se ha interpuesto una queja ante el órgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31º del Código de Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto.

En estos supuestos se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría *apariencia de*

imparcialidad. Pero, como ya se anotó, la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatorios de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

- 9º. Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 31º del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, artículo 34º-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90º del Código de Procedimientos Penales -en especial, el último extremo del apartado uno-.

III. DECISIÓN

- 10º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 11º. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis a ocho, que la sola presentación de una recusación contra el juez de la causa bajo el argumento que se le ha interpuesto una demanda de habeas corpus o amparo o una queja ante el órgano disciplinario del sistema judicial: Poder Judicial o Consejo Nacional de la Magistratura no justifica su estimación por el órgano jurisdiccional. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos parágrafos.

- 12º. PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 13º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 4-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ*****ASUNTO:* DESVINCULACIÓN PROCESAL
ALCANCES DEL ARTÍCULO 285º - A DEL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo

designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el alcance del principio de desvinculación procesal en relación con el artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislación* número 959 -entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 2490-2006/La Libertad, del tres de julio de dos mil seis-
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. Su deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El artículo 225º del Código de Procedimientos Penales, literal 2), establece que el escrito de acusación que formule el fiscal debe contener la descripción de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del Código Penal. Esa descripción es el límite o marco de referencia del juicio oral, a la que el Fiscal en la correspondiente fase decisoria -luego de la fase probatoria propiamente dicha del mismo- deberá ceñirse cuando formule acusación oral [así, el artículo 273º del

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "Legislación"; debiendo decir: "Legislativo".

Código de Procedimientos Penales estatuye que el Fiscal en su exposición de los hechos que considere probados en el juicio y en la calificación legal pertinente se mantendrá dentro de los límites fijados por el escrito de acusación escrita].

- 7º. Lo expuesto no significa, en modo alguno, que el hecho -acción u omisión punible- descrito en la acusación escrita quede inalterado. En sus aspectos secundarios, cuando se trate de incorporar circunstancias agravantes de tal entidad que modifiquen la tipicidad del hecho punible en cuestión [que es un supuesto de variación no sustancial de las circunstancias del hecho punible; elementos circunstanciales o colaterales del hecho nuclear], el artículo 263º del Código de Procedimientos autoriza a que el Fiscal solicite al Tribunal una prórroga para formular una acusación complementaria, siempre por un tipo legal más grave. Dicha norma procesal prevé que el Tribunal así lo disponga, previo trámite oral de carácter contradictorio.
- 8º. El principio de correlación entre acusación y sentencia, que exige que el Tribunal se pronuncie cumplidamente acerca de la acción u omisión punible descrita en la acusación fiscal -artículos 273º y 263º del Código Ritual-, es de observancia obligatoria; el término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece, entonces, entre la acusación oral, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la sanción penal correspondiente. En caso de incumplimiento la sentencia incurre en causal de nulidad insanable con arreglo al artículo 298º, literal 3), del Código de Procedimientos Penales. Ratifica esa prescripción el apartado uno del artículo 285º-A del citado Código, introducido por el Decreto Legislativo número 959, que estatuye que el Tribunal en la sentencia que profiera no podrá sobrepasar -aunque sí, degradar- el hecho y las circunstancias -jurídicamente relevantes- fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, de la acusación complementaria.
- 9º. Como se sabe, el objeto del proceso penal -o, con más precisión, el hecho punible- es fijado o delimitado por la Fiscalía, a partir del cual se consolidan y desarrollan los principios acusatorio -eje de esa institución procesal y que, en puridad, conforma al juez- y de contradicción -referido a la actuación de las partes-. Ello no quiere decir, desde luego, que las demás partes no incidan en la determinación o ámbito de la sentencia del Tribunal -o que ésta sólo debe pronunciarse acerca de los aspectos fijados por la acusación-. El principio de exhaustividad a su vez impone la obligación al juez de pronunciarse sobre los alcances más relevantes de los hechos, de las pruebas y de las pretensiones de las demás partes

procesales o de la resistencia hecha valer por el acusado -que es lo que se denomina, propiamente, el *objeto del debate*-. Entonces, el hecho punible se delimita en el juicio oral por el Fiscal o acusador, mientras que el acusado y las demás partes -civiles, en este caso- si bien no pueden alterar el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. Por ello, en segundo lugar, se ha de tomar en cuenta las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo tal que el Tribunal ha de concretar su cognición a los términos del debate.

- 10º.** El Tribunal ha de pronunciarse respecto al hecho punible imputado [una concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado en todo su alcance: concepto procesal de hecho, y a su relevancia jurídico penal desde el bien jurídico vulnerado], el mismo que no puede mutar sustancialmente. Desde los principios acusatorio y de contradicción, los hechos imputados deben respetarse, no pueden alterarse; es decir, la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas que agraven -de oficio, sin necesidad de previo debate, aunque el Tribunal puede incorporar circunstancias atenuantes- la responsabilidad del acusado [ello no significa una exactitud matemática entre hecho acusado y hecho condenado, pues el Tribunal -conforme a la prueba actuada y debatida en el juicio oral- puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, siempre que no impliquen un cambio de tipificación y que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia. Es ajena a esa limitación, al no infringir los principios acusatorio y de contradicción, cuando la Sala sentenciadora aprecie circunstancias referidas a la participación de los imputados o a los diferentes grados de la ejecución delictiva, pues su apreciación no importa una modificación de los hechos esenciales de la acusación y, en esos casos, el Tribunal está sometido al principio de legalidad por el que ante un hecho concreto debe aplicar la norma que corresponda aún en contra de la pedida erróneamente por la acusación. En estos supuestos siempre se da una homogeneidad delictiva y no se produce un supuesto de falta de contradicción o fallo sorpresivo, precisamente por la comunidad de hechos que entraña].

La calificación jurídica del hecho también debe ajustarse a la acusación; no es posible modificarla al no ser ajena al debate contradictorio [primer extremo del apartado dos del citado artículo 285º-A de la Ley Procesal Penal], aunque, como se ha dejado expuesto, es de tener en cuenta el alcance del objeto del debate -las partes están en condiciones de fijar líneas jurídicas alternativas que el Tribunal ha de valorar-. Ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Delcourt* contra

Francia, del diecisiete de enero de mil novecientos setenta, reiterada en la sentencia Colak del seis de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, que la acusación comprende el hecho y su calificación jurídica, y ambos ámbitos deben ser de conocimiento del imputado para que pueda defenderse y de lugar a un juicio equitativo.

- 11º.** Si bien es inmutable el hecho punible imputado, es posible que el Tribunal, de oficio y en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, pueda introducir al debate *-plantear la tesis de desvinculación-* la concurrencia tanto de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumente la punibilidad -no una circunstancia de atenuación, en el que sólo rige la nota de tipos legales homogéneos: que sean de la misma naturaleza y que el hecho que los configuran sea sustancialmente el mismo, esto es, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal- o justifique la imposición de una medida de seguridad, cuanto la modificación jurídica del hecho objeto de la acusación.

Las denominadas “*circunstancias modificativas*” son, como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad, cuya función es concretar con mayor énfasis la conducta de los individuos y precisar mucho más el grado de responsabilidad penal en orden a la determinación de la pena a imponer.

La tipificación del hecho punible *-el título de imputación-* también puede ser alterada de oficio en alguna medida, ya sea porque exista un error en la subsunción normativa según la propuesta de la Fiscalía o porque concurra al hecho una circunstancia modificativa específica no comprendida en la acusación, casos en los que resulta imprescindible cambiar el *título de condena*.

En ambos casos el referido artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales exige que el Tribunal lo indique a las partes, específicamente al acusado -que es lo que se denomina “*plantear la tesis de desvinculación*”-, y le conceda la oportunidad de pronunciarse al respecto, al punto que se autoriza a este último a solicitar la suspensión de la audiencia y el derecho de ofrecer nuevos medios de prueba. Aquí se concreta, como es obvio, el derecho de contradicción como sustento del derecho de previo conocimiento de los cargos.

- 12º.** Si bien es posible que el Tribunal dicte una sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación, esa posibilidad requiere del cumplimiento

de determinados requisitos. La norma procesal últimamente invocada impone al Tribunal que de oficio plantee la tesis de desvinculación en los dos supuestos habilitados: nueva tipificación e incorporación de circunstancias agravantes. Es evidente que no hará falta el planteamiento de la tesis cuando el acusado, por ejemplo, en su resistencia incorporó una distinta calificación jurídica de los hechos acusados -como argumento principal, alternativo o secundario-, ya sea expresa o implícitamente, es decir, en este último caso, cuando sin proponerlo puntualmente es evidente que incorporó ese planteamiento en su estrategia defensiva. En este supuesto no existe problema alguno con el principio acusatorio y la decisión del Tribunal, debidamente motivada, por una u otra opción jurídica respetará igualmente el principio de contradicción y el derecho de defensa.

Es sabido que uno de los contenidos de la garantía de defensa procesal, junto con el conocimiento de los materiales de hecho afirmados por la parte contraria -la Fiscalía en este caso- y de la prohibición de la indefensión -que es la vertiente negativa de dicha garantía-, es que los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial -aducidos por las partes o que pueden proceder de la aplicación del principio *iura novit curia*- han de permitir a las partes procesales la posibilidad de aducir en torno a los mismos, de suerte que desde una perspectiva negativa están prohibidos los fallos sorpresivos.

Tratándose del supuesto de modificación de la calificación jurídica, y aún cuando no se ha planteado la tesis, es posible una desvinculación en los casos de manifiesto error; de evidencia de la opción jurídica correcta, fácilmente constatable por la defensa [véase la Sentencia Gea Catalán contra España, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco], de tal modo que por lo obvio o semejanza de la opción asumida no se produce un supuesto de indefensión, en tanto que todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación. En estos casos el tipo legal objeto de condena en relación con el tipo legal materia de acusación ha de ser homogéneo: mismo hecho histórico subsumible en una figura penal que lesione el mismo bien jurídico protegido [esta regla expresa una importante limitación al principio *iura novit curia*], en tanto expresan conductas estructuralmente semejantes.

III. DECISIÓN

- 13^º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno

Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 14º. ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, sin variar o alterar sustancialmente el hecho punible objeto de acusación, puede plantear la tesis de desvinculación. Ésta no es necesaria si la nueva circunstancia o la distinta tipificación, siempre que respete la homogeneidad del bien jurídico protegido, ha sido propuesta expresa o implícitamente por la defensa. Tampoco corresponde plantear la tesis para introducir una circunstancia atenuante o variar el grado del delito o el título de participación, ni cuando se está ante un manifiesto error en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa.
- 15º. PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 16º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 5-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ*****ASUNTO:* LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* Y
MODIFICACIÓN DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS
SIEMPRE QUE NO SE MODIFIQUE LA PENA
(ARTÍCULO 300º C.P.P)**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisprudencial de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar

las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la *non reformatio in peius* y la modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena -artículo 300º del Código de Procedimientos Penales-, en especial las recaídas en los recursos de nulidad Nº 945-2007, y Nº 1307-2007, del 4 y 6 de septiembre de 2007.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El artículo 300º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, establece el ámbito del recurso de nulidad y señala que:
 - “1) Si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema sólo puede confirmar o reducir la pena impuesta (*reformatio in peius*) y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación.

- 2) Las penas o las medidas de seguridad impuestas a los sentenciados que no hayan sido objeto de recurso de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable.
 - 3) Si el recurso de nulidad es interpuesto por el Ministerio Público, la Corte Suprema podrá modificar la pena o medida de seguridad impugnada, aumentándose o disminuyéndola, cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito.
 - 4) [...].
 - 5) [...].
 - 6) Los criterios establecidos en los numerales precedentes serán de aplicación a los recursos de apelación interpuestos en el proceso sumario previsto en el Decreto Legislativo N° 124 y en todos los demás procedimientos establecidos por la ley”.
- 7º. La prohibición de “reforma peyorativa”, significa, según Claus Roxin, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor (*Derecho Procesal Penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, dos mil, página cuatrocientos cincuenta y cuatro). La interdicción de la *reformatio in peius* forma parte del régimen de garantías legales de los recursos, en cuya virtud los pronunciamientos de la sentencia que no hayan sido impugnados por las partes -en especial por la parte recurrente- quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, por consiguiente, no es posible un pronunciamiento más gravoso para el recurrente, salvo si corresponde mejorar su situación jurídica [está demás reiterar que la sentencia que resuelve el recurso debe respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia que se exige para la instancia anterior]. Como tal, esa limitación está conectada, de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional, y, de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición de la indefensión. Su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el Tribunal Revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no sólo el derecho de defensa -se vulnera el principio de contradicción en la medida que se excede de los términos del debate recursal-, tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio, que exige que el Tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, en el verdadero fundamento de

dicha institución, conectada a su vez con la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva de aquél -de ahí que integra el contenido esencial del debido proceso penal-. En ese caso existe una notoria falta de correspondencia entre la argumentación del recurso y los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada.

- 8º. Con esa premisa es del caso analizar si en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el imputado o por la Fiscalía en su defensa, la Sala revisora puede, según el caso:
- A. Variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado).
 - B. Variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor).
 - C. Variar la pena de principal a accesoria o viceversa.
 - D. Integrar el fallo con una pena principal o accesoria prevista en la Ley y no impuesta en la sentencia.
 - E. Integrar el fallo con el plazo de la pena de inhabilitación o el monto de la multa cuando la sentencia recurrida los ha omitido.
 - F. Integración del fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178º - A del Código Penal.
- 9º. En lo pertinente a los puntos A, B y C del fundamento jurídico anterior se tiene que tomar en cuenta que mientras no se modifique lesivamente el *quantum* de la pena, es posible variar el grado de consumación, el grado de participación del agente así como la calificación de la pena de accesoria a principal o viceversa. Para ello se requiere que se establezca motivadamente la existencia de un error de apreciación jurídica en la sentencia recurrida. El único límite para el Tribunal de Revisión es que no se varíe negativamente la clase y extensión de las consecuencias jurídicas. La subsanación del error en que incurrió la sentencia impugnada no debe perjudicar la situación jurídica del imputado recurrente ni comprometer lesivamente el ámbito de la ejecución penal.

Con respecto a la pena de inhabilitación es de precisar que ésta puede ser principal o accesoria -así, artículo 37º del Código Penal-, así como que la inhabilitación accesoria se extiende por igual tiempo que la pena principal [artículo 39º del Código Penal], mientras que la inhabilitación impuesta

como pena principal se extiende de seis meses a cinco años [artículo 38º del Código Penal]. En consecuencia, y bajo los criterios ya establecidos, más allá de los supuestos en que resulta menester su imposición -diferentes, según se trate de inhabilitación principal o accesoria-, la variación de esa pena, a principal o accesoria según el caso, cuyos alcances a los derechos objeto de restricción no presentan diferencias entre ambas clases de penas- en uno u otro caso será factible siempre que el resultado final no redunde en perjuicio del recurrente.

10º. Es importante destacar, respecto del contenido o alcance de la *non reformatio in peius*, que un posible cambio en la calificación jurídica de los hechos por el Tribunal de Revisión será factible si: **a)** en aras del derecho a ser informado de la acusación se dé conocimiento de la alteración al recurrente con el objeto de que éste pueda contradecirla -los agravios del recurso comprendan ese debate-; y, **b)** que el cambio no conlleve un aumento de la pena o un cambio del tipo de pena que le suponga perjuicio. Es obvio que el cambio de calificación no puede suponer en ningún caso la introducción de nuevos hechos ni la alteración esencial de lo que constituyeron el objeto del proceso en primera instancia.

11º. Otra solución debe darse cuando el Tribunal de Instancia no impone una pena que la ley establecía para el caso juzgado. Cuando, ilegalmente, se omite establecer una de las penas conjuntas: multa o inhabilitación, por ejemplo. Salvo el caso de la omisión en la fijación de cuantías o tiempos determinados, cuyo límite en esos casos corresponde al petitorio de las partes, delimitados legalmente pero sin exceder el ámbito del recurso -principio acusatorio-, no es posible que de oficio, sin contradicción y en perjuicio del imputado, más allá de su legalidad, el Tribunal Revisor integre el fallo recurrido. Hacerlo importaría modificar la pena en la extensión de sus consecuencias jurídicas, lo que está prohibido por el indicado principio.

El recurso es una garantía primordial destinada a revisar, a instancia del afectado una resolución judicial -principio dispositivo- en aquellos ámbitos expresamente cuestionados -principio *tantum devolutum quantum appellatum*-, que como tal limita la competencia del Tribunal de Revisión a no alterar el resultado final en perjuicio del recurrente.

En estos casos, como el principio analizado -de relevancia constitucional- impide al Tribunal de Revisión modificar de oficio la sentencia agravando las consecuencias jurídicas si sólo fue el apelante el condenado prevalece incluso respecto del de estricta sumisión del Juez a la Ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la

sentencia. Hacerlo importaría agravar la situación jurídica del recurrente como consecuencia de su propio recurso con serio riesgo a la seguridad jurídica.

- 12º.** No vulnera el principio de interdicción de la reforma peyorativa cuando el Tribunal de Revisión integra el fallo de instancia e impone la medida de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual [artículo 178º-A del Código Penal, incorporado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventitrés]. El tratamiento terapéutico es una medida de seguridad, no es una pena. Su objetivo es la facilitación de la readaptación social del condenado, y como no altera el sentido de la sanción ni la modifica lesivamente en lo que respecta a su extensión o intensidad represiva, no puede afectarle la interdicción de la reforma peyorativa. En consecuencia, como no importa una agravación del entorno jurídico del imputado, la integración del fallo y su incorporación al mismo, no solo es posible sino necesario.

III. DECISIÓN

- 13º.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 14º. ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a doce, que el Tribunal, puede en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el sentenciado, según el caso: variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor), variar la pena de principal a accesoria o viceversa, e integrar el fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178º-A del Código Penal. Por otro lado, el Tribunal de Revisión no puede integrar el fallo recurrido e imponer una pena omitida aún cuando la ley penal la establezca.
- 15º. PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 6-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ**

**ASUNTO: SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN
CUANDO EXISTE RECURSO DE NULIDAD
CONCEDIDO VÍA QUEJA EXCEPCIONAL
EN RESOLUCIONES QUE PONEN FIN
A LA INSTANCIA**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia otras Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la virtualidad procesal de la suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia -entre ellas, la recaída en el recurso de nulidad número 5762-2006/Cajamarca, del doce de noviembre de dos mil siete-.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Lecaros Cornejo, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El Título V “Extinción de la acción penal y de la pena” del Libro Primero “Parte General” del Código Penal regula, entre otros aspectos, la suspensión de la prescripción de la acción penal. Según estatuye el artículo 84º del citado Código *“Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido”*. La citada disposición legal, así expuesta, existe como presupuestos que determinan el efecto suspensivo del plazo de prescripción, en

primer lugar, que preexista o surja ulteriormente una cuestión jurídica controvertida que impida la iniciación o la continuación del proceso penal incoado; y, en *segundo lugar*, que la decisión que incida sobre la iniciación o continuación del proceso se realice en otro procedimiento, obviamente distinto del que se ve impedido de continuar o del que, por lo anterior, no pueda instaurarse.

- 7º. La posibilidad de que el Supremo Tribunal conozca de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios -vía recurso de nulidad- pasa por el filtro del recurso de queja excepcional conforme a lo dispuesto por el apartado dos del artículo 297º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959. El objeto de este recurso extraordinario es, claro está, que la Sala Penal Suprema resuelva la admisibilidad de un recurso de nulidad rechazado por la Sala Penal Superior que actuó como Tribunal *Ad Quem*. El mencionado recurso será estimado siempre que “...se acredite que la resolución impugnada o el procedimiento que la precedió infringió normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquéllas”.

Es importante precisar que, como consecuencia de la interposición del recurso de queja, el Superior Tribunal dicta el auto concesorio respectivo y ordena la formación del cuaderno de queja. Éste se eleva al Supremo Tribunal, que absuelve el grado previo dictamen fiscal, y remite copia certificada de la respectiva Ejecutoria Suprema al Colegiado Superior, el que de estimarse el recurso interpuesto concede el recurso de nulidad antes denegado.

En este sentido, se debe dilucidar si la interposición del recurso de queja excepcional suspende los plazos de prescripción.

- 8º. El *primer presupuesto* material que determina la suspensión del plazo de prescripción -indicado en el párrafo 6- se presenta, con toda evidencia, puesto que la interposición del recurso de queja da origen a una cuestión jurídica inédita, centrada en definir si el órgano jurisdiccional de mérito -en concreto, el *Tribunal Ad Quem*- vulneró la Constitución o, en un sentido más amplio, el bloque de constitucionalidad, de suerte que su dilucidación, más allá o independientemente del propio efecto del recurso en análisis, obliga a establecer si la causa debe o no continuar, si se abre o no una instancia jurisdiccional excepcional. Es decir, impide hasta su dilucidación el archivo definitivo del proceso penal incoado, el mismo que habría operado de no haberse interpuesto el citado recurso.

- 9º. El *segundo presupuesto* material que ocasiona la suspensión del plazo de prescripción -precisado, igualmente, en el párrafo 6- también concurre en el presente caso. En efecto, como consecuencia de su interposición se forma un cuaderno de queja, que opera de forma independiente al expediente principal a través de un procedimiento, sin duda excepcional y autónomo, a mérito del cual el archivo de la causa se suspende hasta que no se resuelva el recurso de queja.
- 10º. Por tanto, la incoación y trámite del recurso de queja respecto de las resoluciones que ponen fin a la instancia en los procesos sumarios se adecua a las exigencias de los procedimientos que suspenden la prescripción de la acción penal. En consecuencia, para el cómputo de los plazos de prescripción en el referido supuesto no puede considerarse el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepcional, como consecuencia del denegatorio del recurso de nulidad, y la remisión al Tribunal Superior de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso en cuestión y concede el recurso de nulidad respectivo.

III. DECISIÓN

- 160 11º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 12º. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos seis a diez, que para el cómputo de los plazos de prescripción en los procesos sumarios no se considera el lapso comprendido entre la interposición del recurso de queja excepción -contra la resolución que pone fin a la instancia- y la remisión de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estima el recurso de queja y concede el recurso de nulidad respectivo al Superior Tribunal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales Superiores deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
- 13º. **PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 7-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: VIOLACIÓN SEXUAL: ALCANCE
INTERPRETATIVO DEL ARTÍCULO 173º.3 CP*,
MODIFICADO POR LA LEY NÚMERO 28704
PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisprudencial de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

* El inciso 3 del Artículo 173º fue declarado inconstitucional (Exp. 00008-2012-PI-TC) y publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2013.

- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas en las que la aplicación del inciso 3) del artículo 173º del Código Penal recaía sobre imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponentes a los señores Villa Stein, Prado Saldarriaga y Lecaros Cornejo, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El artículo 22º, párrafo segundo, del Código Penal excluye el efecto atenuante que dicha norma establece en su párrafo inicial, para “...*el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*”.

- 7º. Por otro lado, el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal incorpora una prohibición y una penalidad excesivas en relación con otros delitos similares. Es así, por ejemplo, que el delito de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menores, tipificado en el artículo 176º A del citado Código considera atípica la realización de tales actos si hay consentimiento y el sujeto pasivo tiene catorce o más años de edad. De igual manera, el artículo 179º A del texto punitivo sólo reprime con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, al que *“...mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años”*. Finalmente, el artículo 175º del aludido Código sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, a quien *“...mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo* por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años”*.
- 8º. Al respecto, se tiene presente, como reconoce la doctrina y la jurisprudencia nacionales, el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso, incorporado positivamente en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en cuya virtud: *“...la pena debe ser adecuada al daño ocasionado al agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado”* (FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal - Parte General*, Editorial Grijley, Lima, dos mil seis, páginas ciento quince y ciento dieciséis). Por consiguiente, es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.

En consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad, es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito de inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito [entendido en su relación con sus consecuencias sociales y para el imputado -influencia en su mundo personal, familiar y social-] (ÁLVARO PÉREZ PINZÓN: *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, dos mil cinco, páginas ciento nueve y ciento doce).

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “cuerdo”; debiendo decir: “cuerpo”.

- 9º. A la luz de los antecedentes normativos y jurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal -incluso si se tiene en cuenta delitos de un indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.
- 10º. En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad -por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su pleno consentimiento para dicha relación sin que medie ninguna presión o vicio de conciencia.
- 11º. Ahora bien, para una mejor determinación y justificación del tratamiento penal privilegiado del agente, en los términos anteriormente señalados, el órgano jurisdiccional debe considerar también la concurrencia en el caso *sub judice*, y según sus propias particularidades, de factores complementarios de atenuación como los siguientes:
- a) Que la diferencia etárea entre los sujetos activo y pasivo no sea excesiva.
 - b) Que exista entre los sujetos activo y pasivo un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente.
 - c) Que las costumbres y percepción cultural de los sujetos postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia a temprana edad.
 - d) La admisión o aceptación voluntaria en la causa por el sujeto activo de las prácticas sexuales realizadas.
- 12º. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175º y 179º A del Código acotado que

tratan de conductas semejantes, en las que incluso -como se ha indicado- median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica.

Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44º, 46º y 241º del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20º, inciso 10), del Código Penal -que regula la institución del consentimiento- puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175º y 179º A del Código Penal.

166

Es claro, por lo demás, que cuando el acceso carnal con una persona entre catorce y dieciocho años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza, aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal.

III. DECISIÓN

- 13º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON:

- 14º. **ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos nueve al doce, los criterios para el alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173º del Código Penal, modificado por la Ley número 28704 en cuanto a la determinación judicial de la pena. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.

15º. PRECISAR que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

16º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 8-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ**

**ASUNTO: DIFERENCIAS ENTRE LAS AGRAVANTES
QUE EN EL DELITO DE ROBO ALUDEN A LA
PLURALIDAD DE AGENTES Y A LA ACTUACIÓN
DELICTIVA COMO INTEGRANTE DE
UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la identificación de diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva del sujeto activo como integrante de una organización criminal. De tales Ejecutorias se evaluó como patrón decisional lo expuesto en el recurso de nulidad número 4156-2005/Lima, del dos de febrero de dos mil seis.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189º del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un *concierto criminal* en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes

- no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una *organización criminal* sea esta de estructura jerárquica - vertical o flexible - horizontal.
- 7º. En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de ésta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189º del Código Sustantivo se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes -en número mínimo de dos- con una organización criminal.
- 8º. De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317º del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante.
- 9º. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales. Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas "*grupo central*" o la "*red criminal*". En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación al artículo 317º del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos.

III. DECISIÓN

- 10º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDARON:

- 11º. ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al nueve, las diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal; así como la posibilidad concursal en el artículo 317º del Código Penal, ante la integración simultánea o sucesiva, de un mismo agente en varias organizaciones criminales. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
- 12º. PRECISAR** que el principio jurisprudencial que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 13º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 9-2007/CJ-116**

(Publicado el 25 de marzo de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ**

**ASUNTO: SOBRE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN
DE LA ACCIÓN PENAL PARA DELITOS
SANCIONADOS CON PENA PRIVATIVA DE
LIBERTAD SEGÚN LOS ARTÍCULOS
80º Y 83º DEL CÓDIGO PENAL**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penal Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- 2º. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondía analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan en las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos en lo Penal.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que detectaron las discrepancias existentes en la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80º del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83º del citado cuerpo legal.
- 4º. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes y necesarios para configurar una doctrina legal que haga razonable disponer su carácter de precedente vinculante.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º *in fine* hace referencia al **plazo extraordinario**.
- 7º. Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando *“el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción”*. Cabe señalar que para ambos tipos de

plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código Penal.

- 8º. Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29º o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80º del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua.
- 9º. Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que **tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal**; no afectan en nada, ni menos excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83º del Código Penal.
- 10º. En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.

III. DECISIÓN

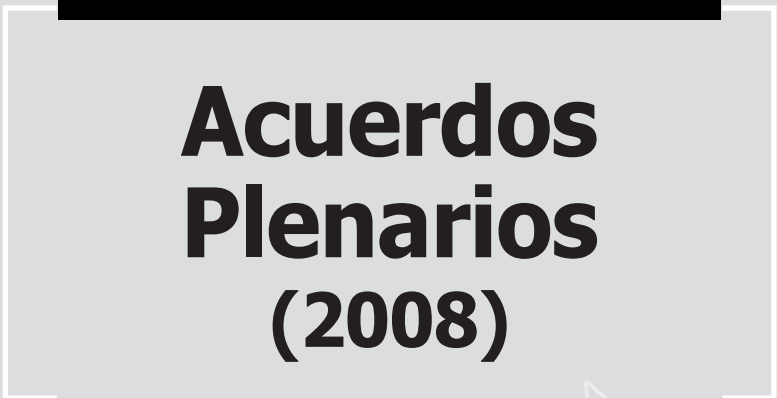
- 11º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

- 12º. ESTABLECER** como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos del seis al diez, los criterios para la interpretación y aplicación de los alcances del párrafo cuarto del artículo 80º del Código Penal, así como sobre la eficacia de dicha disposición en relación a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 83º del citado cuerpo legal. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos.
- 13º. PRECISAR** que el principio jurisprudencia que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 14º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SALAS GAMBOA
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
LECAROS CORNEJO
VALDÉZ ROCA
MOLINA ORDÓÑEZ
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTOS PEÑA
CALDERÓN CASTILLO
ROJAS MARAVÍ
URBINA GANVINI**



Acuerdos Plenarios (2008)



4. Acuerdo Plenario del 2008

4.1.

Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2008/CJ-116

(Publicado el 3 de noviembre de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL

ART. 116º TUO LOPJ

**ASUNTO: REINCIDENCIA, HABITUALIDAD Y
DETERMINACIÓN DE LA PENA**

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los Plenos Jurisdiccionales Distritales, Regionales y Nacional de Magistrados de lo Penal realizados en Arequipa, Lima e Iquitos entre los años dos mil siete y junio de dos mil ocho, que analizaron y decidieron sobre los alcances hermenéuticos de las Leyes número 28726 y 28730, en lo que atañe **(1)** a las circunstancias de **reincidencia y habitualidad** (artículos 46º, incisos 12 y 13, 46º B, 46º C, y 69º del Código Penal); así como **(2)** al **concurso real de delitos** (artículos 50º y 51º del Código Penal). Particularmente en lo referente a sus presupuestos y requisitos legales, así como sobre sus efectos en la determinación de la pena concreta.

Dado que la sentencia del Tribunal Constitucional número 0014-2006-PI/TC, del diecinueve de enero de dos mil siete, declaró la constitucionalidad de las reformas legales que introdujeron las aludidas circunstancias, corresponde ahora al Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia definir las reglas más idóneas para su adecuada aplicación, partiendo, para ello, de la evaluación de los siguientes problemas:

- a) La operatividad paralela de las mismas circunstancias de reincidencia y habitualidad en disposiciones legales con funciones diferentes: artículos 46º, incisos 12 y 13, del Código Penal (circunstancias genéricas y comunes); y, 46º B y 46º C del citado Código (circunstancias cualificadas de agravación).
- b) La eficacia de las agravantes cualificadas de los artículos 46º B y 46º C del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad para la determinación judicial de la pena concreta.

- c) Implicancias de los efectos de la agravante cualificada del artículo 46º C del Código Penal sobre habitualidad frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos de los artículos 50º y 51º del mismo Código.
 - d) Elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46º B del Código Penal sobre reincidencia y 46º C del citado Código sobre habitualidad.
 - e) Determinación de la pena en caso de concurrencia de la circunstancia cualificada del artículo 46º A del Código Penal, con las previstas en los artículos 46º B o 46º C del mismo Cuerpo de Leyes.
 - f) Límites de la penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46º B y 46º C del Código Penal.
 - g) Eficacia de los antecedentes penales en los casos de reincidencia según los artículos 46º B y 69º *in fine* del Código Penal.
- 4º. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la

conducta atribuida al imputado (“**juicio de subsunción**”). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (“**declaración de certeza**”). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (“**individualización de la sanción**”).

La **determinación judicial de la pena** es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como **individualización judicial de la pena** o **dosificación de la pena**.

- 7º. Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un **sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico**. Esto es, el legislador solo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En un **nivel operativo y práctico** la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales.

En la **primera etapa**, el Juez debe determinar la **pena básica**. Esto es, verificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108º se reprime el delito de asesinato consignando sólo el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el máximo se deberá recurrir al artículo 29º que contempla como límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

En la **segunda etapa**, el Juzgador debe individualizar la **pena concreta**, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46º, 46º A, 46º B y 46º C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal.

- 8º. Se denomina **circunstancias** a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más o menos grave. **Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido.** En ese contexto se considera como **circunstancias comunes o genéricas** a aquellas que pueden operar con cualquier delito, por ejemplo las circunstancias previstas en el artículo 46º del Código Penal. Esta clase de circunstancias sólo permiten graduar la pena concreta dentro de los márgenes establecidos por la pena básica. En cambio las **circunstancias cualificadas**, si bien pueden operar también con cualquier delito, como el caso del artículo 46º A del Código Penal, ellas disponen la configuración de un nuevo extremo máximo de la pena y que será el límite fijado para dicho tipo de agravante por la ley (“... *un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido*”). **Será hasta este nuevo máximo legal la pena básica y dentro de la cual el juez deberá determinar la pena concreta.**
- 9º. Un aspecto importante en la relación circunstancias y determinación judicial de la pena, es el que corresponde a la **conurrencia de circunstancias** en un caso penal. Esto es, que en la causa puedan estar presentes varias circunstancias agravantes, varias circunstancias atenuantes o, simultáneamente, circunstancias agravantes y atenuantes. Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, **el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente.** Esto es, **toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta.**

Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor. Igualmente, la pluralidad de circunstancias atenuantes llevará la cuantificación punitiva hacia el extremo mínimo de la pena prevista para el delito cometido. Por último, frente a la existencia simultánea de circunstancias agravantes y atenuantes, la posibilidad cuantitativa de la pena deberá reflejar un proceso de compensación entre factores de aumento y disminución de la sanción, pudiendo situarse la pena concreta en el ámbito medio de la pena básica (GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L.: *Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal*, Universidad de Valencia, Valencia, mil novecientos ochenta y ocho, página doscientos veintidós).

Sin embargo, es pertinente destacar que la concurrencia simultánea o sucesiva de varias circunstancias **sólo tiene efectividad en la**

determinación de la pena concreta cuando todas las circunstancias concurrentes son compatibles entre sí. Esto es, siempre que cada circunstancia concurrente se refiera a un factor o indicador diferente. Lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la persona que fue detenida cuando pretendía ingresar a un Centro Penal una bolsita de polietileno conteniendo cincuenta gramos de pasta básica de cocaína. Efectivamente, en este supuesto las circunstancias concurrentes son compatibles, pues aluden a dos factores distintos: **lugar de comisión del delito** (artículo 297º, inciso 4, del Código Penal) y **escaso volumen del objeto de acción del delito** (artículo 298º del Código Penal).

- 10º.** La deficiente técnica legislativa que se detecta en la redacción de los supuestos de reincidencia y habitualidad definidos en los artículos 46º A y 46º B del Código Penal debe subsanarse por el juez para aplicar con sentido de equidad dichas disposiciones. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional deberá recurrir a criterios de interpretación de la ley penal que tomen en cuenta la finalidad del legislador, los antecedentes legislativos nacionales y extranjeros de la materia, así como la función dogmática y político criminal de las normas examinadas. Esto es, el juez deberá de aplicar -en lo pertinente de modo integrado- los métodos teleológico, histórico y sistemático de interpretación de la ley penal que reconoce la doctrina a fin de alcanzar un resultado hermenéutico razonable, útil y legítimo. Como advierte la doctrina: *“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”* (HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, dos mil cinco, página doscientos veinte y siguientes).

En este contexto, la reincidencia y la habitualidad, como circunstancias calificadas de agravación, deben aplicarse tomando en cuenta su función represiva diferenciada, así como la distinta construcción normativa y de efectividad punitiva que a cada una de ellas les ha dado el legislador. Sin embargo, el juez debe también, en lo posible, armonizar la eficacia de tales circunstancias con la que legalmente corresponde a las demás disposiciones del Código Penal preexistentes y posteriores a la Ley número 28726.

- 11º.** La sucesión de leyes penales en el tiempo se rige por las exigencias del principio de legalidad y por el principio de favorabilidad frente a la duda razonable sobre su eficacia o alcance interpretativo. Estos criterios rectores, plenamente seguidos por la doctrina penal y constitucional, resultan idóneos para resolver el conflicto normativo que se presenta

entre los párrafos finales de los artículos 46^º B del Código Penal sobre reincidencia y 69^º del Código Penal sobre cancelación de antecedentes penales por cumplimiento de la pena impuesta. No obstante, como lo han destacado los expertos, en el examen de la favorabilidad de una ley penal frente a otra el Juez no debe limitarse a realizar un análisis meramente abstracto sino que él debe posesionarse dentro de las coordenadas específicas del caso concreto que debe resolver (HURTADO POZO, JOSÉ: *Obra citada*, página trescientos y siguientes).

- 12^º. La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La **finalidad** de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social. El Tribunal Constitucional, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabilidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio.

Desde una perspectiva general se puede calificar de **reincidente** a quien por la repetición de hechos delictivos revela la inclinación a cometerlos, por lo que el *plus* de punición se orienta a la reforma de aquella inclinación delictiva.

Los **requisitos** para la calificación de reincidencia, en función a una interpretación gramatical y sistemática del artículo 46^º B del Código Penal, en concordancia con el último párrafo del artículo 69^º del citado Código, en su versión establecida por la Ley número 28730, del trece de junio de dos mil seis, son los siguientes:

- (1) Haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad. No está comprendido el cumplimiento total o parcial de otra clase de pena. Se trata de una sentencia condenatoria ejecutoriada a pena privativa de libertad de carácter efectiva.
- (2) Los delitos -se excluyen las faltas- antecedente y posterior han de ser dolosos. El delito posterior debe de cometerse luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad. Ello presupone sentencias firmes y con principio de ejecución efectiva.
- (3) No hace falta que el delito posterior esté en el mismo Título del Código, o mejor dicho, sea de la misma naturaleza, es decir, que exista identidad o similitud del tipo o la identidad del bien jurídico

vulnerado; no hay un elemento relacional entre los dos delitos. Se trata, por consiguiente, de una reincidencia genérica.

- (4) El lapso de tiempo que debe transcurrir, luego del cumplimiento total o parcial de la pena privativa de libertad -condición básica para calificar de reincidente a un delincuente-, es de cinco años. Para el entendimiento de este último requisito se recurre a la regla del artículo 46º C del Código Penal, que precisa que los hechos punibles se han de perpetrarse “...en un lapso que no exceda de cinco años”.
- (5) Es una circunstancia personal e incommunicable a los coautores o partícipes en quienes no concurra.

Procesalmente debe tomarse en consideración dos requisitos. El *primero*, el juzgador, para la calificación de reincidente de un imputado, ha de tener a la vista el boletín de condenas y, en su caso, la hoja carcelaria respectiva -que establece la fecha exacta de la excarcelación-; en defecto de uno o ambos documentos registrales, ha de contar con copia certificada de la sentencia y, si correspondiere, de la resolución que dispone su excarcelación por la concesión de un beneficio penitenciario. El *segundo*, como la reincidencia es una circunstancia agravante cualificada, por imperio del principio acusatorio, ha de ser solicitada por el Fiscal en la acusación, a menos que el Tribunal haga uso del planteamiento de la tesis al amparo de lo dispuesto por el artículo 285º A del Código de Procedimientos Penales. Por tanto, no puede establecerse de oficio, sin el debate procesal respectivo, pues ello importaría, además, un fallo sorpresivo que vulneraría el principio de contradicción.

Respecto de la **medida de la pena** al reincidente es de indicar lo siguiente:

- A. La especialidad de la agravación de la pena por reincidencia se fundamenta básicamente, como ya se indicó, por razones de prevención especial -vida del autor anterior al delito- y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho -no representa una causa de aumento de culpabilidad- (CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO: *Individualización judicial de la pena*, Editorial Colex, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página ciento noventa y siete). Si la culpabilidad es un principio estructural básico del Derecho penal, una de sus consecuencias es la función limitadora de la pena que debe cumplir dicho principio.
- B. Establecida la calidad de reincidente del agente, y como la reincidencia es la única circunstancia que tiene como fundamento una pena

merecida por otro hecho punible anterior y ya sancionado, el órgano jurisdiccional deberá determinar hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad concreta -primera operación adicional-. Es evidente que las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué empezar y, en su caso, agotar el tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

El marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho debe ir referido necesariamente a un concreto autor y a las circunstancias del hecho realizado; y, hasta dicho límite, no hay ya razones para excluir las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor, esto es, evitar su recaída en el delito (JAÉN VALLEJO, MANUEL: *Justicia penal contemporánea*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, dos mil dos, página cincuenta y nueve).

- C. Dentro del marco establecido por la culpabilidad: determinación de un marco, necesariamente ampliado en sus posibilidades legales en virtud del artículo 46º B del Código Penal, tiene lugar la segunda operación adicional -efectos punitivos concretos de la reincidencia-, con la que culmina la individualización de la pena.

En este nivel se ha de tener en cuenta que la culpabilidad por el hecho pudo agravarse por haberse rebelado el autor contra normas sociales cuya validez le queda clara por medio de una condena anterior por un nuevo delito doloso. Sin embargo, la agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por la pena anterior; al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena [así, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, BverfGE 50, 125 ss].

- 13º. Sobre la base de los anteriores fundamentos jurídicos, y en torno a los problemas detectados y definidos en el numeral tres de los Antecedentes de este Acuerdo Plenario, se asumen los siguientes criterios de interpretación:

- a) ***Sobre la operatividad paralela de las mismas circunstancias en disposiciones legales con funciones diferentes.*** Queda claro que

la reincidencia y la habitualidad no pueden cumplir a la vez las funciones que corresponden a una circunstancia común y a una cualificada. **Sólo deben apreciarse en su rol de circunstancias cualificadas**, pues únicamente en ese caso pueden agravar la pena por encima del marco de conminación legal de la sanción para el delito cometido, lo cual fue el sentido de su reincorporación al Derecho penal nacional.

- b) *Sobre la eficacia de las agravantes cualificadas para la determinación judicial de la pena concreta.* La condición cualificada de una agravante siempre demanda que el juez **determine la pena concreta dentro del nuevo marco conminatorio que ha fijado la ley como consecuencia punitiva para la reincidencia y la habitualidad.** Y donde tomando de referencia la pena conminada para el delito que posibilita la configuración de la agravante cualificada, el *nuevo máximo de la pena básica* será el límite fijado por el artículo 46º B para dicho tipo de agravante (*un tercio o una mitad por encima del máximo original*).
- c) *Sobre la operatividad de la agravante cualificada del artículo 46º C frente a las reglas sobre concurso real y concurso real retrospectivo de delitos.* Siendo la habitualidad una circunstancia agravante cualificada **se deberán aplicar sus efectos punitivos sólo en el tercer delito cometido en le* lapso de cinco años y luego se sumará la pena resultante a las penas concretas correspondientes a los otros delitos del concurso real**, pero respetando siempre los límites punitivos fijados por los artículos 50º y 51º del Código Penal (La pena total no debe ser superior al doble del máximo conminado para el delito más grave, ni mayor de treinta y cinco años de privación de libertad; y si para uno de los delitos en concurso corresponde cadena perpetua, sólo se aplicará esta sanción excluyéndose las demás).
- d) *Sobre los elementos de configuración de las agravantes cualificadas de los artículos 46º B y 46º C.* Se debe asumir que **la reincidencia opera sólo hasta los cinco años posteriores al cumplimiento parcial o total de pena privativa de libertad por condena anterior.** Este límite cronológico es compatible con el que históricamente se fijaba en el artículo 111º del Código Penal de mil novecientos veinticuatro. Además resulta similar al considerado por

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "le"; debiendo decir: "el".

el artículo 46º C del Código Penal vigente para la habitualidad que regula una efectividad penal más gravosa. El nuevo delito que da lugar a la reincidencia **puede ser de igual o distinta naturaleza** que el que determinó la pena privativa de libertad cumplida total o parcialmente.

En cuanto a la **habitualidad**, ella se produce solamente en el caso de que **los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo**. Además la habitualidad requiere que **todos los delitos cometidos sean dolosos y de igual naturaleza**. Esta especialidad en la **reiterancia** indica la habituación delictiva del agente y justifica su mayor punibilidad.

- e) ***Sobre la determinación de la pena concreta en caso de concurrencia de circunstancias calificadas del artículo 46º A, con las previstas por los artículos 46º B o 46º C.*** Si concurrieran las agravantes calificadas del artículo 46º A (calidad de funcionario público, aprovechamiento de conocimientos privilegiados, comisión en prisión de delitos graves) con las de reincidencia o habitualidad se deberán aplicar los efectos punitivos correspondientes en la determinación de la pena concreta, por ser todas circunstancias compatibles. No obstante, la pena concreta resultante no podrá exceder de los límites contemplados por el artículo 46º A del Código Penal (de treinta y cinco años de privación de libertad).
- f) ***Límites de las* penalidad derivada de las agravantes de los artículos 46º B y 46º C.*** En coherencia con los límites punitivos fijados en los artículos 29º, 46º A, 50º y 51º del Código Penal, **en ningún caso la pena concreta** que corresponda a la efectividad de la agravación por reincidencia o habitualidad **será mayor de treinta y cinco años** de pena privativa de libertad. **Cuando los delitos que dan lugar a tales supuestos tengan prevista pena de cadena perpetua sólo se aplicara dicha pena.**
- g) ***Eficacia de los antecedentes penales cancelados en los casos de reincidencia según los artículos 46º B y 69º in fine.*** La reforma del artículo 69º del Código Penal, sobre cancelación de antecedentes y rehabilitación inmediata, tuvo lugar mediante la Ley número 28730, del trece de mayo de dos mil seis. Esto es, cuatro días después que la Ley número 28726 que introdujo el artículo 46º B del Código Penal

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "las"; debiendo decir: "la".

sobre la agravante de reincidencia. Por consiguiente, la primera de las normas citadas modificó implícitamente a la segunda. Siendo así el párrafo *in fine* del nuevo texto del artículo 69º, donde se dispone que “*La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena.*”; derogó el párrafo final del artículo 48º B del Código Penal que establecía que “*A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados*”. De esta manera, pues, a partir de la vigencia de la Ley número 28730, **la reincidencia es una excepción a la regla general de la rehabilitación inmediata** por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.

Ahora bien, esa excepción sólo debe ser aplicable a condenas que se hayan impuesto y cumplido con posterioridad a la ya citada reforma del numeral 69º del Código Penal. En todo caso, cuando se haya vencido el **plazo de prescripción de la reincidencia** acordado en cinco años posteriores a la excarcelación (ver literal ‘d’), operará definitivamente la cancelación de los antecedentes generados por esa condena.

III. DECISIÓN

14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los **fundamentos jurídicos 12º y 13º, literales a, b, c, d, e, f y g**, para la configuración de las agravantes por reincidencia y habitualidad, así como para la determinación de la pena concreta en tales casos.

16º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

17º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL****ACUERDO PLENARIO Nº 2-2008/CJ-116**

(Publicado el 3 de noviembre de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: ALCANCES DE LA PENA
DE INHABILITACIÓN**

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió

- tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente de tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.
- 3º.** En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la pena de inhabilitación. Específicamente resolvió abordar los alcances de la pena de inhabilitación, la extensión y tiempo de duración de la inhabilitación, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición.
- 4º.** En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en los Plenos jurisdiccionales que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º.** La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, de catorce votos a favor, dos en contra y una abstención, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor RODRÍGUEZ TINEO, y se incluyó al señor PRADO SALDARRIAGA quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Regulación de la pena de inhabilitación en el Código Penal*

- 6º. La pena de **inhabilitación** consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.
- 7º. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37º del Código Penal). La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma aunque puede ser aplica* conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad, es, pues, complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho -se basa en la incompetencia y el abuso de la función- (artículos 39º y 40º del Código Penal).

194

La autonomía de la inhabilitación principal está en función a su conminación en un tipo delictivo concreto de la parte especial del código penal o de leyes penales complementarias. Por ello, aún cuando en algunos tipos legales, como los contemplados en los artículos 177º, 181º-B y 398º del Código Penal, se indique que la inhabilitación conminada es accesoria, por su propia ubicación sistemática y legal debe entenderse que es principal.

§ 2. *Contenido de la pena de inhabilitación*

- 8º. El artículo 36º del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación. Comprende hasta ocho ámbitos precisos y corresponde a los tipos delictivos identificarlos. Sin embargo, en el caso del artículo 39º del Código Penal será el órgano jurisdiccional el que defina los derechos objeto de afectación punitiva, pero siempre dentro del catálogo establecido por el citado artículo 36º.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "aplica"; debiendo decir: "aplicada".

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36º del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito.

En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

§ 3. *Duración y cómputo de la pena de inhabilitación*

9º. El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme. Por tanto, no es de aceptar que el cómputo de la inhabilitación principal recién se inicia una vez cumplida la pena privativa de libertad, pues de ser así aquella alternativa en la vida del condenado tendría la inadmisibles consecuencia de alterar los cómputos correspondientes al fallo. Es más, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, sería del caso que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Pero al margen de estos argumentos está la regla sobre el cómputo de la prisión preventiva, pues si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa previsión.

En el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el artículo 39º del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38º de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años.

10º. La inhabilitación accesoria, como ha quedado expuesto, siempre es temporal. La inhabilitación principal es, asimismo, temporal, pero existen excepciones en función a la “naturaleza de las cosas”, por la definitividad del derecho o actividad objeto de privación. Así:

- A. Taxativamente, de conformidad con el inciso 6) del artículo 36º del Código Penal modificado por la Ley número 29106, la cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego es perpetua, y siempre y cuando la pena que conlleva el delito cometido es doloso y merezca pena privativa de libertad superior a cuatro años.
- B. El inciso 8) del artículo 36º del Código Penal importa una privación definitiva de títulos honoríficos. Sin embargo, una vez terminada la condena el penado podrá obtener los mismos u otros distintos -no los recupera, sino que por una acción ulterior podrá ser acreedor a títulos honoríficos, claramente diferenciados del anterior, definitivamente perdido-.
- C. Respecto del inciso 1) del artículo 36º del Código Penal: *“Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”*, como la norma alude a una relación de derecho público e indica “privación”, es de entender que el penado pierde el cargo, no sólo su ejercicio -privación de titularidad-. Se trata por tanto de una privación definitiva -no es una pena perpetua sino instantánea, a pesar de que sus efectos sean de carácter permanente, como aclara JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA-. Sólo en la suspensión se impide el ejercicio de un derecho o actividad, de forma que aquél se recupera tras cumplir la pena. Es este caso, la pena surte el efecto de privar de los derechos dese* que la condena queda firme, por lo que en este caso la inhabilitación importará la pérdida del empleo o cargo público que el autor haya adquirido con anterioridad a la sentencia, aunque fuere con posterioridad al delito (Conforme: ZAFFARONI/SLOKAR).

§ 4. *Exigencias procesales para la imposición de la pena de inhabilitación*

- 11º. El artículo 92º.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público en concordancia con el artículo 225º.3 del Código de Procedimientos Penales establece que el escrito de acusación debe contener la proposición de la pena que fuera aplicable y su duración. De igual manera, el artículo 273º del aludido Código prescribe que la acusación oral del Fiscal concluirá pidiendo la pena que juzgue legal. Es evidente, por lo demás, que el Tribunal en el ejercicio de su poder de control de legalidad de los actos postulatorios del Ministerio Público está autorizado a cuidar que los pedidos de pena se enmarquen dentro de las estipulaciones o marcos de

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “dese”; debiendo decir: “desde”.

la Ley, específicamente en orden al tiempo de duración y a la precisión de los derechos objeto de privación, incapacitación o suspensión de la pena de inhabilitación.

Por otro lado, el artículo 285º de la Ley procesal penal estatuye que la sentencia condenatoria, entre otros elementos que la configuran, debe imponer la pena principal que debe sufrir el reo, la fecha que ésta comienza a contarse, el día de su vencimiento, y las penas accesorias.

La necesidad de que la acusación comprenda el pedido de pena que el Fiscal considere legal, en principio, no vincula la posición del Tribunal. Se trata de una propuesta de sanción que el Tribunal valorará conforme a la garantía penal, de legalidad de las penas, en cuya virtud, según prevé el artículo II del Título Preliminar del Código Penal en concordancia con el artículo 2º.24.e) de la Constitución, la pena objeto de sanción será exclusivamente la establecida en la ley. Es ésta la que fija la pena aplicable una vez que se han precisado los distintos elementos que la determinan.

El principio acusatorio sólo exige, en relación con la acusación, la **(1) congruencia fáctica**: las características esenciales del hecho punible acusado, en cuyo caso la correlación es absoluta (“**vinculación fáctica**”); y, **(2) la congruencia jurídica**: identidad del bien jurídico respecto del delito acusado, esto es, una correlación relativa (“**vinculación jurídica**”).

La **congruencia cuantitativa**, en función al *petitum* del Fiscal, es inexistente en el Código de Procedimientos Penales, tal como está previsto en el artículo 285º-A. Desde esta perspectiva, aunque el Fiscal tiene el deber de concretar la pena, tal fijación no vincula al Tribunal que tiene la obligación de imponer aquella que legalmente corresponda de conformidad con sus propios criterios en orden a la valoración de aquello que ha sido sometido a su enjuiciamiento, pues en ese punto impera el principio de legalidad, de necesario cumplimiento.

Empero, en el Nuevo Código Procesal Penal la **vinculación penológica** es relativa, pues el artículo 397º.3 estipula, bajo la condición de su legalidad -tiempo y extensión-, la no imposición de una pena más grave que la requerida por el Fiscal. En este último supuesto la congruencia cuantitativa importa, llanamente, una recepción matizada de una fórmula eminentemente dispositiva, que como es obvio no integra el núcleo del principio acusatorio, circunscrito a la delimitación del hecho punible dentro de los términos del debate; la ley, en este caso, reconoce al Fiscal una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales.

12º. Respecto de la solicitud de pena del Fiscal, pueden presentarse, entre otros, dos problemas, según se ha detectado en el conocimiento recursal de las causas que son elevadas al Supremo Tribunal. El primer problema está referido a la omisión de solicitar la pena de inhabilitación pese a que está forzosamente vinculada al tipo legal objeto de acusación. El segundo problema está vinculado a la entidad y a la extensión de la inhabilitación.

En cuanto al primer problema:

- A. Como se ha establecido en los fundamentos jurídicos anteriores, el artículo 37º el Código Penal establece que la pena de inhabilitación -según su importancia y rango- puede ser impuesta como principal o accesoria. La pena de **inhabilitación principal** se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra, de manera autónoma, y es la establecida en el tipo legal pertinente. La pena de **inhabilitación accesoria**, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal a la cual complementa, y conforme al artículo 39º del citado Código se fija en atención a la naturaleza del delito cometido por el individuo, siempre que *“...el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley”*. Los delitos culposos de tránsito también incluyen una modalidad de inhabilitación accesoria según lo establece el artículo 40º del Código Penal.
- B. Como regla general del Código Penal, la pena de inhabilitación, cuando se impone como pena conjunta, siempre va asociada a la pena privativa de libertad.
- C. Es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la **inhabilitación principal**, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta -en el presente caso la inhabilitación- está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla.

- D. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no se vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas.
- E. Distinto es el caso de la pena de **inhabilitación accesoria**, puesto que no está asociada a un tipo legal determinado y, por tanto, no se desprende del mismo la sanción adicional a la pena principal. Si la cita del delito cometido, en relación a la norma penal que lo prevé y sanciona, es insuficiente, y es del caso acudir a una regla de la Parte General del Código Penal (artículos 39º y 40º) para la subsunción y justificación respectiva, lo cual debe generar con carácter previo una petición del Fiscal y un debate con la parte afectada: el imputado y su defensor, entonces, no es posible que se imponga *ex officio iudex* pues causaría indefensión constitucionalmente prohibida. Queda claro que lo que se vulnera en este caso no es el principio acusatorio, que integra la garantía genérica del debido proceso, sino la garantía de defensa procesal desde que en ese caso un ámbito del fallo sería sorpresivo.

13º. El segundo problema está vinculado al tiempo de la inhabilitación y a su extensión. Sobre el particular es de acotar lo siguiente:

- A. El artículo 46º, primer párrafo, del Código Penal, con estricto apego a la garantía penal de legalidad, establece que la pena se debe determinar dentro de los límites fijados por la ley. En el caso de la pena de inhabilitación principal el tiempo de duración está fijado, específicamente, en el tipo legal respectivo.
- B. No obstante, son varios los tipos legales establecidos en el Código Penal que no fijan específicamente el tiempo de duración de la pena conminada de inhabilitación. En estos casos se deberá recurrir a lo establecido en el artículo 38º del citado Código.

Así ocurre, por ejemplo, en los casos de los artículos 111º segundo y último párrafo, 117º, 121º-A, 124º segundo párrafo, 122º-A, 124º, 153º-A, 155º, 157º, 169º, 170º, 177º, 181º-A, 181º-B, 183º-A, 200º cuarto párrafo, 222º, 223º, 225º, 237º, 243º, 243º-C, 247º *in fine*, 259º, 260º, 274º, 296º, 296º-A, 297º, 300º, 303º-B, 316º. 1 y 2, 317º *in fine*, 318º, 318º-A penúltimo párrafo, 320º, 323º *in fine*, 324º,

376º-A, 393º, 394º, 395º, 396º, 398º, 399º, 400º, 401º, 409º-B y 450º-A.

En otras ocasiones el Código Penal acude a una técnica legislativa donde se alude a la pena de inhabilitación y a su duración al final de un Capítulo o Título: Por ejemplo, los artículos 353º -delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional-, 360º -delitos contra la Voluntad Popular-, 426º -delitos cometidos por Funcionarios Públicos y delitos contra la Administración de Justicia-, 432º -delitos de falsificación de documentos-, y 436º -delitos de falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales-. En la legislación penal complementaria, existen tipos legales con esa misma característica en la Ley número 28008 -delitos aduaneros-, artículo 10º. b) y c); y en el Decreto Ley número 25475 -delitos de terrorismo-, artículos 5º y 6º-A.

En lo que respecta a la pena de inhabilitación accesoria ella tiene fijado su tiempo de duración exclusivamente en el artículo 39º del Código sustantivo.

- C. En todos los supuestos mencionados, como necesariamente el Código Penal fija el tiempo de duración de la pena de inhabilitación -en el propio tipo delictivo o en los artículos 38º y 39º- la omisión de su especificación no es relevante desde el principio de acusatorio ni desde la garantía de defensa, en su faz negativa de proscripción de la indefensión. La aplicación correcta de la pena, establecida en el tipo legal o en la Parte General del Código Penal, en la medida en que no supera los límites legales, no vulnera garantía alguna y, más bien, es compatible con el principio de legalidad de las penas.
- D. Por lo general, tratándose de la pena de inhabilitación principal el tipo delictivo especifica los derechos objeto de privación, suspensión o incapacitación, esto es, hace una mención expresa a los respectivos incisos del artículo 36º del Código Penal. Sólo excepcionalmente el tipo legal no precisa el derecho objeto de inhabilitación: artículos 170º del Código Penal y 5º del Decreto Ley número 25475. En todos estos casos rige el mismo principio del literal anterior: la omisión del Fiscal en citar el derecho afectado no es relevante, pues la propia ley establece, directa o indirectamente, el derecho objeto de restricción, y esa consecuencia jurídica no es ajena al conocimiento del imputado y su defensa, ni a la posibilidad de contradicción. En consecuencia, la fijación específica del derecho objeto de privación, incapacitación o suspensión, ante un error de la Fiscalía, no es óbice para que el Tribunal aplique rigurosamente la ley.

E. Otro ámbito problemático se sitúa en aquellos supuestos en que la Fiscalía solicita una pena inferior, tanto respecto a los derechos comprendidos cuanto al tiempo de duración. El Tribunal, en estos casos, está autorizado a comprender en la inhabilitación los derechos que fueran pertinentes y a fijar el tiempo de duración de la inhabilitación conforme a las estipulaciones de la ley: rige el principio de legalidad, no el acusatorio. No hace falta que, ante vacíos de la acusación, se acuda a la tesis de desvinculación. En este caso, como es obvio, debe extremarse la exigencia de motivación en lo atinente a esos dos ámbitos: derechos comprendidos y tiempo de duración de la inhabilitación. La motivación debe plantear el problema suscitado y resolverlo a través de una argumentación en la que quede de manifiesto la necesidad de elevar la sanción.

14º. Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el Tribunal *A Quo*. En el conocimiento del recurso impugnatorio el Tribunal *Ad Quem* tiene límites trazados por el principio de interdicción de la reforma peyorativa, previsto por los artículos 300º.1 del Código de Procedimientos Penales y 409º.3 del Código Procesal Penal.

Las omisiones incurridas por el Tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el Fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del Tribunal de Revisión integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11º y 12º.

§ 5. *Ejecución de la pena de inhabilitación*

15º. La ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332º del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al Instituto Nacional Penitenciario y al Establecimiento Penal donde se

encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución. Éste último procederá, en lo pertinente, a lo siguiente:

- A. Notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (artículo 368º del Código Penal).
- B. Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los artículos 2030º y 2032º del Código Civil.
- C. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (artículo 36º. 1 y 2 del Código Penal) remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectadas.
- D. Si la privación o la incapacitación se refiere a cargos o comisiones públicas de elección popular; así como a la suspensión de derechos políticos (artículo 36º. 1, 2 y 3 del Código Penal), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.
- E. Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al Colegio profesional respectivo o a la Federación de Colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.
- F. Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio del ramo o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.
- G. Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada

de designar a quien haya de sustituir al penado, así como -si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogimiento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

H. Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó.

16º. El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al Juez Penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente -nacional, regional o municipal- y, en todo caso, a la policía.

Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión -claro está- de aquellas privaciones definitivas de derecho ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente.

III. DECISIÓN

16º.* En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los **fundamentos jurídicos** 8º al 16º.

18º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee como numeración correlativa: "16º., 17º., 18º. y 19º."; debiendo decir: "17º., 18º., 19º. y 20º.", respectivamente.

19º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL****ACUERDO PLENARIO Nº 3-2008/CJ-116**

(Publicado el 3 de noviembre de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ**

**ASUNTO: CORREO DE DROGAS, DELITO DE TID
Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL
ARTÍCULO 297º.6 DEL CÓDIGO PENAL**

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la configuración típica de los transportadores de droga o correos de droga, conocidos como “Burriers”, en el delito de tráfico ilícito de drogas, y su calificación en el tipo legal básico del artículo 296º del Código Penal o en la circunstancia agravada prevista y sancionada en la primera parte del artículo 297º del citado Código.
- 4º. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría absoluta de trece

votos, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor VILLA STEIN y se incluyó al señor SAN MARTÍN CASTRO, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El inciso 6) del artículo 297º del Código Penal, en el texto establecido por el Decreto Legislativo número 982, del veintidós de julio de dos mil siete, que por lo demás respeta la norma que lo introdujo (parcialmente la norma originaria aprobada por Decreto Legislativo número 635, del ocho de abril de mil novecientos noventa y uno: artículo 297º.1), y, con una mayor identidad, la Ley número 26619, del nueve de junio de mil novecientos noventa y seis, aunque incorporó, conforme a la Ley número 28002, del diecisiete de junio de dos mil tres, el supuesto de “...dedicación a la comercialización de insumos para su elaboración”), comprende, alternativamente, dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la *primera*, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la *segunda*, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración.
- 7º. Es materia de análisis la primera circunstancia que integra el sub tipo legal agravado de tráfico ilícito de drogas, esto es, cuando “*el hecho es cometido por tres o más personas...*”. Desde esta perspectiva, es de analizar si es posible subsumir dentro sus disposiciones la conducta de los denominados “**correos de droga**” o “**burriers**” (jerga que combina los vocablos “**burro**” y “**courier**”).

Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga -usualmente, cocaína, marihuana u opio- en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o en contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertas por la autoridad pública -agentes de Aduanas, personal de seguridad de Aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras-.

Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a esas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar personas con la finalidad de transportar droga o precursores y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento

de las organizaciones criminales, que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo.

- 8º. El presupuesto para determinar la punición de los “**correos de droga**” es el conocimiento que tienen de estar transportando droga o precursores -objeto material del delito- y que su conducta contribuye a difundir el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: conciencia de ilicitud del transporte de tales bienes delictivos. Su conducta ha de ser dolosa -que incluye el conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros-, pues de lo contrario incurrirían en un error de tipo (JOSHI JUBERT, UJALA: *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368º del Código Penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, mil novecientos noventa y nueve, páginas ciento ochenticuatro).

Asimismo, y con carácter previo a la dilucidación de la aplicación de la referida circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297º del Código Penal y de cara al planteamiento inicial del problema objeto de análisis, resulta necesaria la intervención de tres o más personas en el planeamiento y ejecución del acto de transporte. Se requiere, entonces, que el agente pueda advertir la concurrencia en el hecho -en sus diversas facetas e indistintamente- de tres o más personas, de una red de individuos (a modo de ejemplo, y por lo común: quienes lo captan, luego le entregan la droga o precursores, a continuación lo ayudan a esconderla o le prestan asistencia, y, finalmente, la reciben en el lugar acordado). Debe acreditarse, por tanto, un concierto punible de tres o más individuos, entre los que debe encontrarse el agente en cuestión.

Basta, en este caso, una simple consorciabilidad para el delito, una ocasional reunión para la comisión delictiva.

- 9º. Como es obvio, el tipo legal siempre hace referencia al autor del hecho que criminaliza. Éste debe realizar la conducta penalmente prohibida. El supuesto de hecho de la norma básica: artículo 296º del Código Penal, desde los medios legalmente exigidos para la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comprende los actos de fabricación o de tráfico, y éste último importa, dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas o de precursores. El **tráfico** -enderezado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas- se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes -delictivos en este caso-, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre

ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión.

El “**correo de drogas**”, desde la tipología destacada en el fundamento jurídico 7º del presente Acuerdo Plenario, sólo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.

Así las cosas, el delito es una obra conjunta, realizada dentro de un plan común, de todos los que han participado en la preparación y en la ejecución del acto de transporte de bienes delictivos, conducta en la que obviamente está incurso el “**correo de drogas**”. Este último es, por tanto, **autor**, más allá si, visto globalmente, existe de su parte un menor dominio cuantitativo en el hecho global. La conducta de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como **autoría**; la actividad del transportista, del “correo de drogas”, aún cuando subordinada en el aspecto económico a la figura principal del titular del bien delictivo, no lo es desde el punto de vista jurídico atento a la amplitud del tipo legal. No se trata de un supuesto muy excepcional de favorecimiento al favorecedor, vale decir, de conductas auxiliares de segundo orden, periféricas, respecto de quien realiza un concreto acto de tráfico, que importaría calificarlo de cómplice secundario.

En tal virtud, desde los términos tan amplios establecidos por el tipo legal básico, todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas -en este caso, de transporte- son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

- 10º.** Ahora bien, el sub tipo agravado examinado, cuando exige que el hecho se cometa por tres o más personas, debe ser interpretado desde los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por tanto, no sólo requiere el simple concierto de tres o más personas en el acto del transporte, que el “**correo de drogas**”-por ser tal- sea un coautor, pues de ser así, perdería sentido o se vaciaría de contenido los supuestos de codelinuencia, que están en la propia esencia o expresión criminológica de un delito como el de tráfico

ilícito de drogas, y la regularidad y coherencia de la aplicación del tipo legal básico del artículo 296º del Código Penal.

Debe entenderse que la circunstancia agravante comprende necesariamente un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico, en general. El sujeto activo no sólo ha de realizar exclusivas labores de transporte ocasional del bien delictivo y a título individual (si en el acto de transporte, concertadamente intervienen tres o más personas, la conducta en cuestión será subsumida en el sub tipo legal agravado en cuestión) -ese el rol típico del “**correo de drogas**”-, sino que su intervención en el hecho total debe expresar y concretar un vínculo más intenso y reforzado con los titulares de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, o con quienes están involucrados con cierta relevancia en todo el circuito de distribución de los mismos. El sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte, tales como **(1)** la obtención, en cualesquiera de sus variables y de manos de terceros, de los citados bienes delictivos, o **(2)** la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables al transporte: **(3)** actos de intermediación, **(4)** actos de guarda previa o almacenaje, **(5)** actos de aportación de personas o bienes instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa.

El agente, en consecuencia, ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, significan un nexo más intenso, aún cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte. En ese caso el agente ya no sería un mero “**correo de drogas**” sino un coautor incurso en el sub tipo agravado del inciso 6) artículo 297º del Código Penal, y como tal deberá ser sancionado.

- 11º.** Lo expuesto, analizado en función a la exclusiva conducta del **correo de drogas**, no significa que si éste en concierto con otras personas -otras dos o más-, que realizan la misma conducta típica, llevan a cabo el referido acto de transporte como parte de un mismo acto delictivo o plan criminal, no deba aplicarse el sub tipo legal agravado del inciso 6) del artículo 297º del Código Penal. Por consiguiente, si en un acto de transporte de

drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, intervienen, mediando concierto, tres o más **burriers**, deberán ser castigados con arreglo al inciso 6) del artículo 297º del Código Penal.

III. DECISIÓN

12º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

13º. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos siete a diez, la siguiente:

- 1) El **“correo de drogas”**, según los lineamientos expuestos en el fundamento jurídico 7º del presente Acuerdo Plenario, sólo interviene en el transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores; es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el desplazamiento de dichos bienes delictivos. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.
- 2) El **“correo de drogas”** es un coautor del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado en el artículo 296º del Código Penal. Se requerirá, por cierto, que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos que integran el citado tipo legal básico.
- 3) No es de aplicación al **“correo de drogas”** la circunstancia agravante prevista en el primer extremo del inciso 6) del artículo 297º del Código Penal, salvo lo señalado en el párrafo 11º. El simple concurso de tres o más personas en el acto de transporte de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, no es suficiente para su configuración. El agente ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas -anteriores, concomitantes y posteriores- de las propias o específicas del acto singular de transporte. Estas actividades significan un nexo más intenso, aún cuando pueda ser ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte.

14º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

15º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL****ACUERDO PLENARIO Nº 4-2008/CJ-116**

(Publicado el 3 de noviembre de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL**ART. 116º TUO LOPJ****ASUNTO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO
173º. 3 DEL CÓDIGO PENAL**

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió

tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173º inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley Nº 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario Nº 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a **(1)** la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; **(2)** la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, **(3)** el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.
- 4º. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El sub tipo legal agravado del art. 173º.3) del Código Penal*

- 6º. El artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20º, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

- 7º. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44º, 46º y 241º que la persona mayor de dieciséis y menor de

dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

- 8º. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175º del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

216

De igual manera, el artículo 176º-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176º del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

- 9º. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social -que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173º.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal -los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional-, **todas ellas actualmente vigentes**. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139º, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que

obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, MARCIAL, “...*en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...*” (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú - Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 **a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad**. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

§ 2. *La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso*

10º. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio -derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22º del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: “*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*”. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, “*está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua*”.

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una

sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

- 11º.** El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues -por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema.

Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22º del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación -desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente-, que impide un resultado jurídico legítimo.

§ 3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11º del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116

- 12º.** Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico

del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño -este último solo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito -de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad -entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

13º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

14º. ESTABLECER como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.

15º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley

Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

16º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL****ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116**

(Publicado el 3 de noviembre de 2008)

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL
ART. 116º TUO LOPJ
ASUNTO: NUEVOS ALCANCES DE LA
CONCLUSIÓN ANTICIPADA

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió

tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto -órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la conclusión anticipada del debate oral, previsto en el artículo 5º de la Ley número 28122. Específicamente resolvió abordar la institución procesal de la **conformidad**; y, en concreto, la oportunidad procesal para acogerse a la conformidad, las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial, la convocatoria como testigo del imputado conformado, el alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado, la medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión, y la conformidad y el objeto civil del proceso penal.
- 4º. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad [con un voto en contra respecto al primer y cuarto punto de la decisión], se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. *La conformidad. Alcances generales*

- 6º. El artículo 5º de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la **conformidad**, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la **sentencia conformada** respectiva.

Sólo será posible, al margen de la denominada “**conformidad absoluta**” [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios -prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida-, acerca de la pena y reparación civil -de su entidad o de su cuantía- (“**conformidad limitada o relativa**”).

Asimismo el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una “**conformidad parcial**”, según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que “...*la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral*”.

- 7º. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1766-2004/Callao, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, (1) diferenció lo que debe entenderse por ‘confesión’ como medio de prueba y ‘confesión’ como admisión de los cargos contenidos en la acusación fiscal de cara a la conformidad procesal, más allá de que la Ley utilizó el mismo vocablo para ambas instituciones. Igualmente, (2) afirmó la potestad del Tribunal, con independencia de la posición adoptada por el imputado y su defensa -si opta por la conformidad absoluta o la conformidad limitada- de poder fijar la pena con arreglo a los principios

de legalidad y proporcionalidad -siempre, claro está, que no rebase el pedido de pena del Ministerio Público, pues ese límite se corresponde con una de las características favorables de esa institución-. También (3) reconoció que el Tribunal de mérito, si advierte que el hecho aceptado es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación, puede dictar la sentencia que corresponda.

Por otro lado, dicha Sala en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206-2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, precisó que las sentencias conformadas no están precedidas del veredicto o “cuestiones de hecho”, y aclaró que la aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós genera un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

- 8º. El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del **principio de adhesión** en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso -en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral -no es un negocio procesal, salvo la denominada “**conformidad premiada**” establecida en el artículo 372º, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe “...*el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena...*”. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía-, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada -en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra-

- 9º. Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes -ese período del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba,

sencillamente, no tiene lugar-. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexistente, sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una “predeterminación de la sentencia”.

La sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad -sin vicios del consentimiento-, la plena capacidad -si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas- y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de las características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su **deber de instrucción**; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad.

- 10º.** Superado ese nivel de control, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes al Tribunal y a las

partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado -es de insistir- supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).

§ 2. Oportunidad procesal de la conformidad

226

11^o. La oportunidad procesal en que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del período inicial del procedimiento del juicio oral. Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el período probatorio y, dentro del período decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio -obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal-.

En atención a que una de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se emplazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación, y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al período probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre

estará definido por la apertura y entrada al período que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello, impedir conductas fraudulentas o especulativas.

§3. *La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio*

12º. La Ley acepta la posibilidad de una “**conformidad parcial**”. Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5º de la Ley número 28122, estatuye que: “*Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos, ...*”. No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse irremediamente.

La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando “*...la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral*” -parte final del citado numeral 4) del artículo 5º de la Ley número 28122-. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fines de la institución -uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado- y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto de dilucidación y la posición que sobre ellos han adoptado las partes acusadas.

13º. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno -*vinculatio facti*-, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio, no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aún cuando se trate del mismo hecho o delito -*conexidad objetiva* o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo-; es decir, cuando se les atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia. Cabe puntualizar que

en el proceso penal no existe la figura del *litis consorcio pasivo necesario*, pues la posición de cada imputado se considera con total independencia de los otros -no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual-, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones, entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se *“...afectaría el resultado del debate oral”*.

§ 4. *Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio*

- 14^º. Si, como es legalmente posible, cabe la **“conformidad parcial”**, es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación.

En principio, si bien las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales -aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración-, lo cierto es que no está prohibida: los datos que aquel pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos. Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal -Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco- como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal -artículo ciento cincuentiocho, apartado dos- señalan pautas para apreciar el testimonio que aquéllos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No

es razonable negar a priori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de naturaleza híbrida entre la testimonial -al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado- y la declaración como imputado -en orden a sus garantías formales-, tal como ha sido definido por la Casación Italiana [Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis], su admisibilidad está plenamente consolidada, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distintos del que depone.

- 15º. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería la obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación -entre testigo e imputado- que es de asumir sobre el particular es el de la “**alteridad**” de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el status formal de imputado y presta declaración en esa condición, como parte procesal, en consecuencia, el *régimen jurídico* de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general.

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte -han sido excluidos del ulterior juicio-; además, están protegidos por la cláusula del *ne bis in idem*, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de

concurrir, y sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera [en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

§ 5. *Efectos vinculantes de la conformidad*

- 16º. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita -vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato (*vinculatio facti*)-, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis* y *vinculatio poena*) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención -completa o incompleta- o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria -por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad- o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción -que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso-, está condicionada a que se

escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador; pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver *inaudita parte*].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación -sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos- y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar -a partir del relato fáctico- una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes -control *in malam partem*-, sólo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal -por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella- tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45º y 46º del Código Penal, cuyo único límite, a parte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal -explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fiscal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita-.

Mas allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan las circunstancias anteriormente señaladas -que importan una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva-, vinculada a la aplicación de los artículos 14º, 15º, 16º, 21º, 22º y 25º, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivadamente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

- 17º. Si, como se ha estipulado, procede la “**conformidad parcial**” en los términos del inciso 4) del artículo 5º de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente. Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero -a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad- ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ -entre otros-, tiene lugar incluso en aquellos supuestos **(1)** en los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas, **(2)** de interdependencia por la conexidad probatoria -unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos enjuiciados-, o **(3)** en los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aún cuando es de valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos -si existe identidad- no sólo se realice prueba plena y total, sino que también se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos [así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho].

- 18º.** Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir como corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría -si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto materiales cuanto procesales- variar la tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso sea más favorable que la sentencia conformada, para 'mejorar' la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal. Empero, si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322º del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: “*Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten*”. Si bien, en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acusados que se encontraban en diferente posición -ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad-, en el último de los cuales surgió la presencia de **datos nuevos** determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe **analogía** entre las dos situaciones -ante la no regulación en el caso de imputados conformados y no conformados-, no sólo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento -la razón de ser o *ratio legis*-; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322º del Código Adjetivo. Siendo así, será del caso utilizar la denominada “**analogía legis**” como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322º del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria -basada en el *favor rei*- a todos los procesos en que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable -que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo-, que importe una atenuación de la pena en comparación con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica.

Por lo expuesto, es de concluir que no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar in *bonam partem* la primera sentencia para atenuar la pena.

§ 6. Conformidad y confesión sincera

- 19º. El tema de la **confesión** y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como estatuye el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales [dice, en lo pertinente, el citado precepto: “...la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso...”], genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la “**conformidad procesal**”, en tanto que el texto del artículo 5º. 2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a “...la confesión del acusado, ...”.

La **confesión**, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad-comprobación a través de otros recaudos de la causa-).

En la **conformidad procesal** el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos -que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar-, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos elementos materiales: **a) el reconocimiento de hechos**: una declaración de ciencia a través de la cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y **b) la declaración de voluntad** del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito.

20º. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba -que no integra el ámbito de este Acuerdo Plenario-, lo relevante, en el presente caso consiste, de un lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5º.2 de la Ley número 28122 y el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá una pena atenuada.

En cuanto al *primer punto*, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la **confesión** como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados -propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario-, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos -de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la **sinceridad**-, permitirá apreciar confesión -conforme al citado artículo 136º del Código de Procedimientos Penales- si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral acogándose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera -con mayor o menos nivel de profundidad- el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia].

Respecto al *segundo punto*, y atento al principio que informa el procedimiento de la **conformidad**, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anticipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera [véase la concordancia de los artículos 161º y 471º del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales].

21º. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales instituye una **circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal**, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea relevante para efectos de la investigación de los hechos [la ley,

en estos casos, premia aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso], a la par que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (Sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136^º del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, que equivale a una admisión **(1)** completa -con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los que participó-, **(2)** veraz -el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado-, **(3)** persistente -uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente- y **(4)** oportuna -en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación-, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, **(5)** su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar; entonces, la confesión plenaria sólo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito -a partir de la información que se proporciona-, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial -que por lo general es el pórtico o puerta de entrada

al esclarecimiento de los hechos-. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el Fiscal [a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue]. Es más, el artículo 1º, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la Policía está autorizada a recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62º del Código de Procedimientos Penales prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas a cabo con intervención del Ministerio Público, serán apreciadas conforme al artículo 283º del citado Código.

22º. Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136º de la Ley Procesal Penal con el artículo 5º de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar **analógicamente** el artículo 471º del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: *“El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión”*.

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471º del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5º de la Ley número 28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia -que no identidad- entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos -el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva-, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspectiva político criminal, legislativamente aceptada, determina una respuesta punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de colaboración de la primera frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

- 23º. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.

Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de terminación anticipada [artículo 471º del Nuevo Código Procesal Penal] constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45º y 46º del Código Penal -luego de haber determinado el marco penal abstracto [pena abstracta] y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos-, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

§7. *Conformidad y objeto civil*

- 24º. Otro tema relevante de la **conformidad** está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional -más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal- se produce una **acumulación heterogénea de acciones**: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal -con los alcances y excepciones que la

ley establece-, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93º del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

La vigencia de los indicados principios, a tono con la naturaleza privada -y, por ende, disponible- de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

- 25º. En esta perspectiva, es evidente que si existe una pretensión civil alternativa, ejercida conforme a lo dispuesto en el artículo 227º del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá referirse a ella en el marco de la responsabilidad civil que le corresponde admitir. En ese ámbito, por imperio de la garantía de tutela jurisdiccional -artículo 139º.3 de la Constitución-, se debe dar plena intervención a la parte civil.

Ahora bien, de no mediar acuerdo o aquiescencia de los interesados y, en ese caso, de no ser suficiente la mera lectura de la prueba documental y de las actuaciones documentadas -como establece el inciso 3) del artículo 5º de la Ley número 28122-, en la medida que el artículo 227º del Código ritual autoriza la actuación de prueba testifical y pericial para justificar la pretensión civil de la víctima, sin perjuicio de la prueba que en ese ámbito haya podido proponer la Fiscalía conforme al inciso 5) del artículo 225º del mismo Código, el Tribunal podrá fallar respecto de la responsabilidad penal y disponer la continuación del proceso para la actuación probatoria respectiva, en tanto se requiera una indagación, concreción probatoria y alegaciones posteriores sobre ella.

La **cesura** del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad -específicamente del inciso 3) del citado artículo 5º de la Ley número 28122- desde los numerales 3) y 14) del artículo 139º de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone.

Esta conclusión no sólo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa -no es incompatible con ella-, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir -luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva- una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma, referida ya no a los objetos penal y civil -que es el supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de la Ley número 28122-, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y sólo para los imputados conformados -es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del artículo 372º del Nuevo Código Procesal Penal-.

- 26º.** Por último, es materia de discusión en el ámbito de la responsabilidad civil la determinación del monto y los obligados a cubrirlo cuando se trata de una pluralidad de copartícipes -codelinuencia-, varios de los cuales no se han sometido a la conformidad procesal. Sobre el particular, en los marcos de una sentencia conformada, es de tener en consideración dos aspectos sustanciales: el *primero*, referido a los alcances de la sentencia conformada: ésta sólo comprenderá a los imputados que se someten a la conformidad; y, el *segundo*, circunscrito al monto de la reparación civil, el cual está en función al daño global irrogado, bajo la regla de la solidaridad entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados (artículo 95º del Código Penal).

Siendo así, el Tribunal fijará el monto de la reparación civil de modo global [la cantidad en cuestión siempre será única, no puede dividirse], de suerte que como ésta es solidaria si existieran copartícipes -y no mancomunada-, al emitirse condena contra ellos en el juicio sucesivo, si así fuera el caso, tal suma no variará y sólo se les comprenderá en su pago. Es posible, sin embargo, que en el juicio contradictorio la determinación del monto puede variar en virtud a la prueba actuada. En ese caso tal variación, de más o de menos, no puede afectar al fallo conformado, al haber quedado firme o ganado firmeza.

Por consiguiente, la variación sólo puede alcanzar a los acusados comprendidos en la condena objeto del juicio contradictorio.

III. DECISIÓN

- 27º.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo

116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

28º. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

- 1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción.
- 2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el período inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el período probatorio del juicio oral.
- 3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nítidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe.
- 4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variada* si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso -criterio de la **alteridad**-.
- 5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No sólo tiene un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45º y 46º del Código Penal.
- 6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "variada"; debiendo decir: "variará".

contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena.

- 7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471º del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.
- 8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivos y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso, la **cesura** del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelinuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.

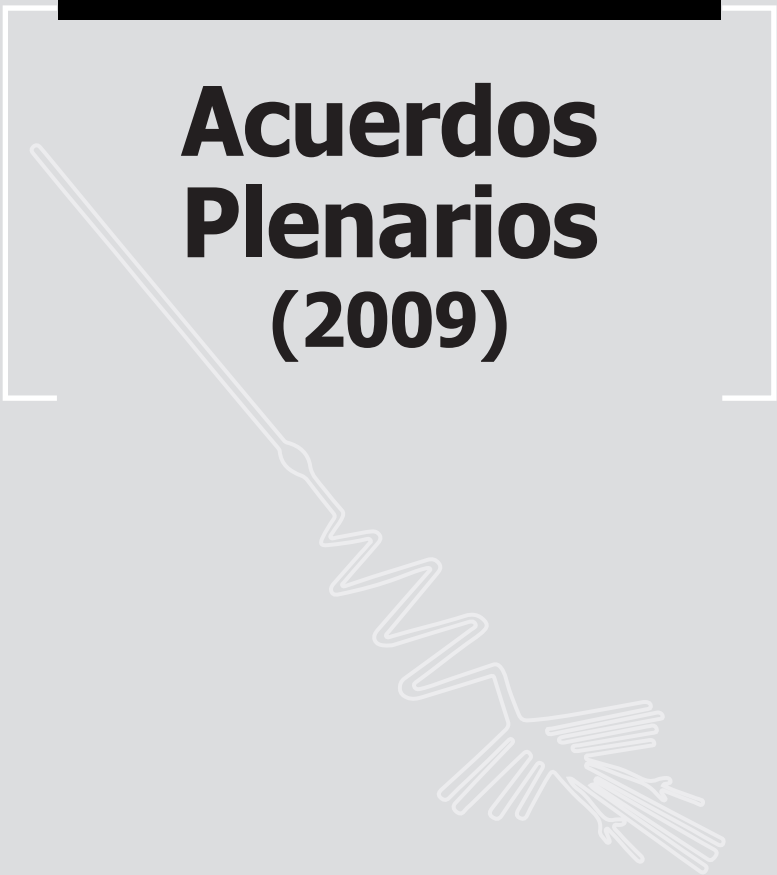
29º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

30º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SILDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO

**VALDÉZ ROCA
ROJAS MARAVÍ
PONCE DE MIER
MOLINA ORDÓÑEZ
SANTOS PEÑA
VINATEA MEDINA
PRÍNCIPE TRUJILLO
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
CALDERÓN CASTILLO
URBINA GANVINI**



Acuerdos Plenarios (2009)

245

5. Acuerdos Plenarios del 2009

5.1.

Acuerdo Plenario Nº 1-2009/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO Nº 1-2009/CJ-116

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: RONDAS CAMPESINAS Y DERECHO PENAL

ACUERDOS PLENARIOS (2009)

247

COMPENDIO DE DOCTRINA LEGAL Y JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. Con esta finalidad se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de Derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.
- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la relevancia jurídico penal de los diferentes delitos imputados a los que integran Rondas Campesinas o Comunales, en especial los delitos de secuestro, lesiones, extorsión, homicidio y usurpación de autoridad, en relación con los artículos 2º.19, 89º y 149º de la Constitución, y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, del 27 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, así como -en particular- los artículos 14º, 15º, 20º.8, 21º, 45º.2 y 46º.8 y 11º del Código Penal -en adelante, CP-.

Al respecto es de observar dos datos importantes. En **primer lugar**, que con gran frecuencia la conducta penal atribuida a quienes integran las Rondas Campesinas se desarrolla en un ámbito rural, aunque en no pocos casos -siendo rurales- en áreas colindantes o de fácil comunicación y acceso con zonas urbanas donde ejercen jurisdicción los jueces del Poder Judicial. En **segundo lugar**, que los delitos imputados, según se anotó, se refieren a tipologías donde la violencia y la coacción son medios comunes de comisión, los cuales por su naturaleza tienen en la legislación vigente penas muy altas.

Las diversas Salas Penales de este Supremo Tribunal en numerosas ocasiones se han pronunciado sobre los puntos objeto de controversia, pero han utilizado diversos niveles de razonamiento y sustentado sus

decisiones en variadas perspectivas jurídicas y fundamentos dogmáticos, a veces con resultados contradictorios. Constituyen una muestra de lo expuesto, entre otras, las Ejecutorias Supremas número 1722-2009/La Libertad, del 7 de julio de 2009; 5124-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 5184-2008/Lambayeque, del 31 de marzo de 2009; 625-2008/Amazonas, del 21 de abril de 2008; 4000-2007/Huara, del 14 de marzo de 2008; 1836-2006/Amazonas, del 4 de julio de 2006; 752-2006/Puno, del 17 de mayo de 2006; 2164-2005/Cajamarca, del 26 de abril de 2006; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; 975-2004/San Martín, del 9 de junio de 2004; y 4160-96/Ancash, del 7 de noviembre de 1997.

Por tanto, en aras de garantizar el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, es del caso unificar en el presente Acuerdo Plenario.

- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como Jueces Supremos ponentes a los señores VALDÉZ ROCA y RODRÍGUEZ TINEO, quienes, con el concurso de los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6º. La Constitución, de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación (artículo 2º.19) -a través de la norma en cuestión, la Constitución, propiamente, establece un principio fundamental del Estado-. De otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos:

- (i) el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley (artículo 89º); y
- (ii) el derecho de una jurisdicción especial comunal respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (artículo 149º). El reconocimiento de la referida jurisdicción es, en buena cuenta, un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural sancionado por el artículo 2º.19 de la Ley Fundamental.

Todos estos artículos, como es obvio, deben ser analizados desde una perspectiva de sistematización e integración normativa, con el necesario aporte del 'Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989'-en adelante, el Convenio-, del 27 de junio de ese año, aprobado por Resolución Legislativa número 26253, del 5 de diciembre de 1993, y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas -en adelante, la Declaración-, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. El propósito del Convenio, y también de la Declaración, es garantizar el respeto tanto del derecho de esos pueblos a su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2º, 'b' del Convenio, artículo 5º de la Declaración), como el derecho individual de sus miembros a participar en esta forma de vida sin discriminaciones. La Declaración estipula, con toda precisión, que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras, instituciones y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34º). El Convenio, tiene expuesto el Tribunal Constitucional, viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales

y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes (STC número 3343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009).

La diversidad cultural del Perú -o su realidad pluricultural- está plenamente reconocida por la Constitución. Ninguna persona puede ser discriminada por razón de su cultura, con todo lo que ello representa en cuanto principio superior de nuestro ordenamiento jurídico. El reconocimiento -validez y práctica- tanto del derecho consuetudinario -que es un sistema normativo propio, entendido como conjunto de normas y potestad de regulación propia- como de la organización autónoma de sus instituciones para la decisión de los asuntos que reclaman la intervención de la jurisdicción comunal, es evidente conforme al artículo 149º de la Constitución, aunque con una limitación material relevante: interdicción de vulneración de los derechos fundamentales, al punto que dispone la necesaria coordinación con las estructuras estatales en materia de impartición de justicia.

Por consiguiente, el pluralismo jurídico -entendido como la situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten (o, mejor dicho, colisionan, se contraponen y hasta compiten) en el mismo espacio social [ANTONIO PEÑA JUMPA: *La otra justicia: a propósito del artículo 149º de la Constitución peruana*. En *Desfaciendo Entuertos*, Boletín N° 3-4, Octubre 1994, IPRECON, página 11], ha de ser fundado en los derechos humanos y debe ser respetuoso del derecho a la diferencia.

- 7º. El artículo 149º de la Constitución exige una lectura integradora y en armonía con los principios de unidad de la Constitución, concordancia práctica y corrección funcional, a fin de establecer con toda justicia si las Rondas Campesinas y Comunales son o no sujetos colectivos titulares del derecho de ejercicio de funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial.

El citado artículo constitucional prescribe lo siguiente: "*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, **con el apoyo de las Rondas Campesinas**, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha **jurisdicción especial** con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial*" [los resaltados en negrita son nuestros].

Una primera lectura, meramente literal del texto normativo en cuestión, podría concluir que las Rondas Campesinas, en primer lugar, para ser tales, deben surgir y ser parte de las Comunidades Campesinas y Nativas -nacidas de ellas e integran su organización-; y en segundo lugar, que no ejercen por sí mismas funciones jurisdiccionales, pues su papel sería meramente

auxiliar o secundario. La realidad social, sin embargo, revela que las Rondas Campesinas surgieron a mediados de la década de los setenta del siglo pasado -aunque con antecedentes remotos en las guardias rurales de fines del Siglo XIX y en las rondas de hacienda de las primeras décadas del siglo XX [FERNANDO BAZÁN CERDÁN: *Rondas Campesinas: la otra justicia*]-, siempre por decisión de los propios campesinos o vecinos de un sector, estancia o caserío, como una necesidad comunal o colectiva de protección, no sólo desde las propias Comunidades sino también de aquellas poblaciones rurales andinas que carecían de Comunidades Campesinas y necesitaban expresar su organización comunal y consolidar los espacios de afirmación de su identidad colectiva. Las Rondas Campesinas, en consecuencia y vistas desde una perspectiva general, forman parte de un sistema comunal propio y, en rigor, constituyen una forma de autoridad comunal en los lugares o espacios rurales del país en que existen -estén o no integradas a Comunidades Campesinas y Nativas preexistentes- [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Rondas Campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo*. En: <http://www.alertanet.org/ryf-defensoria.htm>].

Como tales, las Rondas Campesinas, que se inscriben dentro del contexto de las formas tradicionales de organización comunitaria y de los valores andinos de solidaridad, trabajo comunal e idea del progreso [JOSÉ HILDEBRANDO RODRÍGUEZ VILLA: *Peritaje Antropológico en la causa número 22007-00730*, Cajamarca, 21 de noviembre de 2007, página 58], han asumido diversos roles en el quehacer de esos pueblos -tales como seguridad y desarrollo- y, entre ellos, también se encuentra, sin duda alguna, los vinculados al control penal en tanto en cuanto -presupuesto necesario para su relevancia jurídica- aplican las normas del derecho consuetudinario que les corresponda y expresen su identidad cultural. Son una respuesta comunal, entre otras expresiones socio culturales, ante el problema de la falta de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental procesal que integra el núcleo duro de los derechos fundamentales. Según algunos científicos sociales la justicia que aplican puede definirse como “reconciliadora” y ejercen mecanismos tradicionales de resolución de conflictos [JOHN GIGLITZ: *Rondas Campesinas y Violencia*. En: *Justicia y Violencia en las Zonas Rurales*, IDL, Lima, 2003, página 146]; sus juicios cuentan con ciertas formalidades, pero carecen de la rigidez que caracteriza a la administración de justicia formal [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Mecanismos alternativos de solución de conflictos*. En: *Revista Pena y Estado*, año 4, número cuatro, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, página 113].

Los integrantes de las Rondas Campesinas cumplen, en principio, el requisito de pertenecer a un grupo cultural y étnico particularizado.

En efecto, desde la **perspectiva subjetiva**, tienen conciencia étnica o identidad cultural: afirman rasgos comunes y se diferencian de otros grupos humanos -sienten que su comportamiento se acomoda al sistema de valores y a las normas de su grupo social, su conducta observable reflejan necesidad de identidad y de pertenencia-; así, incluso, se autodefinen como herederos de los Ayllus (pueblo inca) y como parte de los pueblos indígenas [¿QUÉ SON LAS RONDAS CAMPESINAS?, martes 6 de enero de 2009. En: <http://cunarc.blogspot.com/2009/01/qu-son-las-rondas-campesinas.html>]. Desde la **perspectiva objetiva**, como elementos materiales, comparten un sistema de valores, en especial instituciones y comportamientos colectivos, formas de control social y procedimientos de actuación propios que los distinguen de otros colectivos sociales -su existencia tiene una vocación de permanencia-. Son expresiones del mundo rural -de algunos sectores de la población rural en ámbitos geográficos más o menos focalizados-, tienen características comunes en su organización, siguen determinadas tradiciones y reaccionan ante las amenazas a su entorno con ciertos patrones comunes -organizan de cierto modo la vida en el campo-, y han definido -aún cuando con relativa heterogeneidad- las medidas y procedimientos correspondientes basados en sus particulares concepciones.

Es imprescindible, desde luego, que el Juez identifique con absoluta rigurosidad, caso por caso y no darlo como sentado, la existencia en los asuntos de su competencia de estos elementos, obviamente con ayuda pericial -la pericia, es necesario enfatizarlo, ilustra o auxilia, pero no define; ofrece al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para resolver el caso [MICHELE TARUFFO: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, página 90]-, pues lo que el Estado democrático reconoce es una organización o institución determinada y el ejercicio legítimo del derecho consuetudinario -normas vigentes y válidas para el grupo social, en el marco de su referente cultural [RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO: *Apuntes sobre el artículo 149º de la Constitución peruana*: alcances, límites, consecuencias y retos. En: *Desfaciendo Entuertos*, Lima, octubre 1994, página 21]- en su espacio geográfico, no una organización que sin esos elementos definidores ejerce sin más la potestad jurisdiccional.

- 8º. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad (artículo 1º), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas -según se tiene expuesto- son

la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender -en vía de integración- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: *¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?*, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25].

Si el fundamento del artículo 149º de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones -el artículo 8º.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias-, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario -cuya identificación y definición previa es tarea central del juez-, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas*, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1º de la Ley número 27908 -en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)- ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos. Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1º preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus **propias** esferas, sino que vienen "**propiciadas**" por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.

§ 2. Alcance de la jurisdicción especial comunal-rondera

9º. El primer nivel de análisis que debe realizarse cuando se discute en sede penal una imputación contra integrantes de Rondas Campesinas por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149º de la Constitución, es decir, si es de aplicación el denominado '**fuero especial comunal**', en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

Desde dicha norma constitucional es posible -a tono, por ejemplo y en lo pertinente, con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-552/03, del 10 de julio de 2003)- identificar los siguientes elementos que comporta la jurisdicción especial comunal-ronderil:

- A. **Elemento humano.** Existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural. Como ha quedado expuesto en los párrafos anteriores, las Rondas Campesinas tienen este atributo socio cultural.
- B. **Elemento orgánico.** Existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades. Las Rondas Campesinas, precisamente, es esa organización comunal que, entre otras múltiples funciones, asume funciones jurisdiccionales para la solución de los conflictos. Ellas cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.
- C. **Elemento normativo.** Existencia de un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas. Esas normas, en todo caso y como perspectiva central de su aceptabilidad jurídica, han de tener como fundamento y límite la protección de la cultura comunitaria, asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia.
- D. **Elemento geográfico.** Las funciones jurisdiccionales, que determinan la aplicación de la norma tradicional, se ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. El lugar de comisión del hecho, determinante de la aplicación de la norma tradicional, es esencial para el reconocimiento constitucional de la respectiva

función jurisdiccional de la Ronda Campesina: las conductas juzgadas han de ocurrir en el territorio de ésta.

A estos elementos se une el denominado **factor de congruencia**. El derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal-ronderil.

- 10º.** El fuero comunal-rondero se afirmará, por tanto, si concurren los elementos y el factor antes indicado. El elemento objetivo es básico al igual que el factor de congruencia, por lo que es del caso efectuar mayores precisiones.

El primero, el **elemento objetivo**, está referido -con independencia de lo **personal**: el agente ha de ser un rondero, y **territorial**: la conducta juzgada ha de haber ocurrido en el ámbito geográfico de actuación de la respectiva Ronda Campesina, necesariamente presentes- a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

- A.** Será del caso establecer, como primer paso, la existencia de una concreta norma tradicional que incluya la conducta juzgada por la Ronda Campesina. Esa norma tradicional, como ha quedado expuesto, sólo podrá comprender la defensa y protección de los intereses comunales o de un miembro de la comunidad donde actúa la Ronda Campesina.
- B.** Si el sujeto -u objeto- pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos guardan relación con la cosmovisión y la cultura rondera -se trata, por tanto, de conflictos puramente internos de las Rondas Campesinas-, no cabe sino afirmar la legitimidad constitucional de esa conducta -y, por ende, la exclusión del Derecho penal-, en tanto en cuanto, claro está, los actos cometidos no vulneren los derechos fundamentales.
- C.** En cambio, frente a personas que no pertenecen a la cultura o espacio cultural de actuación de las Rondas Campesinas -se presenta, en tal virtud, un conflicto de naturaleza intercultural- la solución no puede ser igual. La legitimidad de la actuación comunal-rondera estará condicionada no sólo a la **localización geográfica** de la conducta sino también al **ámbito cultural**, esto es, **(i)** que la conducta del sujeto afecte el interés comunal o de un poblador incluido en el ámbito de intervención de la Ronda Campesina y esté considerada como un injusto por la norma tradicional -cuya identificación

resulta esencial para el órgano jurisdiccional-; y **(ii)** que -entre otros factores vinculados a la forma y circunstancias del hecho que generó la intervención de las Rondas Campesinas y al modo cómo reaccionaron las autoridades ronderas, objeto de denuncia o proceso penal- el agente de la conducta juzgada por el fuero comunal-rondero haya advertido la lesión o puesta en peligro del interés comunal o de sus miembros y/o actuado con móviles egoístas para afectar a la institución comunal u ofendido a sabiendas los valores y bienes jurídicos tradicionales de las Rondas Campesinas o de sus integrantes.

11º. El segundo, el **factor de congruencia**, exige que la actuación de las Rondas Campesinas, basadas en su derecho consuetudinario, no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales -se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción. La premisa es que los derechos fundamentales vinculados a la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes, en este caso el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial, nunca se reconocen de manera absoluta, y que existen otros derechos individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados [RENÉ PAÚL AMRY: *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 95]-. Entre los derechos fundamentales de primer orden, inderogables, es de citar, enunciativamente, la vida, la dignidad humana, la prohibición de torturas, de penas y de tratos inhumanos, humillantes o degradantes, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la legalidad del proceso, de los delitos y de las penas -bajo la noción básica de 'previsibilidad' para evitar vulnerar el derecho a la autonomía cultural (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349, del 8 de agosto de 1996)-. Estos derechos, en todo caso, han de ser interpretados, desde luego, de forma tal que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las Rondas Campesinas en donde operan y tienen vigencia.

12º. La violación de los derechos humanos presenta dos situaciones, sea que ésta se deba **(i)** a lo previsto en las mismas reglas consuetudinarias o **(ii)** a los abusos que cometen las autoridades de las Rondas Campesinas por no respetar el derecho consuetudinario [JOSÉ HURTADO POZO/ JOSEPH DU PUIT: *Derecho penal y diferencias culturales: perspectiva general sobre la situación en el Perú*. En: Derecho y pluralidad cultural, Anuario de Derecho Penal 2006, Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2007, páginas 235/236]. En ambos supuestos, ante una

imputación por la presunta comisión de un hecho punible atribuida a los ronderos, corresponderá a la justicia penal ordinaria determinar, en vía de control externo de la actuación conforme a los derechos humanos de las autoridades comunales si, en efecto, tal situación de ilicitud en el control penal comunal rondero se ha producido y, en su caso, aplicar -si correspondiere- la ley penal a los imputados.

En atención a lo expuesto será de rigor considerar como conductas que atentan contra el contenido esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, antijurídicas y al margen de la aceptabilidad del derecho consuetudinario, **(i)** las privaciones de libertad sin causa y motivo razonable -plenamente arbitrarias y al margen del control típicamente ronderil-; **(ii)** las agresiones irrazonables o injustificadas a las personas cuando son intervenidas o detenidas por los ronderos; **(iii)** la violencia, amenazas o humillaciones para que declaren en uno u otro sentido; **(iv)** los juzgamientos sin un mínimo de posibilidades para ejercer la defensa -lo que equivale, prácticamente, a un linchamiento-; **(v)** la aplicación de sanciones no conminadas por el derecho consuetudinario; **(vi)** las penas de violencia física extrema -tales como lesiones graves, mutilaciones- entre otras.

§ 3. *El rondero ante el Derecho penal*

- 13º. El derecho a la identidad cultural y al ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está, pues, limitado a las reservas que dimanen del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos [RENÉ PAÚL AMRY: *Obra citada*, página 97]:

- A. Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita (interpretación del tipo conforme a la Constitución).
- B. Cuando sea aplicable una causa de justificación, en especial la prevista en el artículo 20º.8 del Código Penal -en adelante, CP-: cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Lo expuesto guarda coherencia con el alcance del fuero comunal rondero. Desde el primer caso -supuesto de atipicidad de la conducta- se descarta de plano, por ejemplo, el delito de usurpación de funciones (artículo 361º CP) en la medida de que el rondero actúa en ejercicio de la función jurisdiccional comunal constitucionalmente reconocida y garantizada.

También se rechaza liminarmente la imputación por delito de secuestro (artículo 152º CP) puesto que el rondero procede a privar la libertad como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional -detención coercitiva o imposición de sanciones-.

Asimismo, cabe destacar que la actuación de las Rondas Campesinas y de sus integrantes no está orientada a obtener beneficios ilegales o fines de lucro, y -en principio- la composición y práctica que realizan tienen un reconocimiento legal, que las aleja de cualquier tipología de estructura criminal (banda o criminalidad organizada) asimilable a aquellas que considera el Código Penal como circunstancias agravantes o de integración criminal (artículos 186º, párrafo 2, inciso 1, y 317º CP). Efectivamente, su intervención se origina en un conflicto de naturaleza y trascendencia variables, que involucra a personas que reconocen en las Rondas Campesinas instancias conciliadoras, de resolución de conflictos y con capacidad coercitiva -uno de los atributos esenciales de la jurisdicción-.

En estas condiciones, es de enfatizar que no es asimilable la actuación y la conducta, siempre colectiva, de sus integrantes a un delito de secuestro extorsivo y cuya presencia relevante en las estadísticas de la criminalidad nacional determinó las modificaciones y reformas del artículo 152º CP, caracterizadas, todas ellas, por un incremento constante de las penas conminadas y de los rigores de su cumplimiento.

- 14º.** Cuando no sea posible esta primera posibilidad -la atipicidad de la conducta-, será del caso recurrir al análisis de la procedencia de la causa de justificación centrada, con mayor relevancia, en el ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20º.8 CP). Aquí se tendrá en cuenta el presupuesto -situación de amenaza a los bienes jurídicos antes citados- y los límites o condiciones para el correcto ejercicio de la función jurisdiccional comunal-rondera ya analizados.

El respectivo test de proporcionalidad es el que debe realizarse para cumplir este cometido, para lo cual es de tener en cuenta los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por los ronderos en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, prevaleciendo siempre los intereses de más alta jerarquía en el caso concreto, que exige la no vulneración del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

- 15º.** Si la conducta atribuida a los ronderos no resulta atípica o si, en aplicación del test de proporcionalidad enunciado, la conducta analizada no está justificada, esto es, afirmado el injusto objetivo, será del caso

considerar el conjunto de factores culturales en la escala individual del sujeto procesado. Cabe acotar que el análisis en mención requiere, como presupuesto, tener muy claro la existencia jurídica de la Ronda Campesina, la autoridad rondera que actuó -la condición de tal del rondero inculpativo-, su nivel de representación y funciones, y las características y alcances de la norma consuetudinaria aplicada, aspectos que en varias de sus facetas puede determinarse mediante pericias culturales o antropológicas.

En este nivel del examen del caso es de tener en cuenta que los patrones o elementos culturales presentes en la conducta del rondero tienen entidad para afectar el lado subjetivo del delito, vale decir, la configuración del injusto penal y/o su atribución o culpabilidad, al punto que pueden determinar -si correspondiere- **(i)** la impunidad del rondero, **(ii)** la atenuación de la pena, o **(iii)** ser irrelevantes.

El agente, entonces, como consecuencia de su patrón cultural rondero puede actuar **(i)** sin dolo -error de tipo- al no serle exigible el conocimiento sobre el riesgo para el bien jurídico; **(ii)** por error de prohibición porque desconoce la ilicitud de su comportamiento, esto es, la existencia o el alcance de la norma permisiva o prohibitiva; o **(iii)** sin comprender la ilicitud del comportamiento ejecutado o sin tener la capacidad de comportarse de acuerdo a aquella comprensión [IVÁN MEINI: *Inimputabilidad penal por diversidad cultural*. En: Imputación y responsabilidad penal, ARA Editores, Lima, 2009, páginas 69/70].

Las normas que en este caso se han de tomar en cuenta para la exención de pena por diversidad cultural serán, en todo caso, las previstas en los artículos 14º y 15º del CP.

Es de rigor, sin embargo, prevenir que en el caso de ronderos es de muy difícil concurrencia -aunque no imposible ni inusitado- los casos de error de tipo y, en muchos supuestos, las prescripciones del artículo 15º CP -que entraña un problema no de conocimiento sino de comprensión, de incapacidad de comportarse de acuerdo con cánones culturales que al sujeto le resultan extraños-, porque los ronderos, como regla ordinaria, son individuos integrados al Estado total o parcialmente en cuya virtud al tener contacto con la sociedad 'oficial' como parte de su modo de vida, aunque sea parcialmente, se les puede exigir algún tipo de conducta acorde a las normas del Estado, por lo que puede intentar motivar su conducta y, por ende, desaprobarla cuando sea contraria a los intereses predominantes de la sociedad con la cual se relaciona [JUAN LUIS MODELL GONZÁLEZ: *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal*

de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados. En: Anuario de Derecho Penal 2006, página 283].

16º. Cuando no sea posible declarar la exención de pena por diversidad cultural, ésta última sin embargo puede tener entidad para atenuarla en diversos planos según la situación concreta en que se produzca. En los niveles referidos a la causa de justificación (artículo 20º.8 CP), al error de tipo o de prohibición (artículo 14º CP) o a la capacidad para comprender el carácter delictivo del hecho perpetrado o de determinarse de acuerdo a esa comprensión (artículo 15º CP) -vistos en este último caso, según las opciones dogmáticas reconocidas por la doctrina, desde la imputabilidad, la exigibilidad e, incluso, de las alteraciones de la percepción que se expresan en los valores culturales incorporados en la norma penal, en cuya virtud se afirma que el miembro de la comunidad minoritaria con valores culturales distintos a los hegemónicos plasmados en el derecho penal carece de la percepción valorativa de la realidad que sí tiene la mayoría [JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO: *Culpabilidad-responsabilidad*. En: Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, Editor), Fondo Editorial PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 353]-, si el grado de afectación no es lo suficientemente intenso o no se cumplen todos los requisitos necesarios para su configuración, será de aplicación, según el caso:

- A.** La atenuación de la pena por exención incompleta conforme al artículo 21º CP, o por la vencibilidad del error prohibición* según el artículo 14º in fine última frase CP, o por los defectos de la comprensión -o de determinarse según esa comprensión- como lo previene la última frase del artículo 15º CP.
- B.** La sanción por delito culposo si tal figura penal se hallare prevista en la ley por la vencibilidad del error de tipo, atento a lo dispuesto por el artículo 14º primer párrafo última frase CP.

17º. Comprobada la existencia del hecho punible y la responsabilidad del acusado, el Juez Penal para medir la pena tendrá en cuenta, de un lado, los artículos 45º.2 y 46º.8 y 11º CP -compatibles con el artículo 9º.2 de la Convención, que exige a los tribunales penales tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, el contexto socio cultural del imputado-; y, de otro lado, directivamente, el artículo 10º de la Convención, que estipula tanto que se tenga en cuenta las características económicas,

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "error prohibición"; debiendo decir: "error de prohibición".

sociales y culturales del individuo y dar preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento -principio de adecuación de las medidas de reacción social-.

III. DECISIÓN

18º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

19º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7º al 17º.

20º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

21º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 2-2009/CJ-116**

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 189º CT
ASUNTO: REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas

con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los efectos penales de la regularización tributaria, prevista en el artículo 189º del Código Tributario -en adelante, CT-. En ellas se advierten, por lo menos, dos líneas jurisprudenciales contradictorias en orden a los alcances de la regularización tributaria que es del caso unificar.

De un lado, la exigencia que se pague la totalidad de la deuda tributarias o en su caso la devolución del íntegro del saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente (Ejecutorias Supremas número RQ-765-2005/Lima, del 3 de mayo de 2007, y RQ-132-2009/Tacna, del 13 de julio de 2009) o que el fraccionamiento del pago de deudas tributarias en ningún caso alcanza conductas de contenido penal (Ejecutoria Suprema número RQ-160-2007/Lima, del 29 de mayo de 2007). De otro lado, las solicitudes de acogimiento a leyes de sinceramiento de deudas tributarias, aceptadas por la SUNAT, con el fraccionamiento de la deuda tributaria, importa una regularización tributaria, que desestima la aplicación del Derecho penal (Ejecutorias Supremas número RN-495-2007/Lima, del 29 de octubre de 2008, y RN-401-2008/Junín, del 16 de junio de 2009).

- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que

se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a la señora BARRIOS ALVARADO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Bases normativas*

- 6º. El artículo 189º CT, modificado por la Ley número 27038, incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal.

Prescribe la citada norma, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, lo siguiente:

- A. *“No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas”.*
- B. *“La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización”.*

- C. *“Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas”.*
- 7º. La indicada norma material debe ser interpretada en concordancia con los artículos 7º y 8º de la Ley Penal Tributaria -en adelante, LPT-.
- A. El artículo 7º LPT, modificado por el Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-, establece: *“1. El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo.- 2. Las Diligencias preliminares y, cuando lo considere necesario el Juez o el Fiscal en su caso, los demás actos de la instrucción o Investigación Preparatoria, deben contar con la participación especializada del Órgano Administrador del Tributo”.*
- B. El artículo 8º LPT, modificado por el NCPP, preceptúa que: *“1. El Órgano Administrador del Tributo cuando, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de un delito tributario, inmediatamente lo comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar con el procedimiento que corresponda.- 2. El Fiscal, recibida la comunicación, en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, dispondrá lo conveniente. En todo caso, podrá ordenar la ejecución de determinadas diligencias a la Administración o realizarlas por sí mismo. En cualquier momento, podrá ordenar al Órgano Administrador del Tributo le remita las actuaciones en el estado en que se encuentran y realizar por sí mismo o por la Policía las demás investigaciones a que hubiere lugar”.*

§ 2. **La regularización tributaria**

- 8º. Los delitos tributarios protegen la Hacienda Pública desde la perspectiva del interés del Estado y de la propia Hacienda Pública de que la carga tributaria se realice con los modos fijados en la Ley. Se protege, en consecuencia, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público [LORENZO MORILLAS CUEVAS: *Derecho Penal Español - Parte Especial*, tomo I, (MANUEL COBO DEL ROSAL: Coordinador), Editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 613].

Los delitos tributarios comprendidos en la LPT tienen las siguientes notas características esenciales:

- A. Se configuran como un delito especial propio y de infracción del deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos Publio*.
 - B. Tienen una naturaleza patrimonial, pero es de tener en cuenta su carácter público en atención a la función que los tributos cumplen en un Estado social y democrático de derecho.
 - C. Son delitos de resultado. Se exige la producción de un perjuicio que se consuma desde el momento en que se deja de pagar, total o parcialmente, los tributos o que se obtenga o disfruta indebidamente de un beneficio tributario.
 - D. El núcleo típico es la elusión del pago de tributos debidos o la obtención indebida de beneficios tributarios, cuya perpetración puede producirse tanto por acción, como por omisión.
 - E. Es un delito doloso -directo o eventual-, centrada en el conocimiento de la afectación del interés recaudatorio del Fisco. Además, se requiere de un elemento subjetivo especial o de tendencia: el ánimo de lucro en provecho propio como de un tercero [LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES/MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, Tercera edición, Editorial San Marcos, Lima, 1977**, página 478], aunque no hace falta que se alcance efectivamente.
- 9º. La finalidad de política tributaria de la regularización se encuentra en el objetivo estatal de conseguir que los tributos dejados de pagar efectivamente se recauden, y su fundamento dogmático reside en la reparación del daño [PERCY GARCÍA CAVERO: *Derecho Penal Económico - Parte Especial*, Tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, páginas 693 y 698] y, como tal, con entidad para confluir con los fines de la pena -tanto en la retribución como en la prevención [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal - Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 80].

En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad *ex post factum* sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito -autores y partícipes-. Destaca la perspectiva objetiva de la regularización tributaria,

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "Publio"; debiendo decir: "Públicos".

** En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "1977"; debiendo decir: "1997".

esto es, el ámbito de aplicación, los requisitos y los efectos de la regularización, como resulta evidente, se refieren al hecho o injusto culpable, no al autor. Tal consideración es, por cierto, compatible con el propio tenor literal del artículo 189º CT, que a final de cuenta impide toda posibilidad de someter a proceso penal por los hechos punibles objeto de regularización.

- 10º.** La regularización tributaria, en aras de alentar la regularización tributaria y su propia eficacia, y acudiendo a un argumento *"a fortiori"* [FERMÍN MORALES PRATS: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, páginas 791/792], abarca tanto el conjunto de delitos comprendidos en la LPT (artículos 1º/5º), en tanto en cuanto perjudiquen la Hacienda Pública: omisión del pago de tributos debidos u obtención efectiva de beneficios tributarios -entendidos ampliamente, en cuya virtud se comprende a todos los mecanismos que por el resultado disminuyen o eliminan la carga tributaria [CARMEN DEL PILAR ROBLES MORENO y otros: *Código Tributario, Doctrina y Comentarios*, Pacífico Editores, Lima, 2005, página 671]-, como, por imperio del tercer párrafo del artículo 189º CT, *"...las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización"*. La extensión de la impunidad, en estos casos, sólo puede admitirse en la medida en que éstas carezcan de autonomía punitiva frente a los delitos tributarios; es decir, aquellas irregularidades contables y falsedades realizadas con finalidad y efectos exclusivos de tipo tributario [J. BOIX REIG y otros: *Derecho Penal - Parte Especial*, Tercera edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, página 592].
- 11º.** La regularización tributaria está sujeta a dos requisitos esenciales: actuación voluntaria a través de una autodenuncia y pago total de la deuda tributaria o devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente.
- A. Regularización voluntaria.** Se expresa en la frase: *"...se regularice la situación tributaria (...) antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de éste, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas"* (artículo 189º, segundo párrafo, CT). Esta exigencia o condicionante temporal plantea que la regularización se realice en forma voluntaria o espontánea, la que debe concretarse antes de la intervención de la autoridad tributaria o penal. En este último supuesto no hace falta una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (artículo 7º.1 LPT en concordancia con el artículo 336º NCPP), cuyo equivalencia en el ACPP será la denuncia formalizada del Ministerio Público y el

respectivo auto de apertura de instrucción; sólo se requiere del inicio de actuaciones de investigación, que muy bien pueden tratarse de diligencias preliminares en tanto en cuanto exista suficiente precisión de los cargos, de su presunta relevancia delictiva. De otro lado, la regularización no necesariamente debe ser obra del obligado; además, los motivos internos que determinan la regularización no son relevantes, sólo lo es el momento en que tiene lugar.

- B. Pago total de la deuda tributaria o devolución íntegra del beneficio tributario.** Se precisa en el cuarto párrafo del artículo 189º CT, que dice: *“Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas”*. No sólo se trata de que se formule una autodenuncia a través de una declaración rectificatoria, sino de que pague efectivamente la deuda tributaria o efectúe la devolución correspondiente. Frente a montos dudosos o de necesaria determinación administrativa -que traen causa en la comisión de delitos tributarios-, es posible que la autoridad cuestione la rectificación y exija un monto mayor; oportunidad en que debe establecerlo -con inclusión a los tributos, de los intereses y las multas- y el obligado a pagar inmediata e íntegramente el diferencial respectivo.

12º. El delito tributario, desde la reforma de la LPT por el NCPP -en especial del artículo 8º-, es un delito de persecución pública a cargo del Ministerio Público, aunque con la necesaria intervención de la autoridad administrativa tributaria. A partir de esas modificaciones tiene sentido que la regularización pueda realizarse:

- (i) antes que la Fiscalía inicie diligencias preliminares de averiguación sobre la posible comisión de un delito tributario -no necesariamente, como era antes de la reforma, una denuncia por delito tributario debe ser de previo conocimiento de la autoridad tributaria, aunque su ulterior intervención es preceptiva-; y, en su defecto -ante la inexistencia de la intervención de la Fiscalía, del inicio de actuaciones de averiguación-,
- (ii) el Órgano Administrador del Tributo notifique un requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas presuntamente delictivas señaladas.

El requerimiento de la administración tributaria debe ser específico, vinculado a un delito tributario concreto, enmarcado temporalmente. El

bloqueo a la regularización necesita de un requerimiento expreso en cuanto al delito presuntamente cometido o la referencia a las conductas delictivas que le dan por su naturaleza relevancia penal [JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA: *Regularización Tributaria*, Actualidad Jurídica número 115, Lima, Junio 2003, página 20].

§ 3. *Fraccionamiento tributario, leyes especiales y exención de pena*

- 13º. Con carácter general, el artículo 36º CT estatuye que: *“Se puede conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria con carácter general, excepto en los casos de tributos retenidos o percibidos, de la manera que establezca el Poder Ejecutivo.- En casos particulares, la Administración Tributaria está facultada a conceder aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria al deudor tributario que lo solicite, (...), siempre que dicho deudor cumpla con los requerimientos o garantías que aquélla establezca mediante Resolución de Superintendencia o norma de rango similar y con los siguientes requisitos: (...).- El incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se otorgó el aplazamiento y/o fraccionamiento, conforme a lo establecido en las normas reglamentarias, dará lugar automáticamente a la ejecución de las medidas de cobranza coactiva por la totalidad de la amortización e intereses correspondientes que estuvieran pendientes de pago”.*

Como se advierte de su texto, el citado artículo 36º CT reconoce la posibilidad de que el deudor tributario se acoja al aplazamiento y/o fraccionamiento de su deuda tributaria, siempre sujeto a una serie de condiciones y garantías que la Administración Tributaria ha de valorar para su aceptación o rechazo. Sin embargo, el hecho de reconocer la deuda tributaria y su imposibilidad de pago oportuno, al igual que la emisión de la correspondiente autorización administrativa que acepta el aplazamiento y/o el fraccionamiento de su pago, en modo alguno tiene relevancia jurídico penal cuando el incumplimiento de la obligación tributaria trae su causa en la comisión de delitos tributarios, a menos que el legislador por medio de una norma con rango de ley así lo decida, clara e inequívocamente. Razones de prevención general explican esta conclusión, en tanto que ya se produjo la conducta delictiva y la consiguiente afectación a la Hacienda Pública.

Por lo demás, la única causa material de exclusión de punibilidad es aquella, ya analizada, referida a la regularización tributaria y ésta importa no el aplazamiento o el fraccionamiento del pago sino su total cancelación. Esta exigencia es compatible con la finalidad de política fiscal de toda regularización tributaria, que persigue que se paguen los tributos, no sólo que espontánea o voluntariamente se indique el faltante, única posibilidad que haría cesar la necesidad de pena.

En tal virtud, el acogerse a un sistema especial de fraccionamiento o de sinceramiento tributario, como lo fue en su día los adoptados por las leyes número 27344 -Ley del régimen especial de fraccionamiento tributario- y 27681 -Ley de reactivación a través del sinceramiento de las deudas tributarias (RESIT)-, carece de relevancia como presupuesto para excluir la pena.

III. DECISIÓN

14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de catorce Jueces Supremos por el presente texto y uno en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

15º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 13º.

16º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

17º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 1º. El artículo 189º del C.T. modificado por la Ley número 27038 prescribe en su segundo, tercero y cuarto párrafo, lo siguiente: *“...que no procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte del Órgano Administrador del tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el órgano Administrador del tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.*

La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización”.

“Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos, la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas”.

De este texto normativo se puede apreciar, por tanto, la configuración de una causal expresa de excusa absolutoria, la cual impide que un hecho típico, antijurídico y culpable pueda ser perseguido penalmente, excluyendo a su vez la punibilidad del acto.

- 2º. En el sentido anterior y a fin de complementar la interpretación de este artículo es necesario delimitar el contenido y alcance de lo que se entiende por **REGULARIZACIÓN**, para lo cual es de precisar como punto de partida que el bien jurídico protegido en los delitos tributarios es la Hacienda Pública en cuanto no se vea afectada en el proceso de recaudación de tributos y en las formas que establece la ley (LORENZO MORILLAS CUEVAS: *Derecho Penal Español - Parte Especial*, Tomo I, editorial Dykinson, Madrid, 2004, página 613). Ahora bien, para poder precisar que se entiende por regularización debemos aproximarnos al contenido de este concepto con

la ayuda de dos elementos conceptuales: voluntad de regularizar la deuda y pago de la deuda tributaria.

- 3º. En cuanto al primer elemento: **voluntad de regularizar la deuda**, el artículo 189º C.T. señala como oportunidad para que se efectúe dicha regularización de las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la ley Penal Tributaria, hasta antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de esta, el órgano Administrador del tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas.

Sin embargo atendiendo al bien jurídico protegido, e interpretando sistemáticamente la norma tributaria en mención conjuntamente con la ley de Reactivación del Sinceramiento de las Deudas Tributarias - RESIT Ley número 27681, así como con la Ley Especial de Fraccionamiento Tributario Ley número 27344 se tiene el resultado siguiente:

La Ley de Fraccionamiento prescribe en su artículo 3º.3 que: *no podrán acogerse las personas naturales a quienes se les hubiera abierto instrucción por delito tributario o aduanero ni las empresas o entidades a quienes dichas personas representen, siempre que aquellas estén directamente vinculadas con la comisión del delito, ya sea que el proceso se encuentre en trámite o exista sobre dichas personas sentencia firme condenatoria por delito.*

Mientras que la Ley número 27681 - RESIT señala en su artículo 3º.2 lo siguiente: *También podrán acogerse a este Sistema los deudores tributarios que gocen o hayan gozado de algún beneficio de regularización, aplazamiento y/o fraccionamiento de deudas tributarias, por la deuda acogida a los referidos beneficios. Del mismo modo, podrán acogerse a este sistema los deudores tributarios que voluntariamente reconozcan tener obligaciones pendientes, detectadas o no, con las Instituciones, las que podrán entregar el estado de adeudos correspondientes a los deudores tributarios, el mismo que tendrá carácter meramente informativo a efectos de los fines que persigue la presente Ley.*

Esta última norma estatuye, además, en su artículo 3º.4 que: *No podrán acogerse al Sistema por ninguna de las deudas a que se refiere el artículo 2º, las personas naturales con sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada vigente por delito tributario o aduanero, ni tampoco las empresas ni las entidades cuyos representantes, por haber actuado en calidad de tales, tengan sentencia condenatoria vigente por delito tributario o aduanero.*

De su propio tenor se advierte que estas leyes surgen como supuestos de excepción a la norma contenida en el artículo 189º CT porque regulan la situación de aquel deudor que habiendo sido detectado por la administración tributaria decide con voluntad de pago cumplir con su obligación; es decir, se trata de un supuesto distinto al establecido en la anterior norma. Además, como es obvio, la aplicación del fraccionamiento al que se ha hecho mención en la Ley número 27344 es procedente incluso hasta antes de la apertura de instrucción, con lo cual se pone un límite distinto que repercute en el contenido de la excusa absolutoria, pues todos estos supuestos también se encuentran enmarcados dentro del concepto **regularización**, el cual, como ya se apuntó, exige como uno de sus elementos la **voluntad de regularizar una deuda por parte del deudor**.

- 4º. En lo referente al segundo elemento: el **pago de la deuda tributaria**, del contenido del artículo 189º CT se tiene que: *“...se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas”*.

Sin embargo, este supuesto límite positivo de que toda regularización debe entenderse como un solo pago total, es de interpretarse sistemáticamente a la luz del artículo 1221º del Código Civil del cual se evidencia que la extinción de las obligaciones no necesariamente se da con el pago total de la prestación sino con el compromiso de pago. Al respecto FELIPE OSTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, en su Tratado de las Obligaciones primera parte, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, página 234, enseñan, atendiendo al principio de integridad del pago, que: *“...ni el contrato ni la ley obligan al deudor a efectuar un pago total de la prestación en un determinado momento, sino que lo facultan a efectuar pagos parciales, conducentes a la ejecución de la totalidad de la prestación”*. Los mencionados autores añaden que: *“...El precepto tiene por objeto, simplemente, permitir al deudor cumplir con su prestación de manera parcial, pero al iniciar la ejecución de la misma en esta forma, dichos cumplimientos parciales no lo liberarán de cumplir con el resto de la prestación debida”*; lo que en nuestro caso viene a ser el pago de la deuda tributaria, más aún si las mismas Resoluciones que emite la SUNAT reconocen la existencia de una deuda por parte del administrado, para ser más precisos en los procedimientos que señalan tanto la Ley de Reactivación del Sinceramiento de las Deudas Tributarias - RESIT, Ley número 27681, como la Ley especial de Fraccionamiento Tributario, Ley número 27344, se otorga la posibilidad que su ámbito de

aplicación alcance a personas que cometieron hechos delictivos y que tras una manifestación de pago a través de un procedimiento administrativo especial puedan librarse de la persecución penal y del carácter punible de su accionar.

Ahora bien, este pago fraccionado al que se accedería no afectaría para nada al bien jurídico protegido, pues éste ya fue lesionado, y el hecho delictivo ya acaeció (así como también es lesionado cuando se aplica el artículo 189º CT de manera aislada a pesar que la regularización que se propugna implique un solo pago de la deuda, y como también acaeció el hecho delictivo incluso en el caso que el propio deudor ponga en conocimiento de la SUNAT acerca de su falta de aportaciones al Fisco), ni tampoco va contra los fines de la política de regularización tributaria, pues lo que importa a esta política es que el pago se realice (PERCY GARCÍA CAVERO: *Derecho Penal Económico - Parte especial*, tomo II, Editorial Grijley, Lima, 2007, páginas 693 y 698), y no necesariamente que éste sea único.

Por tanto, la única razón para que la excusa absolutoria cobre contenido es que se conciba a esta como un premio al deudor por haber asumido el compromiso de pago, es decir por asumir su obligación.

- 5º. Por último, es necesario mencionar además que asumir esta postura respecto a la Ley número 27344 no implica que se infrinja el principio de legalidad aplicando indebidamente la Ley número 27344, que en su artículo 2º define su ámbito de aplicación y no establece que la materia penal esté comprendida dentro de sus alcances, pues del contenido de la misma norma se desprende que no podrán acogerse las personas naturales a quienes se les hubiera abierto instrucción por delito tributario, por lo que al no estar prohibida la hipótesis que se asume, es de considerar que está permitida.

Por estos fundamentos; **MI VOTO:** es porque la regularización tributaria realizada en los marcos de la legislación de la materia, según se advierte de las consideraciones precedentes, excluye la aplicación del Derecho Penal y de las consecuencias jurídicas que entraña.

Sr.

GONZÁLES CAMPOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 3-2009/CJ-116**

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: ROBO CON MUERTE SUBSECUENTE
Y DELITO DE ASESINATO. LAS LESIONES COMO
AGRAVANTES EN EL DELITO DE ROBO

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.
- 3º. En el presente caso, el Pleno, de un lado, decidió tomar como referencia las distintas sentencias de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances del delito de robo agravado por muerte subsecuente (artículo 189º *in fine* del Código Penal) y el delito de asesinato por conexión con otro delito (artículo 108º, inciso, del Código Penal), a fin de determinar las diferencias entre ambos supuestos típicos y en qué casos son de aplicación uno u otro. De otro lado, se resolvió también sobre la misma base jurisprudencial, identificar cuál es la naturaleza penal de las lesiones causadas a la víctima y a las que se refiere el inciso 1 de la parte segunda del artículo 189º del Código Penal -en adelante CP-, para poder distinguirlas de aquellas mencionadas en el último párrafo del citado artículo.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte

Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. En vista del resultado de la votación se designó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA para que conjuntamente con el señor LECAROS CORNEJO, expresen en lo pertinente el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Planteamiento del primer problema*

- 6º. El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108º CP sobre el delito de asesinato y 189º CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente:

Artículo 108º CP: *“Será reprimido [...] el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias:*

2. Para facilitar u ocultar otro delito”.

Artículo 189º (último párrafo) CP: *“La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...”.*

Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso.

§ 2. *Análisis del primer caso*

- 7º. El artículo 189º *in fine* CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella -de los actos propios de violencia o *vis in corpore*- le causa la muerte, resultado que no

quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa -la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisibile, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal-. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) -es una situación de **preterintencionalidad heterogénea**- [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.

- 8º. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto -**para facilitar otro delito**-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto -**para ocultar otro delito**-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio*, 2da. Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, páginas 59/69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Derecho Penal Parte Especial I*, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411].

§ 3. *Planteamiento del segundo problema*

- 9º. El artículo 189º, último párrafo, CP establece una circunstancia agravante de tercer grado: si se producen lesiones graves como consecuencia del robo, la pena será de cadena perpetua. La referida norma en el inciso uno de su segunda parte determina que si se comete el robo y se causa lesiones a la integridad física o mental de la víctima la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. En esa misma línea, el artículo 188º CP -modificado por la Ley número 27472, del 5 de junio de 2001-, que tipifica el delito de robo, exige para su comisión que el agente emplee violencia contra la persona, en cuyo caso se sancionará al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

En consecuencia, es del caso determinar, desde las características y entidad de las lesiones producidas a la víctima, cuándo se está ante un delito de robo simple (artículo 188º CP), cuándo se ha cometido el subtipo agravado del inciso uno de la segunda parte del artículo 189º CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189º CP.

§ 4. *Análisis del segundo caso*

- 10º. El delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188º CP tiene como nota esencial, que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona -no necesariamente sobre el titular del bien mueble-. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas -como medio para la realización típica del robo - han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento.

En consecuencia la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física "*vis in corpore*" -energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima- es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención -que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad-; y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que

convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primer de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues ésta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento.

- 11º.** Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189º CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona, taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto sólo se indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto, dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121º CP. Según esta norma se califican como tales a *las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa*. Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine* del artículo 189º CP.

- 12º.** En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1º del segundo párrafo del artículo 189º cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441º (lesiones falta) o 122º (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, **(i)** si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurren medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; **(ii)** si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática

debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que ésta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189º CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189º CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido.

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurren medios que den gravedad a las lesiones ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189º CP.

- 13º. Es necesario señalar que el artículo 441º CP contiene un requisito de validación respecto a la condición de faltas de las lesiones causadas, y que es distinto del registro meramente cuantitativo -hasta 10 días de asistencia o descanso-. Efectivamente él está referido a que “...no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito”. Con relación a ello cabe aclarar, que en el delito de robo no es de recibo aceptar como supuesto de exclusión las “**circunstancias que dan gravedad al hecho**” respecto de la entidad de las lesiones ocasionadas a la víctima. Es obvio que una *vis in corpore* en un contexto de desapoderamiento patrimonial constituye una circunstancia que da gravedad al hecho, pero para definir su eficacia agravante en el robo lo relevante será, siempre, con exclusión de las circunstancias de su empleo, el nivel de afectación a la integridad corporal de la víctima que ella produjo.

Distinto es el caso de los medios utilizados. Éstos inciden en la propia entidad de la lesión que se ocasione a la víctima, y revelan un mayor contenido de injusto específico, que es del caso resaltar desde su calificación jurídico penal. No se trata de amedrentar a la víctima sino de atacarla y afectar su integridad más allá del desapoderamiento patrimonial perseguido. Es más, la propia ley da autonomía agravante, por ejemplo, al hecho de robar “*a mano armada*”.

III. DECISIÓN

14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del primer problema (alcances del artículo 189º in fine CP) y por unanimidad en lo concerniente al segundo problema (ámbito del subtipo agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189º CP), y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 15º. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6º** al **13º**.
- 16º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.
- 17º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 4-2009/CJ-116**

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

**ASUNTO: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y
CONCURSO REAL**

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal

- de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.
- 3º.** En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.
- 4º.** En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º.** La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el

presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El concurso real de delitos*

- 6º. El artículo 50º del Código Penal -en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

286

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de delitos independientes.
- C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal -enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos

los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7º. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

- A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.
- B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50º CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya

que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

- 8º.** Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51º CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluso él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185º CP), falsedad documental (artículo 427º CP) y lesiones graves (artículo 121º CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de delitos.
- B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
- C. Unidad de autor.

9º. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51º CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50º CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51º CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

§ 2. *El concurso real de faltas*

10º. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50º-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: *“Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*.

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de faltas independientes.

C. Pluralidad de personas perjudicadas.

D. Unidad de autor.

11º. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente *"...infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,..."*.

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50º-A CP: *"...será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado"*. Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50º y 51º CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una *"pena privativa de libertad prevista"*, la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440º.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440º CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441º CP o contra el patrimonio del artículo 444º CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50º-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: *"Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a*

varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado". La redacción proyectada aludía, pues, a un "delito" y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50^o-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403/452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: "*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*".

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicione o acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34^o CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440^o.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

§ 3. *Acusación fiscal y congruencia*

12^o. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225^o.2 del Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP- y 349^o.1-b del Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción

-debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92º de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225º ACPP o 349º.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46º-A, 46º-B, 46º-C, 21º y 22º CP, y artículos 136º ACPP o 161º NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48º/50º CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos -concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

- 13º. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión -así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial -cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos-.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285º-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal -inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos -por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto -de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Obra citada*, página 748].

- 14º.** El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350º.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes -y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección -casos de una acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374º.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387º.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones

justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

- 15º.** Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

- 16º.** Los artículos 225º y 273º ACPP y 349º.1 y 387º.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285º-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397º.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde

luego -y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal*. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

- 17º.** El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal -por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria-.

En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo -que es la pauta legal fijada por el NCPP-, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *Obra citada*, página 33].

18º. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50º CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido -incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50º CP-, en aplicación del principio de interdicción de la reforma peyorativa (artículos 300º.1 ACPP y 409º.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

III. DECISIÓN

19º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

20º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 18º.

21º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

22º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO Nº 5-2009/CJ-116

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA:
ASPECTOS ESENCIALES

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal

de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre diversos aspectos del proceso especial de terminación anticipada. En concreto, sobre su viabilidad en la etapa intermedia del proceso común u ordinario, la posibilidad de emitir sentencia absolutoria a pesar de existir un acuerdo entre las partes, los criterios para determinar la aplicación del beneficio de rebaja de un sexto sobre la pena, los alcances de la aplicación de la atenuación excepcional por confesión sincera, y la procedencia y alcances, en su caso, de la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor NEYRA FLORES, quien, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO, expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Naturaleza jurídica del proceso de terminación anticipada*

- 6º. La terminación anticipada es un proceso penal especial y, además, una forma de simplificación procesal, que se sustenta en el principio del consenso. Es, además, uno de los exponentes de la justicia penal negociada. Su regulación, en sus aspectos esenciales, está suficientemente desarrollada en el Libro V, Sección V, artículos 468º/471º, del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. Frente al proceso común del NCPP y el ordinario e incluso el sumario del antiguo sistema procesal penal, que sigue las pautas del antiguo Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACPP-, se erige en un proceso penal autónomo, no es una mera incidencia o un proceso auxiliar dependiente de aquél.

Por tanto, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso de terminación anticipada o las disposiciones y su estructura procesal.

§ 2. *El tratamiento legal del proceso de terminación anticipada en el NCPP*

- 7º. El proceso de terminación anticipada importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias. Así fluye de lo dispuesto en el artículo 468º. 4 y 5 NCPP. Al haberse regulado para todo tipo de delitos -ámbito de aplicación general- y sometido sus reglas a una pauta unitaria, es obvio que, por razones de coherencia normativa y de primacía de la ley posterior que reemplaza un instituto legal determinado, las disposiciones del NCPP han venido a reemplazar a las disposiciones procesales penales especiales, tales como las Leyes número 26320 y 28008. Sin embargo, en el caso de los delitos aduaneros -Ley número 28008-, las normas de contenido relevantemente penal, material y las reglas procesales específicas vinculadas a las primeras y al modo cómo se han regulado estos delitos

siguen rigiendo, tal es el caso de los literales c), d) y e), y los cinco párrafos finales del artículo 20º.

- 8º.** El proceso de terminación anticipada atraviesa diversas etapas o fases, que va desde la calificación de la solicitud de terminación anticipada -sin que para ello o para la continuación del referido proceso corresponda realizar diligencia preliminar alguna o tomar una declaración al imputado- [fase inicial], hasta la realización de la audiencia respectiva [fase principal] y la consecuente emisión de la decisión resolutoria correspondiente: auto desaprobatorio del acuerdo o sentencia anticipad* [fase decisoria]. Es claro, por lo demás, que audiencia preparatoria es privada, cuya justificación estriba en que es consecuencia del carácter de publicidad relativa de la investigación preparatoria y constituye, desde la perspectiva del imputado, uno de los efectos benéficos de este proceso especial, quien apunta a que su caso no se ventile públicamente.

Es condición de la realización de la citada audiencia que la solicitud de terminación anticipada pase el examen judicial de admisibilidad y procedencia. Además, el Juez ha de revisar si el imputado tiene debido conocimiento de los alcances y consecuencia del acuerdo al que puede llegar -es, precisamente, el segundo paso de la audiencia, inmediatamente después de la presentación de los cargos por la Fiscalía-. El consentimiento del imputado, visto el carácter dispositivo de la pretensión o los efectos que entraña, ha de ser libre, voluntario -sin presiones o amenazas-, informado, prestado con el auxilio de un abogado defensor, y con pleno conocimiento de lo que hace o deja de hacer y a lo que se somete una vez que acepta el acuerdo.

- 9º.** Si es que las partes arriban a un acuerdo -que tiene como presupuesto la afirmación de la responsabilidad penal del imputado y, como condición, la precisión de las consecuencias jurídico penales y civiles correspondientes, en perfecta armonía con el principio de legalidad-, corresponde al Juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional llevar a cabo los pertinentes controles acerca de la legalidad del acuerdo y de la razonabilidad de la pena.
- 10º.** El control de legalidad del acuerdo se expresa en tres planos diferentes:

- A.** El ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal, en relación a los hechos objeto de la causa y a las circunstancias que rodean al hecho punible.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "anticipad"; debiendo decir: "anticipada".

- B.** El ámbito de la legalidad de la pena y, en su caso, a su correspondencia con los parámetros, mínimo y máximo, que fluyen del tipo legal aplicado y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad -esto es lo que se denomina 'pena básica'. También el juicio de legalidad alcanza al respeto de los ámbitos legalmente definidos de la reparación civil -siendo del caso resaltar que en este extremo prima por completo la disposición sobre el objeto civil- y de las consecuencias accesorias.
- C.** La exigencia de una suficiente actividad indiciaria. Ello implica que las actuaciones o diligencias de la investigación permitan concluir que existe base suficiente -probabilidad delictiva- **(i)** de la comisión de los hechos imputados y de su vinculación con el imputado, y **(ii)** que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad.
- 11º.** El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del *quantum* de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad, se lesione la finalidad de la pena o se afecte indebidamente los derechos e intereses legítimos de la víctima. Por consiguiente, sólo podrá rechazar el acuerdo si de modo palmario o evidente se estipule una pena o una reparación civil evidentemente desproporcionada o que en el caso de la pena se lesione ostensiblemente el principio preventivo.
- 12º.** El análisis que corresponde al Juez Penal para homologar el acuerdo que le presentan las partes procesales concernidas es ciertamente distinto a la valoración y examen jurídico penal que hace el Juez en el proceso común luego del juicio oral. En este último, el Juez aprecia y valora los actos de prueba y puede aplicar criterios como el *in dubio pro reo* para absolver al imputado, lo que en cierta medida no es posible en el proceso de terminación anticipada, en atención a los mecanismos reconocidos para su conformación sobre la base del consenso procesal.

Es claro, atento a lo expuesto, que el Juez debe desaprobar el acuerdo si advierte la inexistencia de los hechos, la atipicidad de la conducta atribuida u otra situación similar. Lo correcto en estos casos es que, rechazado el acuerdo, los cargos se diluciden en el proceso común. Es un contrasentido, en atención al ámbito del control jurisdiccional del acuerdo, que se busque una absolución o una decisión que resuelva un objeto distinto al juicio sobre la validez y eficacia jurídica del acuerdo objeto de control jurisdiccional.

§ 4. *Beneficios en el proceso especial de terminación anticipada*

13º. La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica -definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes-, como al establecimiento de la pena concreta o final -que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45º y 46º del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad-.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba -juicios de legalidad y razonabilidad de la pena-, corresponde realizar al Juez.

14º. El artículo 471º NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Ésta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161º NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte -es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada-. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

§ 5. *Recursos en el proceso especial de terminación anticipada*

15º. Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada

situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.

El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo -eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales-, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutoria de la resolución judicial.

- 16º.** El artículo 468º.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales -se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo-. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416º.1 NCPP, que determina como objeto impugnado en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia -literal b)- o, en su caso, los que causen gravamen irreparable -literal e)-.

No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416º.1.b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso -pluralidad de la instancia- respecto de las decisiones que causan estado.

§ 6. *Proceso de terminación anticipada y etapa intermedia del proceso común*

- 17º.** Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal.

El proceso de terminación anticipada no guarda correspondencia con el proceso común. Es un proceso especial sujeto a sus propias reglas de iniciación y con una estructura singular -etapas propias y actuaciones singulares no equiparables con el proceso común, basado en el principio estructural de contradicción y no en el de consenso que informa al primero-. Además, el proceso de terminación anticipada se insta después de expedida la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la acusación fiscal (artículo 468º.1 NCPP) y la audiencia especial y privada está sometida a determinadas pautas y ritos, muy distintos a los que rigen la audiencia de control de la acusación, acto de postulación que, a mayor abundamiento, no existe en la terminación anticipada.

- 18º.** El artículo 350º.1.e) NCPP autoriza a las partes procesales, distintas del Fiscal, instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad, entendido en sentido amplio. Se discute si esta norma permitiría que en sede de etapa intermedia se instaure el proceso de terminación anticipada, bajo el entendido de que este último expresa un criterio de oportunidad procesal.

Ya se ha dejado sentado las diferencias sustantivas entre el proceso especial de terminación anticipada y la etapa intermedia del proceso común. El primero tiene como eje el principio del consenso y una de sus funciones es la de servir a la celeridad procesal, mientras que la segunda tiene como elemento nuclear el principio de contradicción y el cuestionamiento -en la medida de lo posible y como alternativa más fuerte de la potestad de control de la legalidad de que está investido el órgano jurisdiccional- de la pretensión punitiva del Ministerio Público. El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o 'criterios' contemplados en el artículo 2º NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350º.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, sólo remite al artículo 2º

NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230º del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo “criterios de oportunidad”, los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2º NCPP.

- 19º.** A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no sólo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471º NCPP por no cumplir su finalidad político criminal.
- 20º.** La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concernido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468º.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

- 21º.** De lo expuesto en los párrafos anteriores, se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo I.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139º.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa

procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

III. DECISIÓN

22º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

23º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7º al 21º.

24º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

25º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 6-2009/CJ-116**

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: CONTROL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas

con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el control de la acusación escrita del Ministerio Público, tanto en el antiguo Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACP- como en el nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. En especial, la definición e identificación de los elementos que integran la acusación, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional ante los posibles defectos de la acusación, la oportunidad para hacerlo, la potestad *ex officio* de control y los distintos problemas que enfrentan el juez y las partes para definir la corrección de la acusación como presupuesto del juicio oral.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales*

- 6º. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159º.5 de la Constitución, 1º y 92º de la Ley Orgánica del Ministerio Público -en adelante, LOMP, 219º ACPP y 1º, 60º y 344º.1 NCPP). Mediante la acusación la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344º.1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal -cuya intervención sólo es posible en los delitos de persecución pública- y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no sólo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92º del Código Penal, -en adelante, CP-), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del

perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida, como la persona o personas que aparezcan responsables -que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria- y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

- 7º. Los artículos 225º ACPP, 349º NCPP y 92º.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción -fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente-. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

- 8º. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria -según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente-, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido

objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones -judicial una y fiscal otra- determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349º.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre -claro está- con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial -es decir, total o parcial- entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

§ 2. *El control de la acusación en el ACP*

- 9º. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, sólo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229º ACP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial -definido en función a las características y complejidad de la causa- a las demás partes.

10º. Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225º ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7º. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, **(i)** que el petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso, **(ii)** que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente -no circunstanciado-, vago, oscuro o desordenado, o **(iii)** que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible -tal decisión no está prevista en el artículo 292º ACPP- las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar -si correspondiere- las observaciones resaltadas judicialmente.

11º. El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio. Se trata de los presupuestos procesales, referidas al órgano jurisdiccional -la jurisdicción y competencia penales- y a la causa -excepciones procesales-. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

§ 3. *El control de la acusación en el NCPP*

12º. La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal -ese, y no otro, es su ámbito funcional-.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350º/352º NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes

-nunca antes- (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13º. El artículo 350º.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria -la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva-, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350º NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9º en relación con el artículo 349º NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352º.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de “...un nuevo análisis del Ministerio Público”.

314

14º. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral -con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2º NCPP, y de la deducción de excepciones- sólo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344º.2 NCPP.

Este control, por imperio del artículo 352º.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15º. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352º.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349º.1 NCPP -en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar- lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe

reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar sólo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Ésta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344º.1 NCPP).

III. DECISIÓN

16º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 15º.

18º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

19º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO**

**PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 7-2009/CJ-116

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: PERSONAS JURÍDICAS Y
CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal

de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia los problemas suscitados con motivo de la aplicación de las medidas contra las personas jurídicas, previstas en el artículo 105º del Código Penal de 1991 -en adelante CP-, modificado por el Decreto Legislativo número 982, en tanto que se advierte que sus disposiciones no son aplicadas y desarrolladas jurisprudencialmente como corresponde. Ante tales defectos, en especial porque la ley material no desarrolló suficientemente los presupuestos básicos para su debida implementación y porque en los Distritos Judiciales que siguen rigiéndose por el Código de Procedimientos Penales -en adelante, ACP- el legislador no implementó disposiciones sobre el particular, resulta conveniente que este Supremo Tribunal fije los criterios o directivas indispensables para su correcta utilización en sede judicial.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor PRADO SALDARRIAGA, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Problemática actual*

6º. El CP incorporó sanciones de carácter penal aplicables a las personas jurídicas y las denominó consecuencias accesorias. Con esta decisión político criminal la legislación nacional procuraba establecer un inédito nivel de respuesta punitiva frente a aquellos delitos donde resultase involucrada una persona jurídica. Lo cual, por lo demás, se adhería a una consolidada tendencia en el derecho comparado [KLAUS TIEDEMANN: *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Editorial Grijley, Lima, 2007, página 92 y ss.].

7º. Sin embargo, a más de dieciocho años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy alejada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias. Esta constatación resulta trascendente en la actualidad, pues el artículo 105º CP, luego de las modificaciones introducidas el año 2007 por el Decreto Legislativo 982, dispone preceptivamente la aplicación jurisdiccional de estas consecuencias accesorias siempre que se verifiquen los requisitos y presupuestos que dicha norma establece.

8º. Dos factores concurren etiológicamente en la explicación de tal actitud de los jueces nacionales. En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que sólo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el ACP, que no han sido objeto de una ley complementaria en armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas con un hecho punible. El necesario desarrollo normativo ha sido cumplido por el nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-, pero, como se sabe, su vigencia es progresiva y no comprende hasta el momento varios Distritos Judiciales.

§ 2. Algunos aspectos dogmáticos generales

- 9º. En el Código Penal las **consecuencias accesorias** se encuentran ubicadas en el Capítulo II del Título VI del Libro Primero - Parte General. Únicamente los artículos 104º y 105º CP se refieren a consecuencias accesorias que pueden recaer sobre una persona jurídica, siempre que ésta resulte vinculada o beneficiada con la comisión o encubrimiento de un delito. Sin embargo, estas dos disposiciones aluden a consecuencias accesorias con distintas funciones y efectos. Efectivamente, en el artículo 104º CP se regula una especie de responsabilidad civil subsidiaria que deberá afrontar la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal. Y en el artículo 105º CP se detalla un amplio catálogo de sanciones que se aplicarán a estos entes colectivos.
- 10º. La problemática dogmática y procesal que corresponde evaluar en este Acuerdo Plenario se remitirá, exclusivamente, a la segunda de tales normas, pues la primera, si se cumplen sus presupuestos y en lo que fuera pertinente, cabe incorporarla en sede procesal con arreglo a las normas sobre el tercero civilmente responsable. Al respecto, cabe señalar, conforme lo ha resaltado uniformemente la doctrina nacional, que los antecedentes del artículo 105º CP se remontan al Proyecto de Código Penal de setiembre de 1989 (artículos 103º a 105º), que tuvo como fuente legal extranjera al Anteproyecto de Código Penal español de 1983 (artículos 136º a 138º).
- 11º. Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como **sanciones penales especiales** [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización- con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105º CP: Principales Problemas de Aplicación*. En: Anuario de Derecho Penal 2003, página 484 y ss.].

12º. Es pertinente distinguir que este tipo de sanciones penales no son penas accesorias como la de inhabilitación que define el artículo 39º CP. No son, pues, un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesorio, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo [LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105º CP, a más de quince años de su vigencia*. En: Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal (JOSÉ HURTADO POZO, editor), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad de Friburgo, Lima, 2009, página 493 y siguientes]. Se trataría, pues, de una especie de exigencia normativa que opera como una **condición objetiva de imposición** de consecuencias accesorias.

§ 3. Alcances y limitaciones del artículo 105º CP

13º. Actualmente, luego de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo número 982, el artículo 105º CP tiene la siguiente estructura normativa:

“Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

- 1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*
- 2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*
- 3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*
- 4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas”.

- 14^o. Del citado artículo es posible señalar que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente:
- A. Que se haya cometido un hecho punible o delito.
 - B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.
 - C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

322

Ahora bien, en dicha norma coexisten cuatro clases de consecuencias accesorias que el juez penal puede imponer a una persona jurídica. Cada una de las cuales tiene distinta configuración y efectividad. Resulta, por tanto, necesario identificar, seguidamente, sus principales características y funciones.

- 15^o. Las consecuencias jurídicas previstas en el citado artículo 105^o CP, tienen las siguientes características y funciones:
- A. El inciso 1) dispone **la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos**. Es decir, regula sanciones que afectan el funcionamiento de los ambientes físicos e inmuebles en los cuales la persona jurídica realiza sus actividades organizacionales y operativas. Cuando la clausura sea temporal no puede durar más de cinco años. Es importante precisar que para que proceda esta medida el local o establecimiento tiene que haber servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Editorial Idemsa, Lima, 2001, páginas 310 y 311].
 - B. El inciso 2) considera **la disolución de la persona jurídica**. Es la sanción más grave que se podría imponer a un ente colectivo [JOSÉ HURTADO POZO: *Personas jurídicas y responsabilidad penal*.

En: Anuario de Derecho Penal 1996, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, página 148. LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: *Obra citada*, páginas 488/499]. Por tanto, la disolución debe de quedar reservada, entre otros casos, para aquellos donde la propia constitución, existencia y operatividad de la persona jurídica, la conectan siempre con hechos punibles, situación que generalmente ocurre con las denominadas personas jurídicas de **fachada o de papel**. En estas empíricamente se ha detectado no un defecto de organización sino un evidente defecto de origen de la organización. Pero, también, cabe disponer la disolución de la persona jurídica, en supuestos donde se identifique una alta probabilidad de que aquella vuelva a involucrarse en delitos o peligrosidad objetiva de la persona moral.

- C. El inciso 3) regula la **suspensión de actividades** de la persona jurídica. Esta sanción sólo puede ser impuesta con carácter temporal y sin exceder a dos años. La suspensión de actividades puede ser total o parcial. Sin embargo, ella, en su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su *modus operandi* y efectos [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA: *La persona jurídica en el nuevo proceso penal*. En: *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2005, página 329]. La suspensión total deberá justificarse por la absoluta naturaleza ilícita del quehacer ejercido por la persona jurídica.
- D. Por último, el inciso 4) contiene la **prohibición de realizar actividades futuras** de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible. Esta modalidad de consecuencia accesoria puede ser temporal o definitiva. En el primer caso la prohibición no puede extenderse más allá de cinco años. Con esta sanción se afecta la operatividad posterior al delito del ente colectivo. Tiene, pues, un claro sentido de **inhabilitación para su desempeño futuro**. No obstante, el alcance de esta sanción es limitado y especial, pues no puede extenderse hacia otras actividades no vinculadas con el delito.

16º. En el artículo 105º CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. No obstante, esta limitación normativa puede ser superada, de modo transitorio, recurriendo a la implementación judicial de los criterios adoptados, para tal efecto, por el

artículo 110^o del Anteproyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de la Comisión Especial Revisora creada por Ley número 29153 [Véase: Congreso de la República: Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal, J&O Editores Impresores SAC, Lima, 2009], en tanto en cuanto sus postulados en modo alguno son implícitos con los establecidos por el vigente CP y constituyen reglas de desarrollo plenamente derivadas desde los principios de lesividad, proporcionalidad y prevención incorporados positivamente en el Título Preliminar del Código Penal. Por tanto, corresponde utilizarlos en todo proceso de determinación judicial, cualitativa y cuantitativa, de las consecuencias accesorias que deban imponerse en un caso concreto. Tales criterios son los siguientes:

- A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
 - B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
 - C. La gravedad del hecho punible realizado.
 - D. La extensión del daño o peligro causado.
 - E. El beneficio económico obtenido con el delito.
 - F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
 - G. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.
 - H. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.
- 17^o. Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del **principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso**. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la **necesidad especial** de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que **excepcionalmente**, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales

sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

Por lo demás, cabe recordar que estas opciones jurisdiccionales no son ajenas a nuestra legislación vigente y se expresan normativamente en el sentido y función del artículo 68º del Código Penal, al tratar de la exención de pena. No obstante, es de demandar siempre que esta clase de decisiones sean consecuencia de un riguroso análisis fáctico y normativo, y que ellas sean motivadas de manera específica y suficiente.

- 18º.** En el artículo 105º CP también se incluyen salvaguardas a favor de los derechos de terceros: trabajadores y acreedores, los que pudieran resultar afectados con la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica. Por consiguiente, el Juez está autorizado por dicha norma para disponer, ante la autoridad competente, la intervención del ente colectivo sancionado hasta por dos años. Con esta medida se procura controlar o paliar los efectos transpersonales que, necesariamente, producirán la aplicación de una o más consecuencias accesorias, sobre el patrimonio o la estabilidad laboral de personas ajenas al quehacer ilegal de la persona jurídica o de sus órganos de gestión. Sin embargo, esta posibilidad de promover la intervención, por su propia naturaleza y operatividad, sólo debe utilizarse cuando se impongan consecuencias accesorias de efectividad temporal como la clausura de locales o la suspensión o prohibición de actividades.

Finalmente, el artículo 105º CP, en su último párrafo, declara que la imposición de consecuencias accesorias no será afectada o mediatizada por acciones fraudulentas u encubridoras, dirigidas maliciosamente a la frustración de la decisión judicial como *“El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria,...”*.

§ 4. Consecuencias accesorias, persona jurídica y proceso penal

- 19º.** En el **ámbito procesal** toca delinear las garantías y los procedimientos que deben viabilizar la aplicación judicial de consecuencias accesorias a una persona jurídica. En este espacio debe definirse el procedimiento más idóneo que asegure, con puntual observancia de los principios y garantías procesales constitucionalmente relevantes, la presencia y la intervención en un proceso penal del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de una dinámica contradictoria que sea idónea para debatir, sin mengua de las garantías del debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal y presunción de

inocencia, la relevancia penal de la concreta intervención de una persona jurídica en el hecho *sub judice*.

En algunos sistemas jurídicos extranjeros es también la legislación material la que demanda la habilitación de este escenario procesal. Así, por ejemplo, en España el artículo 129^º del Código Penal advierte que las consecuencias accesorias aplicables a una persona jurídica requieren de una audiencia previa donde ella pueda alegar, a través de sus representantes legitimados, lo que le sea favorable (*"El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias"*).

- 20^º. En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanar de las garantías de defensa procesal -derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional -en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos-.

Con tal efecto, la persona jurídica deberá ser comprendida expresamente en sede de instrucción en una resolución judicial de imputación -en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario-, circunscripta a la posible aplicación de consecuencias accesorias, ello sin perjuicio de que concurrentemente pueda haber sido pasible de una imputación en el proceso civil acumulado como tercero civil. Es evidente que nadie puede ser acusado, sin antes haber sido comprendido como procesado o sujeto pasivo del proceso, a fin de que esté en condiciones razonables de ejercer el conjunto de derechos necesarios para afirmar su pretensión defensiva o resistencia: derecho a ser oído, a probar e intervenir en la actividad de investigación y de prueba, a alegar sobre los resultados de aquella actividad, y a impugnar.

Al respecto, el NCPP ya considera a la persona jurídica como un nuevo sujeto pasivo del proceso penal en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero. Pero ya no para afrontar únicamente eventuales responsabilidades indemnizatorias, directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible y que pueden concluir con la aplicación sobre ella de

una sanción penal en su modalidad especial de consecuencia accesoria [PABLO SÁNCHEZ VELARDE: *El nuevo proceso penal*, Editorial Idemsa, Lima, 2009, página 80]. Esta orientación legislativa, además, dispone, para todo ello, la realización de un proceso penal de corte **unitario** que comprenderá tanto a personas naturales como jurídicas, aunque con formulación de cargos y requerimientos diferenciados en atención a la naturaleza particular del sujeto imputado y de las necesidades específicas del *thema probandum* que le conciernen [JULIO CÉSAR ESPINOZA GOYENA, *Obra Citada*, página, 314].

- 21º. En el NCPP las normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90º/93º. Cada una de estas normas legisla aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a las personas jurídicas, así como sobre la actividad procesal que estas pueden desplegar.

La morfología y función de tales disposiciones es la siguiente:

- A. El artículo 90º NCPP identifica a las personas jurídicas que pueden ser **partes procesales y objeto de emplazamiento por la autoridad judicial**. En él se fijan los presupuestos necesarios para el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que exige dicha norma se refiere a la aplicación potencial sobre el ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104º y 105º CP. Esta disposición también concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir ante la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal. Tal norma, por lo demás, no obsta a que, respecto del artículo 104º CP y en sus estrictos marcos, el actor civil tenga legitimación activa conforme a la concordancia de los artículos 11º, 104º y 105º NCPP.
- B. El artículo 91º NCPP disciplina **la oportunidad y la tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica como parte procesal**. Esta norma señala que la solicitud de emplazamiento del Fiscal se debe formular ante el Juez de la Investigación Preparatoria, luego de comunicarle su decisión formal de continuar con las investigaciones y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria. En este artículo se detallan también los datos básicos de identificación que deberá contener la solicitud fiscal y que son los siguientes:

- (i) La identificación de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etcétera).
- (ii) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales).

La solicitud, además, debe señalar, de modo circunstanciado, los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Por tanto, se debe referir la **cadena de atribución** que la conecta con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, en base a todo ello, se tiene que realizar la fundamentación jurídica que justifique incluir al ente colectivo en el proceso.

La tramitación que deberá darse a la solicitud será la misma que detalla el artículo 8º NCPP para el caso de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones.

- C. El artículo 92º NCPP trata de la **representación procesal de la persona jurídica**. La norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un **apoderado judicial**. Sin embargo, se excluye de dicho rol a toda persona natural que esté comprendida en la misma investigación y bajo la imputación de los mismos hechos que determinaron el emplazamiento y la incorporación procesal de la persona jurídica. La norma dispone, además, un plazo de cinco días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al apoderado judicial. Si al vencimiento de dicho plazo no se hubiera realizado tal designación la hará el Juez de la Investigación Preparatoria.
- D. En el artículo 93º NCPP se detalla los **derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal**. Al respecto, se reconoce a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos derechos y garantías que corresponden, en un debido proceso legal, a toda persona natural que tiene la condición de imputado. Principalmente, el derecho a una defensa activa, a la posibilidad de contradicción procesal, a la impugnación dentro de la ley de toda resolución que la cause gravamen.
- E. El apartado 2 del artículo 93º NCPP regula una **situación especial de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada** la cual, sin embargo, en ningún caso, puede generar que se afecte o suspenda la continuación del proceso.

22º. La vigencia escalonada del NCPP en el país, como se ha destacado, limita la utilidad de las normas procesales alusivas a la persona jurídica y, por ende, dificulta la aplicación judicial de las consecuencias accesorias en muchos Distritos Judiciales. Por tal razón y tomando en cuenta las reglas y el procedimiento fijado por aquel para dicha finalidad, corresponde postular un conjunto de criterios operativos en aplicación directa de los principios procesales de contradicción, igualdad de armas y acusatorio, conforme a lo dispuesto, en lo pertinente en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al proceso penal, a cuyo efecto se tendrá en consideración, en cuanto sea legalmente compatible con la estructura del ACPP, los siguientes criterios operativos, inspirados en el NCPP:

- A.** El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91º.I NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.
- B.** La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en un auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92º NCPP.
- C.** La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona del imputado durante la instrucción y el juicio oral.
- D.** La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido. En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden a la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.
- E.** La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El Juez o Sala Penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la

debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

III. DECISIÓN

23º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

24º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 11º al 22º.

25º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

26º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 8-2009/CJ-116**

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN
PENAL EN EL ART. 46º - A Y ART. 49º DEL CP

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal

de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre los alcances de la aplicación del artículo 46º-A y el artículo 49º del Código Penal -en adelante, CP- en la prescripción de la acción penal. En específico, el problema a tratar incide en la implicancia cuantitativa que tienen las circunstancias agravantes previstas en los artículos 46º-A y 49º, último inciso del primer párrafo, CP a efectos de su cómputo en el plazo de la prescripción de la acción penal, por cuanto, éstas incrementan, en el primer caso: en un tercio la pena por encima del máximo legal de pena fijado para el delito cometido; y en el segundo: en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor CALDERÓN CASTILLO, quien expresa el parecer mayoritario del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Los artículos 46º-A y 49º CP*

6º. El artículo 46º-A CP regula una circunstancia agravante genérica por la condición del sujeto activo -funcionario público-. El texto legal de dicha norma fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997, modificado por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. El referido artículo 46º-A CP posibilita al Juez incrementar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido -segundo párrafo del artículo mencionado-. Asimismo, fija un límite, al precisar que ésta no puede exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29º CP -35 años-.

La norma penal, que es de naturaleza *abstracta - concreta*, fija criterios adicionales propios y legitimadores del incremento de una mayor culpabilidad por el hecho -con la consiguiente agravación de la pena-. Así la ostentación de una determinada condición profesional, incrementará la culpabilidad, cuando existe una relación interna (*innere Beziehung*) entre la profesión o posición del sujeto y el propio hecho delictivo. Empero, no existe un principio jurídico general según el cual los integrantes de determinados grupos profesionales tengan un deber intensificado de comportarse de conformidad con la norma. [JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): Un primer esbozo*, página 4]. Acorde con dicho criterio nuestra norma penal -artículo 46º-A CP-, se sujetará a dichas exigencias: subjetivo y objetivo. Se incrementará la pena, sólo si el sujeto activo se aprovecha de su condición de *miembro* de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para *cometer* un hecho punible, o **utiliza** para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público o cuando el sujeto **haya desempeñado cargos** -haber sido autoridad, funcionario o servidor público -y **se aprovecha de los conocimientos adquiridos** en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible. Y cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario -se entiende privado ya de su libertad-, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro (de conformidad al segundo y tercer párrafo de la modificatoria

introducida por el Decreto Legislativo número 982). Aunque con los criterios fijados, se tendrá que tener especiales consideraciones con la última referencia.

- 7º. El artículo 49º CP, cuyo texto fue modificado por la Ley número 26683, del 11 de noviembre de 1996, prevé el denominado delito continuado: sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito “continuado”. Asimismo, identifica en el último inciso de su primer párrafo la denominada circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado: el “delito masa”. En este último caso hace referencia al supuesto en el que con las sucesivas violaciones de la misma ley -delito continuado- por parte del agente, hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el Juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

El delito continuado consiste en la realización de acciones similares u homogéneas en diversos momentos pero que transgreden el mismo tipo legal [RAÚL PEÑA CABRERA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 686]. Ello implica que aquellas conductas entre las que existe relación de continuidad deben ser percibidas como parte de un único fenómeno global [RAMÓN RAGUÉS i VALLÉS: *La prescripción penal: fundamentos y aplicación*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. Página 126].

No todos los delitos admiten la figura del delito continuado. En este sentido, “sólo es viable, entonces, en los delitos cuyo injusto sea cuantificable, susceptible de agravación con actos que se realizan en sucesión progresiva (...). No tiene cabida allí donde el injusto se agote necesariamente con un acto único e indivisible, como es el caso de la vida o de los llamados bienes personalísimos, de suyo inacumulables cuando la lesión pasa de un titular a otro” [JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, autor citado por FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, *Obra citada*, página 689].

Lo que determina la diferencia entre uno y otro instituto jurídico es que en el delito masa la denominada “pena de arranque” será la pena base del delito continuado [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *El delito masa*. En Consejo General del Poder Judicial: Unidad y Pluralidad de delitos, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, página 14], y que podría elevarse hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave, por lo que sigue considerándose al delito

masa como una “subespecie del delito continuado” [ROCÍO CANTARERO BRANDES, autora citada por IGNACIO GÓMEZ AYALA: *Obra citada*, página 16]. El fundamento de la agravación punitiva del delito masa se construye sobre la existencia de un *injusto de mayor gravedad* [IGNACIO GÓMEZ AYALA, *Obra citada*, página 10] al que informa, según nuestra legislación, la pluralidad de personas a las que afecta. El efecto *plus* punitivo de esta figura radica, precisamente, en la posibilidad de aglutinar distintos resultados o perjuicios a fin de erigir una “unidad” sustrayendo de este modo el supuesto a las reglas de los concursos de cuya naturaleza no participa el delito masa. Son elementos del delito masa:

- a) la realización de un delito continuado; y,
- b) pluralidad de personas perjudicadas por el delito.

Cabe destacar que, al igual que en el delito continuado, la ley excluye la aplicación de las reglas sobre delito masa, en caso de que “resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos” Se estima como tales a la vida y la salud individual (PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, página 144).

De modo que, el delito masa viene a ser una **circunstancia agravante específica** del delito continuado. Se basa en la pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado que ejecuta el agente. En este caso, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

§ 2. La Determinación Judicial de la Pena

- 8º. La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *Obra citada*, página 95]. Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el **ámbito abstracto de la pena** -identificación de la pena básica-, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una **mayor concreción en la pena abstracta** -individualización de la pena concreta-. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las “**circunstancias**” que concurren en el caso concreto.

9º. Las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito que influyen en la determinación de la pena. Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato, y en general de la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser **circunstanciado** [JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho Penal - Parte General*, Obra Completas, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004, página 1192]. En virtud a ello es que se señala que sólo se pueden considerar las circunstancias (agravantes o atenuantes) a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

Entre las clases de circunstancias, encontramos:

- a) Las “**circunstancias comunes o genéricas**”, que son aquellas que operan en el proceso de determinación de la pena de cualquier delito -como es el caso de las previstas en el artículo 46º y el artículo 46º-A del CP-, con la salvedad de que sólo se pueden considerar dichas agravantes a efectos de la individualización de la pena, cuando no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, es decir, que a veces por la propia estructura del tipo legal no se pueden aplicar. Con ello se respeta la prohibición del principio de la doble valoración del injusto y del reproche penal. En el caso específico del artículo 46º-A del CP, su aplicación es exclusivamente para delitos donde no se requiera una cualidad especial en el sujeto activo -miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público-.
- b) Las “**circunstancias especiales o específicas**” que son aquellas que están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente. Así por ejemplo, las previstas en el artículo 189º CP, que operan únicamente con el delito de robo; en el artículo 186º que operan solamente con el delito de hurto; en el artículo 297º que operan solamente con el delito de tráfico ilícito de drogas; y el “*delito masa*” -regulado en el último inciso del primer párrafo del artículo 49º del CP-, que opera únicamente con el delito continuado. Y,
- c) Las circunstancias denominadas “**elementos típicos accidentales**”, son aquellas que concurren con una conducta típica. Ésta (la circunstancia) se anexa a una conducta típica y forma un tipo penal

derivado, prototipo es el parricidio [VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA: *La determinación judicial de la pena. Nuevos criterios para la determinación judicial de la pena*, Centro de Investigaciones Judiciales, Investigación y Publicaciones, Lima, páginas 35 - 37].

Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales [JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉ: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, páginas 396-397].

La función de las circunstancias es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida, ya sea para aumentarla o disminuirla. Por eso mismo, aquellas que por sí mismas constituyen ya un delito (un injusto) o son cofundantes del injusto, no pueden ser tenidas en cuenta, ya que han servido para fijar el marco penal y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para su medida [JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Obra citada*, página 1195].

§ 3. *La prescripción de la acción penal*

10º. El CP reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. La presencia de la prescripción en el ordenamiento jurídico solamente puede explicarse de manera satisfactoria si se tiene en cuenta la función del Derecho penal, es decir aquellas razones que explican la creación y el mantenimiento a lo largo del tiempo del sistema de normas y sanciones penales del Estado [RAMÓN RAGUÉS i VALLÉS, *Obra citada*, página 126].

Mediante la prescripción de la acción penal se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores. Su justificación no se encuentra en la imposibilidad de generar determinados efectos futuros castigando hechos pretéritos, como pretenden los planteamientos basados en la función de la pena, sino por la falta de lesividad de tales hechos: los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción [RAMÓN RAGUÉS i VALLÉS, *Obra Citada*, página 45].

Dicha institución jurídica se encuentra regulada en el artículo 80^o CP, que fija el plazo en el que prescribe la acción penal, el mismo que será igual “...al máximo de la pena -abstracta- fijada por la ley para el delito” -**prescripción ordinaria**-, mientras que el artículo 83^o CP reconoce la denominada **prescripción extraordinaria** de la acción penal, que se produce cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

Como es sabido, la regulación de la prescripción de la acción penal está vinculada a la política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente -el Congreso o en su caso el Poder Ejecutivo vía facultades delegadas por aquél- conforme a sus potestades. El legislador a la hora de regular la prescripción de los delitos escogió ciertos parámetros objetivos como el tipo de pena y el extremo mayor de la sanción, todo con el fin de procurar, de acuerdo a las características propias de cada delito, un normal desarrollo de la prosecución de la acción penal y del proceso en caso llegue a ejercerse. En nuestra legislación se ha optado que para efectos de la prescripción de la acción penal se ha de tomar en cuenta la **pena abstracta** fijada para el delito. Dicho factor, en términos de legitimación, servirá de parámetro para conciliar los intereses del Estado en la persecución del delito y los derechos del ciudadano frente a su poder punitivo.

Así entendido, no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad -como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley.

Desde el punto de vista material la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad [JOSÉ HURTADO POZO: *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, 3^a Edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, página 330].

- 11^o. Estando a lo expuesto, queda por determinar si al plazo de prescripción de la acción “... fijado por la ley para el delito” [artículo 80^o CP], es posible adicionarle el incremento de pena prevista en la circunstancia

agravante genérica por condición del sujeto activo (artículo 46^º-A CP) o la circunstancia agravante específica por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado (artículo 49^º CP).

Según se ha indicado precedentemente, para efectos de determinar la prescripción de la acción penal nuestra legislación ha optado por tomar en cuenta la **pena abstracta** fijada para el delito. Ésta se configura como la respuesta preconstituida a un conjunto de hechos que coinciden en construir un determinado tipo de injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y necesidad de aquella **pena-marco**. Por ende, su determinación sucede en un estadio previo al hecho delictivo mismo, propio de un sistema penal garantista, regido por el principio de legalidad. Este principio constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho, que abona el derecho a saber no solo qué está prohibido: conductas que constituyen delito, sino las consecuencias que tendrá la realización de la conducta delictiva: forma y característica de la reacción penal, lo que deriva en dos garantías puntuales: la **criminal** -que exige que la conducta este prevista en la ley con suficiente precisión o determinación- y la **penal** -que exige la previsibilidad de las penas en la ley y que sean determinadas-

La **pena concreta**, por el contrario, sucede en un estadio posterior y final. Por ello se señala que la determinación judicial de la pena es el acto por el cual el Juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada (**pena concreta**), y su magnitud es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable (**cuantificación de la culpabilidad**) [PATRICIA S. ZIFFER. *En: Determinación judicial de la pena*, (CLAUS ROXIN, MARY BELOFF, MARIO MAGARIÑOS, PATRICIA S. ZIFFER, EDUARDO ANDRÉS BERTONI y RAMÓN TEODORO RÍOS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 91]. Es recién en este momento en el que actuarán las denominadas “circunstancias” (agravantes o atenuantes), siempre y cuando por sí mismas no constituyan ya un delito (un injusto), sean cofundantes del injusto, y en general no estén ya descritas en el tipo penal, puesto que de ser así, debe entenderse que ya habrían servido al legislador para fijar el marco penal abstracto; y, por tanto, no podrían nuevamente ser consideradas para la medida de la pena concreta.

12º. En este sentido, la circunstancia prevista en el artículo 46^º-A CP viene a ser una agravante genérica del delito por la condición del sujeto activo -funcionario público- y, como tal, se trata de un elemento accidental dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación judicial de la pena -pena concreta-, mas no en la pena abstracta. Su carácter accidental implica que no constituye el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por

eso hay que diferenciarla de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito.

Sin duda, el artículo 46º-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena.

- 13º. Situación distinta se presenta en el caso de la denominada agravante por pluralidad de personas perjudicadas por el delito continuado **-delito masa-**, porque si bien se la cataloga como una circunstancia agravante específica del delito continuado, debe tenerse en cuenta que por la forma como ha sido regulada en el artículo 49º CP, constituye ya un delito en sí **-delito masa-**. Por consiguiente, en su regulación se ha creado un nuevo marco penal abstracto -la pena correspondiente al delito más grave más el incremento de un tercio de la máxima prevista para dicho delito-, por lo que para determinar la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos debe tomarse como base dicho marco punitivo abstracto.

III. DECISIÓN

- 14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra respecto del artículo 46º-A CP, y de 11 Jueces Supremos por el presente texto y 4 en contra en lo concerniente al artículo 49º CP, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 15º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 13º.

16º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

17º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA Y PRÍNCIPE TRUJILLO RESPECTO DEL ARTÍCULO 46º-A CP Y DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Los señores Jueces Supremos que suscriben discrepan del análisis del artículo 46º-A CP en orden a la prescripción de la acción penal. Expresa el parecer de los suscritos, cuya ponencia se suscribe íntegramente, el señor PRADO SALDARRIAGA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Sobre la función y eficacia del artículo 46º-A CP*

- 1º. El artículo 46º-A CP fue introducido por la Ley número 26758, del 14 de marzo de 1997. Inicialmente reguló una circunstancia agravante genérica, pero cualificada, que tenía como supuesto calificante la condición especial del sujeto activo quien debía ser un funcionario público. Posteriormente el contenido legal de dicha norma fue ampliado en sus circunstancias y alcances por el Decreto Legislativo número 982, del 22 julio de 2007. Sin embargo, desde su texto original, el aludido dispositivo producía como efecto punitivo un incremento de la pena conminada hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido. Es decir, el efecto de la configuración de los supuestos agravantes contemplados en el artículo 46º-A CP fue siempre una modificación formal del marco de conminación de la pena prevista para el delito cometido, posibilitando y que se expresaba en un nuevo máximo legal cuyo límite final se extendía a un tercio por encima del máximo original.

Así, por ejemplo, en el delito de cohecho activo genérico, tipificado en el artículo 397º *ab initio* CP la pena conminada tiene un máximo legal original de seis años de pena privativa de libertad. Sin embargo, si dicho delito es cometido por un funcionario público aprovechándose de su condición, el nuevo máximo legal de la pena conminada, para dicho caso, será de ocho años, al extenderse aquel un tercio (dos años) por encima del límite máximo original (seis años). Igual modificación de la extensión máxima de la pena conminada se produciría de presentarse los demás supuestos de agravación regulados en el texto vigente del artículo 46º-A CP. Por ejemplo, si el agente desde un establecimiento penitenciario,

donde se encuentra recluido, resulta involucrado, como autor o partícipe, en delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

§ 2. *La prescripción de la acción penal y el artículo 46º-A CP*

2º. De manera concreta, la prescripción de la acción penal puede definirse como el transcurso del tiempo que extingue la persecución de un delito. No obstante, en un plano más técnico se le identifica como la pérdida, por parte del Estado, de la facultad de ejercitar en un caso concreto el *ius puniendi*. Otros conceptos de prescripción aluden más bien a los efectos que aquella produce sobre la antijuricidad de un hecho punible y sobre la culpabilidad o responsabilidad de su autor. Señalándose que aquella tendría la condición de circunstancia que invalida el delito y sus consecuencias.

Tradicionalmente en el Derecho penal peruano, el legislador ha elaborado un sistema normativo sobre la prescripción, en el cual se han diferenciado los plazos de extinción en función de la naturaleza de las penas conminadas y de su duración legal. Ese fue, por ejemplo, el criterio que predominó en el Código Penal de 1924, y que era coherente con la pluralidad de tipos de penas privativas de libertad que en él coexistían (Confrontar: artículos 119º y siguientes ACP). En el Código Penal de 1991 se adoptó un régimen legal diferente e inspirado en el derecho penal colombiano y alemán. Según él, la regla general dispone que para la determinación del plazo de prescripción de la acción penal debe tomarse en cuenta al límite máximo de la pena privativa de libertad conminada en la ley para el delito cometido. Esto es, dicho límite máximo de pena legal identifica al término del plazo de la **prescripción ordinaria**. Sin embargo, se ha establecido que, en ningún caso, dicho plazo será superior a veinte años. Ahora bien, tratándose de penas conminadas no privativas de libertad (multas, limitativas de derechos, restrictivas de la libertad), conjuntas o alternativas, el plazo ordinario de prescripción será de dos años.

3º. Estando a lo antes expuesto queda, pues, por determinar, si al plazo de vencimiento de la prescripción de la acción penal y que corresponde, según el precitado artículo 80º CP, al "*fijado por la ley para el delito*" imputado, materia del proceso penal incoado, es posible adicionarle el incremento de pena la conminada que dispone la concurrencia en el caso de una circunstancia agravante genérica y cualificada contemplada por el artículo 46º-A CP.

Al respecto, es pertinente señalar que las circunstancias agravantes y sus efectos están también sometidos a iguales principios y garantías, que derivan del principio de legalidad (taxatividad, regulación expresa y previa, certeza en la descripción legal de sus componentes). Sobre todo aquéllas que como las reguladas en los artículos 46º-A CP modifican los estándares de la pena máxima abstracta o conminada originalmente para el delito. Esto es, por imperio del principio de legalidad, las circunstancias agravantes cualificadas y sus efectos punitivos deben tener una presencia formal o abstracta igual que la prevista y regulada en la penalidad de cada hecho punible. **Esta exigencia garantista demanda que, de antemano, el delincuente y el juez deben tener siempre previsto por la ley un espacio potencial de sanción o pena básica.**

Por consiguiente, no puede haber pena concreta posterior que difiera de los límites precedentes de una pena conminada o básica. El juez sólo puede evaluar y aplicar procesalmente la pena que la ley considera (en abstracto) como posibilidad cierta y previamente regulada para el caso global imputado (delito y circunstancias). En tal sentido, si la posibilidad de extensión de la pena se amplía por las circunstancias agravantes cualificadas también debe ampliarse el plazo de persecución del delito circunstanciado cometido. Siendo así, resulta coherente y legal sostener que la presencia formal en la imputación de las circunstancias agravantes del artículo 46º-A CP crean un nuevo marco penal abstracto o conminado cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado. **Por tanto, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos deberá tomarse también como base ese nuevo marco punitivo abstracto o conminado.**

Ahora bien, será menester exigir que el Fiscal en su denuncia o acusación escrita refiera expresamente que le son también imputadas al procesado las circunstancias del artículo 46º-A CP, para que el juez evalúe, en tales casos, la prescripción de la acción penal en función a los efectos que aquellas producen en la pena conminada del delito.

- 4º. Por otro lado, es del caso reiterar que similares razonamientos corresponde al artículo 49º *in fine* CP. Ambas circunstancias agravantes, por la manera como han sido reguladas por el legislador, han creado un nuevo marco penal abstracto -la pena abstracta o conminada en estos casos corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado- o del delito más grave en el delito masa cuando los actos realizados por el agente fueran de diferente naturaleza-

En tal virtud, para determinar la prescripción de la acción penal en tales supuestos debe tomarse como base dicho nuevo marco punitivo abstracto o conminado.

Por estos fundamentos; **NUESTRO VOTO**: es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos precisados en los párrafos 1º al 4º precedentes.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO Nº 9-2009/CJ-116

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: DESAPARICIÓN FORZADA

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas

con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre las características y aplicación del delito de desaparición forzada -entre ellas, es de destacar las recaídas en los Recursos de Nulidad número 2779-2006/Lima, del 18 de diciembre de 2007; 1598-2007/Lima, del 24 de septiembre de 2007; 1809-2007/Lima, del 11 de septiembre de 2008; y 3198-2008/Lima, del 27 de abril de 2009. En especial, el contenido del injusto penal, su aplicación temporal a los sujetos involucrados en crímenes de desaparición forzada.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió

el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores MOLINA ORDÓÑEZ y BIAGGI GÓMEZ, quienes con el concurso en la ponencia del señor SAN MARTÍN CASTRO, expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales acerca del delito de desaparición forzada de personas

- 6º. El delito de desaparición forzada es considerado como un crimen internacional por el Derecho Internacional Penal Convencional. Además, actualmente, está regulado en nuestro derecho interno por el artículo 320º del Código Penal; norma que prescribe: *“El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36º inciso 1 y 2”*.

Este tipo penal fue introducido inicialmente a nuestro ordenamiento penal por el Código Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo número 635, del 8 de abril de 1991. El legislador de ese entonces lo ubicó en el artículo 323º, del Capítulo II “Terrorismo” del Título XIV “Delitos contra la Tranquilidad Pública” del Libro Segundo “Parte Especial”, con un texto similar al presente, aunque sin la frase final “[por resultado su desaparición]... *debidamente comprobada*”. Posteriormente, esta disposición se derogó como consecuencia de la reestructuración de los delitos de terrorismo por el Decreto Ley número 25475, del 16 de mayo de 1992 -artículo 22º-. Pero, mediante el Decreto Ley número 25592, del 2 de julio de 1992, se reinstauró como tipo legal autónomo con el texto que ahora se conoce. Recién, a través de la Ley número 26926, del 21 de febrero de 1998, siempre con el mismo tenor, se incorporó al Código Penal -artículo 320º-, en el creado Título XIV-A “Delito contra la Humanidad”.

- 7º. Ahora bien, tratándose de un delito complejo -en cuya comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común-, especialmente grave, que puede ser cometido de muy diversas maneras, que se produce en el ejercicio abusivo del poder del Estado, y que compromete el respeto de los derechos fundamentales de la persona, afecta la idea misma de dignidad de la persona y contenido nuclear de los derechos humanos más trascendentes -de ahí que se estima que el bien jurídico vulnerado tiene una naturaleza institucional-, es necesario precisar sus características, elementos y efectos. Así las cosas, como es obvio y por imperio de los artículos 2º.24.d) y 139º. 9 y 11 de la Constitución, así como

del artículo II del Título Preliminar del Código Penal, se ha de partir del principio o garantía de legalidad penal, expresado en el apotegma “*nullun crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege*”, así como de la necesaria correspondencia entre el Derecho interno y el Derecho Internacional Penal.

El delito de desaparición forzada de personas, como se ha expuesto, está configurado por Tratados internacionales, que han sido aprobados y ratificados por el Estado peruano. Habida cuenta de la primacía en este ámbito, en la medida que se refieren a derechos fundamentales, del Derecho Internacional (Sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2006), es de rigor interpretar sus normas con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución). Esta perspectiva, a su vez, permitirá mantener la unidad del sistema jurídico.

Es cierto que las normas internacionales en materia penal, siempre que tengan un carácter incriminatorio, tienen un carácter de no autoaplicativas -*non self executing*-, pues requieren de una norma interna de desarrollo; pero ello, en modo alguno, significa disociar los tipos legales nacionales de las exigencias internacionales, por lo que corresponde a la jurisdicción penal ordinaria armonizar en lo posible el tipo de lo injusto del delito de desaparición forzada de personas con las exigencias de la normativa supranacional.

- 8º. Lo expuesto en el párrafo anterior tiene relevancia en la medida en que el citado artículo 320º del Código Penal no se ha adecuado estrictamente a la prescripción normativa de la desaparición forzada tal como esta expresada en las normas internacionales del cual forma parte. En efecto:
- A. Los tratados sobre la materia fueron precedidos de una serie de disposiciones dictadas por Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos. Así, en sede universal, el delito en cuestión fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, y antes por la Asamblea General [resoluciones número 3450 (xxx) del 9 de diciembre de 1975; 3218, del 16 de diciembre de 1977, y número 33/173 del 20 de diciembre de 1978]; así como por el Consejo Económico y Social (resolución 1979/38 del 10 de mayo de 1979), y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [resolución 5B (xxxii) del

5 de septiembre de 1979]. En sede regional americana, la Asamblea General de la OEA y la CoIDH se han pronunciado; la primera en las resoluciones de Asamblea General número 443 (ix/0/79), del 31 de octubre de 1979; número 510 (x/0/80), del 27 de noviembre de 1982; 666 (xii/0/83), del 18 de noviembre de 1983; 742 (xiv/0/84), del 17 de noviembre de 1984; y 890 (xvii/0/87), del 4 de noviembre de 1987; y, la segunda, en diversos informes anuales, como los de 1978, 1980-1981, 1982-1983, 1985-1986, 1986-1987, y en informes especiales como los de Argentina Chile y Guatemala.

- B. A ellas se agrega, como primer instrumento internacional de carácter no convencional, la **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 47/173, del 18 de diciembre de 1992, cuyo preámbulo -tercer punto- describe este ilícito, cuando *"...se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o cu* su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley"*.
- C. El primer tratado, de ámbito regional, es la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**, adoptada en Belém do Pará - Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. En su artículo II indica que se considera desaparición forzada *"...la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes"*.
- D. El segundo instrumento, esta vez de ámbito mundial, es el **Estatuto de la Corte Penal Internacional**, del 17 de julio de 1998, que entró en vigor 1 de julio de 2002; a su vez completada por "los Elementos

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "cu"; debiendo decir: "con".

de los crímenes” -artículo 7º.1).i) **“crimen de lesa humanidad de desaparición forzada”**-, adoptados el 9 de febrero de 2002. El artículo 7º.2).i) del ECPI describe este delito como *“...la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”*.

- E. El tercer instrumento, de ámbito mundial, aún no vigente, es la **“Convención Internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas”**, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante resolución número A/RES/61-177, del 20 de diciembre de 2006. El artículo II dispone: *“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”*.

9º. La principal distancia entre el tipo legal nacional y las normas internacionales se da en el ámbito del sujeto activo y, tal vez, en relación a la descripción del elemento fundamental del tipo legal de desaparición forzada.

- A. La CIDH ha declarado con absoluta claridad en la SCIDH Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005, que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y demás instrumentos internacionales consideran como sujeto activo del delito tanto a un agente estatal como un agente no estatal *“personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”* (párrafos 100-102). La incompleta descripción típica del artículo 320º del Código Penal, en este ámbito, ha sido reiterada en la SCIDH Anzualdo Castro, del 22 de septiembre de 2009 (párrafos 164-167).
- B. El elemento esencial del delito de desaparición forzada es la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado, legal o ilegalmente, de su libertad. El artículo 320º del Código Penal se limita a señalar la **“desaparición debidamente comprobada”** de toda persona a quien se privó de su libertad. Siendo

así, será del caso entender las acciones de desaparición debidamente comprobada ejecutadas por agentes estatales como la no información de aquéllos sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se ha privado de su libertad.

§ 2. Características del delito

10º. El tipo legal de desaparición forzada, en cuanto a su conducta típica, es un delito complejo que puede ser cometido de diversas maneras. Son dos las conductas sucesivas que han de tener lugar para la tipificación de este ilícito:

- a) la privación de libertad de una persona, a quien se la oculta, y cuyo origen puede ser *ab initio* legal o ilegal (SSCIDH Trujillo Oroza, del 26 de enero de 2000, y Heliodoro Portugal, del 12 de agosto de 2008); y
- b) la no información sobre la suerte o el paradero de la persona a quien se le ha privado de su libertad. La desaparición “*debidamente comprobada*”: no dar información de una persona, a quien no se le encuentra en los lugares donde normal o razonablemente debía estar -desconocimiento de su localización-, precisamente, se consolida cuando se cumple este elemento, esto es, no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del afectado, que ha de tener, como presupuesto o como acción preparatoria incorporada al tipo legal, la privación de libertad del individuo sobre el que recae la acción típica -acto inicial-.

La **no información** es, por consiguiente, el elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer a la persona privada de libertad de la protección de la ley, esto es, impedir o dificultar la protección jurídica del afectado, a quien se le sustrae. Este elemento no requiere que el autor de la privación de la libertad sea al mismo tiempo de la negativa a brindar información [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), Profis, Editorial Temis, Bogotá, 2009, páginas 232/233], aunque por lo general, según la experiencia en este tipo de delitos, la privación de libertad y la desaparición propiamente dicha forman parte de un mismo operativo, plan o estrategia.

11º. El deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva: es un *delito de incumplimiento del deber*. El funcionario o servidor público infringe este deber, que fluye de la normativa penal, si no cumple

con proporcionar la información necesaria -que está en el ámbito de su conocimiento o potestad de acceso a las fuentes de conocimiento sobre el suceso- para hacer cesar la sustracción del individuo afectado del sistema legal de protección, sin que sea necesario un requerimiento expreso. El deber de información se impone en virtud del principio de injerencia, sea que la privación de libertad sea legal o ilegal. Mientras perdura el estado de desaparición de la persona, a todos los agentes que estén en la potestad y en las condiciones de conocer lo acontecido le es exigible este deber. No es necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente [IVÁN MEINI MÉNDEZ: *Perú: El delito de desaparición forzada*. En: *Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional*, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 122].

En atención a las características de este delito, el sujeto activo mantiene su obligación de cumplir con informar sobre el destino o situación jurídica de la persona privada de libertad así haya dejado de ser funcionario, por cuanto en su oportunidad y en determinadas circunstancias generó o conoció de la privación de libertad, situación que -según se ha destacado- lo convierte en garante y esta seguirá hasta que se deje considerar desaparecido a una persona (aparezca vivo o muerto).

Cabe mencionar como base fundamental del deber de información que compete a los agentes estatales lo dispuesto en el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece: *“Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente. Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades”*.

- 12º.** El tipo legal nacional de desaparición forzada de personas, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [similar es el caso del delito de torturas en relación con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes], no exige el elemento contextual “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” el que se deben integrar los hechos individuales de desaparición forzada. Esta última exigencia se presenta en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 7º. 1, que le atribuye la condición de crimen de lesa humanidad y, por ende, derechamente, adquiere el carácter de imprescriptible -artículo 29º del ECPI-.

Si no se presenta el elemento contextual el hecho individual antes descrito configurará un delito contra los derechos humanos, cuya criminalización se impone en virtud del Derecho Internacional Convencional y constituye violaciones graves de estos derechos que se producen en el ejercicio abuso del poder del Estado. La imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada de personas, aún cuando no se presente el aludido elemento contextual, está afirmada por el artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. El fundamento de esta disposición reside en que su práctica por parte de funcionarios o servidores públicos infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos esencialmente el derecho a la personalidad jurídica [YVÁN MONTOYA VIVANCO: *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, Cuaderno de Trabajo número 11, Departamento Académico de Derecho PUCP, Lima, agosto de 2009, página 28],

Ambos delitos (crimen de lesa humanidad y delitos contra los derechos humanos) son expresiones o forman parte del Derecho Internacional Penal [YVÁN MONTOYA VIVANCO: *El Derecho Internacional y los delitos*. En: Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos (FRANCISCO MACEDO: coordinador), Idehpucp, Lima, 2007, página 40].

- 13^o. El delito de desaparición forzada de personas es un delito especial propio. Sólo puede ser perpetrado por un agente estatal competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del afectado -aquí reside, como ha quedado expuesto, el principal defecto de la legislación nacional, censurada por la CIDH, puesto que el Derecho Internacional Penal también comprende a una organización política, sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal-. El agente estatal, como sujeto cualificado, mantiene un deber específico sobre el suceso, de carácter extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad, dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico [MONTOYA VIVANCO, YVÁN: *La desaparición forzada de personas como delito permanente consecuencias dogmático penales*. En: Cuaderno de trabajo número 11, PUCP, Lima, agosto de 2009].

La jurisprudencia de la CIDH (SSCIDH Velásquez Rodríguez, del 29 de julio de 1988; Godínez Cruz, del 20 de enero de 1989; Gómez Palomino, del 22 de noviembre de 2005; Blake, del 24 de enero de 1998) y del Tribunal Constitucional (STC Villegas Namuche, número 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004) insisten en que se trata de un delito pluriofensivo, de una violación múltiple y continuada de varios derechos fundamentales y convencionales, más precisamente de lesión de la

libertad personal y de peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida [JUAN LUÍS MODOLELL GONZÁLEZ: *El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. En: Revista Derecho PUC, número 63, noviembre de 2009, página 144], cuya comisión acarrea otros delitos conexos, más aún en un contexto de violación sistemática o generalizada de violación de los derechos humanos.

Esas referencias, empero, están vinculadas a la responsabilidad internacional del Estado, y si es de rigor concentrarse en el Derecho Penal -internacional y nacional- necesariamente cabe afirmar la autonomía del delito en cuestión [así considerado incluso por la SCIDH Anzualdo Castro, párrafo 59] -que no puede ser considerado como un supuesto agravado de delitos preexistentes- y la necesidad de un bien jurídico propio. Por consiguiente, el objeto de lesión o el desvalor de la acción específico -más allá de reconocer que en todos los delitos contra los derechos humanos cometidos por agentes estatales que integran la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas el bien jurídico común está referido a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos fundamentales frente al ejercicio abusivo del poder público- se ha de residenciar en sentido estricto, en tanto la finalidad del delito es abstraer al individuo del ámbito de protección de la ley [GIOVANNA VÉLEZ FERNÁNDEZ: *La Desaparición Forzadas de las Personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2004, página 111], en la protección de la personalidad jurídica -no sólo en la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano sino se niega al ser humano en su calidad de tal, como centro integral de derechos y obligaciones- [YVÁN MONTOYA VIVANCO: *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, *Obra citada*, página 15], en el derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social [así, IVÁN MEINI y KAI AMBOS, *Obra citada*, páginas 121 y 224]. Esta figura, por ende, protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad.

- 14º. El delito de desaparición forzada, por la forma de afectación del objeto de protección, es un delito permanente. Ahora bien, este delito se consuma cuando el individuo privado de su libertad desaparece, y ello ocurre cuando el agente estatal no brinda información sobre la privación de libertad de una persona o sobre su paradero y, de ese modo, "...sustraer a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa e impide que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección" [PABLO GALAIN PALERMO: *Uruguay: El*

delito de desaparición forzada. En: Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), obra citada, página 151].

Los delitos permanentes, como se sabe, se caracterizan porque la conducta típica se consuma en el tiempo. La consumación del delito -en puridad, agregamos, su terminación o consumación material) no concluye con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad del autor a lo largo del tiempo [PERCY GARCÍA CAVERO: *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 315].

Siendo así, en el delito de desaparición forzada de personas la fase consumativa se extiende, la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo, en virtud al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente -dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente-; esto es, en el caso concreto, hasta que no se da la información correspondiente sobre el paradero del afectado, mientras el deber de informar no sea satisfecho. El momento en que tal permanencia cesa se presenta cuando se establezca el destino o paradero de la víctima -ésta “aparece”-, o cuando sean debidamente localizados e identificados sus restos (SCIDH Heliodoro Portugal, párrafo 34); se supere, de este modo, la falta de información que bloquee los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general [KAI AMBOS/MARÍA LAURA BÖHM: *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*. En: Desaparición Forzada de Personas -Análisis comparado e internacional, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, página 250].

Compatible con lo expuesto es el artículo 17^º de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que preceptúa: “*Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos*”. De la misma manera, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estipula que: “*...Dicho delito será considerado como continuado [sic] o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*”.

La situación antijurídica duradera puede cesar debido a diversos factores, tales como la propia voluntad del agente -cuando se decida a informar sobre el paradero de la víctima-, la intervención de cursos salvadores

-descubrimiento del paradero de la víctima y de su situación por terceras personas o por decisión judicial que resuelve dicha situación de incertidumbre; la víctima recupera la libertad y por tanto “aparece”, o la cesación del deber de informar del agente involucrado, de uno u otro modo, en la privación de libertad -extraordinariamente cuando éste devenga en incapaz absoluto- [YVÁN MONTOYA VIVANCO, *Obra citada*, página 25].

Por lo demás, el carácter permanente que implica la desaparición forzada origina, conforme a las SSCIDH Velásquez Rodríguez (párrafo 181), Godínez Cruz (párrafo 186), y Aloeboetoe y otros (párrafo 109)-, que la obligación de los poderes públicos de investigar lo sucedido subsista mientras dure la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida [REMOTTI CARBONELL, JOSÉ CARLOS: *La Corte Interamericana de Derecho Humanos*, Editorial IDEMSA, Lima, 2004, página 344]. La CIDH entiende, por lo demás, que la exigencia de que los Estados investiguen la suerte de las personas desaparecidas, las circunstancias y la identificación de los responsables, viene a configurar un nuevo derecho de carácter jurisprudencial.

§ 3. *Ley penal y variación del estatuto jurídico del funcionario público*

15º. Como el delito de desaparición forzada es de ejecución permanente presenta singularidades en relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo. Su punto de inicio no es la privación de libertad sino el momento en que empieza a incumplirse el mandato de información.

- A. Si la permanencia cesó con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que introdujo la figura penal analizada, desde luego no será posible imputar a los funcionarios o servidores públicos la comisión del delito de desaparición forzada. En este supuesto sólo será del caso, si se cumplen sus elementos típicos, la comisión del delito de secuestro.
- B. Si entra en vigor la ley que consagró el delito desaparición forzada de personas y se mantiene la conducta delictiva -de riesgo prohibido para el bien jurídico- por parte del agente estatal, la nueva ley resulta aplicable; no hay ninguna razón para no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de la nueva valoración sicionormativa que expresó el tipo legal incorporado al ordenamiento penal. Así, SCIDH Tiu Tojin, párrafo 87. En igual sentido, debe entenderse la STC Villegas Namuche número 2488-2002-HC/TC, párrafo 26, del 18 de marzo de 2004, cuando precisa “...en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes

en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal”.

- C. No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición forzada de personas, como se está ante un delito especial propio -sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos- es indispensable que tal condición funcional esté presente cuando entra en vigor la ley penal. En consecuencia, si el agente en ese momento ya no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público.
- D. Si una vez que entró en vigor la ley que tipifica el delito de desaparición forzada de personas, el agente es transferido de puesto u ocupa un cargo público distinto al que se desempeñaba cuando se incumplió el mandato de información, no es posible sostener que para él cesó el estado de permanencia del delito -ésta tiene otras formas de consolidarse, como se ha señalado en el párrafo anterior-. Siendo funcionario o servidor público y estando obligado a informar sobre lo ocurrido con el afectado en virtud de su injerencia previa, es obvio que su cambio de destino o de actividad no es relevante.

16º. Cabe puntualizar que la desaparición forzada de personas sólo puede ser atribuida por hechos, que consisten en la negativa de proporcionar información sobre la suerte de una persona a quien se privó de su libertad, siempre bajo la perspectiva de su ejecución permanente, ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de Código Penal de 1991 que consagró tal conducta como delito y señaló la pena correspondiente. Así lo manda la Constitución y el Código Penal -artículos 103º y 6º, respectivamente-; legislación que se encuentra acorde con los artículos II de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 15º.2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Parte Tercera del Estatuto de Roma [CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ: *Colombia: El delito de desaparición forzada*. En: *Desaparición Forzada de Personas - Análisis comparado e internacional*, (Coordinador: KAI AMBOS), *Obra citada*, páginas 94-95]. Esta posición es coincidente con la observada por la Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-368, del 29 de marzo de 2000.

III. DECISIÓN

17º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, con una votación de diez Jueces Supremos por el presente texto y cinco en contra, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

18º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 16º.

19º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

20º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO

5.10.

Acuerdo Plenario Nº 10-2009/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 10-2009/CJ-116**

(Publicado el 8 de enero de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
**ASUNTO: EJECUCIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN
Y RECURSO IMPUGNATORIO**

360

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

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 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo

Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, después de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera, se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia el Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, y las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que se dictaron respecto de la pena de inhabilitación. En especial, la solicitud formulada por el Jurado Nacional de Elecciones en su oficio número 5979-2009-SG/JNE, del 11 de los corrientes, si la indicada pena se ejecuta inmediatamente, sin perjuicio del recurso impugnatorio planteado contra ella, o si se requiere que quede firme para el inicio de su ejecución.
- 4º. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. El Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, fijó los alcances jurídicos de la pena de inhabilitación. En tal sentido, definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo, así como las exigencias procesales para su imposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos -personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad -pena principal o accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad.

- 7º. Un problema, no abordado con la extensión y profundidad debida en el Acuerdo Plenario anterior, es el referido a la relación entre la sentencia de instancia y el recurso impugnatorio; esto es, si el inicio de la ejecución de la pena de inhabilitación tiene lugar inmediatamente -aunque de modo provisorio, o a título de ejecución provisional- o si es de esperar que la sentencia recurrida adquiera firmeza. Este conflicto interpretativo derivado es relevante, sobre todo si se tiene en cuenta la actual vigencia paralela de dos Códigos que regulan el desarrollo del proceso penal en el país y que delinear sus propios modelos y reglas de ejecución de sentencias condenatorias, así como la eficacia de los recursos impugnatorios que se interpongan contra ellas.

Concretamente, el tema objeto de análisis y aclaración, por promover cierto nivel de controversia hermanéutica, está vinculado con el párrafo 15º del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio del año próximo pasado. En él se estipuló lo siguiente: *“La ejecución de la pena de inhabilitación, [...], requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el artículo 332º del Código de Procedimientos Penales. [...] A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al Juez Penal competente para dar inicio al proceso de ejecución...”*. También demanda, con igual finalidad aclaratoria, un reexamen el

párrafo 9º del citado Acuerdo Plenario en cuanto acotó que *“El término de la inhabilitación, en caso de ser impuesta como pena conjunta, corre paralelamente a las otras penas principales, y se computa a partir de la fecha en que la sentencia queda firme”*.

Ahora bien, no resulta discutible, desde luego, que la inscripción de la pena en el Registro Judicial y su comunicación a los órganos penitenciarios -en caso de inhabilitación conjunta o accesoria a pena privativa de libertad- sólo deba producirse una vez que quede firme la sentencia condenatoria correspondiente. Este es el principio rector sancionado expresamente tanto en el artículo 332º del Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACP- como en el artículo 403º.1 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-.

El tema en discusión es si la ejecución de la pena de inhabilitación requiere como presupuesto la firmeza del fallo que la imponga o su inscripción en el Registro Judicial.

8º. Es evidente que la regulación del momento inicial de la ejecución de una pena es un ámbito que incumbe al legislador procesal -el Código Penal, por lo demás, no ha establecido un precepto al respecto-. En su relación con los recursos, puede existir, como regla, el sistema de ejecución provisional o el sistema suspensivo. En la legislación procesal penal nacional se ha optado por ambos modelos. En este contexto cabe precisar lo siguiente:

A. Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo -así lo dispone el artículo 402º.1 NCPP como regla específica frente a la genérica del artículo 4412º.1 NCPP-, con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos, una de las cuales es, por cierto, conforme al artículo 31º.3 del Código Penal, la pena de inhabilitación. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29º y 30º del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402º.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288º NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla,

atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418º.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.

En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.

- B.** Distinta es la regulación normativa adoptada por el ACPP. En efecto, su artículo 330º admite expresamente el sistema de la ejecución inmediata o provisional para todas las penas, salvo las de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Cabe anotar que las tres primeras penas no fueron ratificadas por el CP de 1991, por lo que en dicho caso el aludido precepto procesal carece actualmente de significación alguna. La sentencia condenatoria impugnada, sólo si impone pena de expatriación, exigirá que el encausado quede “*...entre tanto, bajo vigilancia de la autoridad política*” -así lo precisa el artículo 331º *in fine* ACPP-. Al respecto es pertinente señalar que si bien la pena de expatriación ha sido reconocida en el artículo 30º. 1 CP, su legitimidad es inaceptable desde la perspectiva superior del artículo 22º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo cual ha determinado que el Congreso discuta su posible exclusión. En cambio, la pena de expulsión del país, que igualmente es una pena restrictiva de libertad, prevista en el artículo 30º.2 CP sólo para extranjeros, no tiene ese grave vicio de ilegitimidad y, por ende, será posible instrumentar los mecanismos de vigilancia adecuados si su aplicación promueve la interposición de un recurso impugnatorio.

En consecuencia, la pena de inhabilitación según las normas del ACPP -con diferencia del régimen del NCPP- se ejecuta provisionalmente (no hay al respecto ninguna regla de excepción similar a la contenida en el NCPP). Siendo así, no hace falta esperar la firmeza de la sentencia condenatoria que la imponga para comenzar a ejecutar la pena de inhabilitación. El sistema que para esta clase de pena sigue el ACPP, ante la interposición de un recurso, es el de la ejecución provisional.

- 9º.** En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9º y 11º. Esta pena se ejecuta una vez que la

sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes.

Distinto es el caso de la pena de inhabilitación impuesta bajo el régimen procesal del ACPP, pues la impugnación que se interpone contra ella no tiene efecto suspensivo. Así las cosas, concedido el recurso impugnatorio, se remitirán las copias pertinentes al Juez de Ejecución -el Juez Penal según el ACPP y la Ley Orgánica del Poder Judicial- para que inicie el procedimiento provisional de ejecución, según las reglas sancionadas en los fundamentos jurídicos 15º al 16º. Por otro lado, en aplicación supletoria del artículo 380º del Código Procesal Civil, si la sentencia es anulada o revocada se declarará la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia. El Juez Penal, en este caso, precisará las actuaciones que quedan sin efecto atendiendo a lo resuelto por el superior.

III. DECISIÓN

10º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

11º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 9º.

12º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

13º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO**

**PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
VALDÉZ ROCA
BARRIENTOS PEÑA
BIAGGI GÓMEZ
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
BARANDIARÁN DEMPWOLF
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZEVALLOS SOTO**

Acuerdos Plenarios (2010)



367

6. Acuerdos Plenarios del 2010

6.1.

Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS**

ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CJ-116

(Publicado el 30 de diciembre de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: PRESCRIPCIÓN: PROBLEMAS ACTUALES

ACUERDOS PLENARIOS (2010)

369

COMPENDIO DE DOCTRINA LEGAL Y JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la **primera fase** los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La **segunda fase, denominada participación ciudadana**, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 04 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En cuanto al tema en debate: “Prescripción: Problemas Actuales” informaron oralmente los señores Percy García Caveró -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal-, y Marco Antonio Herrera Guzmán -en representación del Módulo Penal de Camaná - Corte Superior de Arequipa-.

3º. La **tercera fase** del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

4º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Intervienen como Ponentes los señores LECAROS CORNEJO, BARRIOS ALVARADO Y CALDERÓN CASTILLO, con la participación del señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

- 5º. La prescripción en el derecho sustantivo se define como el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal cuando ha transcurrido el plazo de tiempo máximo establecido en la Ley sustantiva para el delito incriminado -pena abstracta-. En ese sentido, el Estado a través del Ministerio Público como titular exclusivo de la acción persecutoria -de conformidad con el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú y artículo once de la Ley Orgánica del Ministerio Público- y encargado de reclamar del órgano jurisdiccional la declaración del derecho en el acto que estima delictuoso y la determinación de la pena que debe aplicarse al imputado, renuncia o abdica a la persecución de un hecho punible en los casos que no procede y a la aplicación de la pena fuera de los límites temporales de la prescripción -a su pretensión punitiva- y el Poder Judicial a la ejecución de una sanción ya impuesta al autor de un hecho punible -prescripción de la pena-.
- 6º. La institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable.
- 7º. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución, lo que es necesario en un Estado de derecho donde la prescripción cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial y constituye una sanción a los órganos encargados de la persecución penal por el retraso en la ejecución de sus deberes.
- 8º. En este sentido, la prescripción varía, en cuanto a su duración, según la naturaleza del delito que se trate y cuando más ingente sea la pena regulada en la Ley, mayor será el plazo de la prescripción para el delito incriminado. También modula la duración del mismo según las vicisitudes

del procedimiento y atendiendo a otras consideraciones de especial relevancia: causas de suspensión y de interrupción.

§ 2. *Planteamiento de los problemas*

- 9º. Determinar los alcances del último párrafo del artículo ochenta del Código Penal: la dúplica de la prescripción cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado.
- 10º. La prescripción extraordinaria y la configuración y efectos de la reincidencia en las faltas.
- 11º. Establecer el sentido del artículo trescientos treinta y nueve del Código Procesal Penal que dispone la suspensión de la prescripción cuando se Formaliza la Investigación Preparatoria.

§ 3. *Desarrollo del primer tema*

- 12º. El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41º de la Constitución Política del Perú -“*el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos*”-. La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllos. Esto implica un mayor desvalor de la acción -como conducta peligrosa para los bienes jurídicos- complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.
- 13º. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar

a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14º. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó -método lógico-sistemático-. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80º del Código Penal se orienta al *Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo* del mismo cuerpo legal, "*Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos*", atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15º. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- A. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.
 - B. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
 - C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.
- 16º.** Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.
- 17º.** Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.
- A. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.
 - B. La segunda modalidad se refiere a bienes de Sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del sector público como del sector privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de Régimen Económico está reconocido en el artículo 40º y 60º de la Constitución Política del Perú y en el artículo 2º del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.
 - C. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.
- 18º.** El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales

y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal.

§ 4. *Desarrollo del segundo tema*

- 19º. El Libro Tercero del Código Penal está dedicado a las faltas. Esta clase de infracciones penales no incluyen en su penalidad conminada penas privativas de libertad. Ellas son sancionadas sólo con penas principales de multa o de prestación de servicios a la comunidad. En lo que respecta al plazo ordinario de la prescripción de la acción penal y de la pena en las faltas, el inciso 5 del artículo 440º señala de manera específica en un año. Además, dicha disposición consigna también que **“la acción penal y la pena prescriben en caso de reincidencia a los dos años”**.
- 20º. Sin embargo, el citado artículo no ha precisado cuáles son las reglas especiales sobre los plazos extraordinarios de prescripción de la acción penal ni sobre los presupuestos que identifican la reincidencia en las faltas. Por consiguiente, dado que el mismo numeral 440º *ab initio* establece que: *“Son aplicables a las faltas las disposiciones contenidas en el Libro Primero (...)”*, es pertinente delinear los alcances de esa regulación supletoria para tales casos.
- 21º. Al respecto cabe asumir, sin mayor contradicción ni implicancias normativas, que para efectos de definir los plazos de la prescripción extraordinaria en las faltas deberá de observarse lo dispuesto en el artículo 83º *in fine*. Esto es, incrementar en una mitad el plazo ordinario. Por tanto, en las faltas la prescripción extraordinaria de la acción penal opera al cumplirse un año y seis meses de cometida la infracción.
- 22º. Ahora bien, el artículo 440º, inciso 5, señala también que en caso de reincidencia el plazo ordinario de prescripción de la acción penal y de la pena para las faltas es de dos años, por lo que en tales supuestos el plazo extraordinario será de tres años. No obstante, dicho artículo no identifica en su contenido los presupuestos y requisitos que posibilitan la configuración de la reincidencia en las faltas. Es en el artículo 46º B del Código Penal en donde luego de regular los requerimientos legales para la reincidencia en los delitos dolosos, se alude, con escasa claridad, a la reincidencia en faltas en los términos siguientes: *“Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas”*. Corresponde, pues, sobre la base de las disposiciones legales mencionadas desarrollar fórmulas de interpretación que las hagan compatibles y funcionales. Para tales efectos se adoptan los siguientes criterios:

- A. La reincidencia en faltas se produce cuando quien habiendo sido condenado como autor o partícipe de esta clase de infracción penal, incurre luego de que la condena adquiere firmeza en la comisión de una nueva falta. Se trata, pues, de una modalidad de reincidencia ficta que no exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta.
- B. La reincidencia en faltas determina modificaciones en la pena conminada para la nueva falta cometida. En tal sentido, el máximo de pena originalmente establecido por la ley se convertirá en mínimo y se configurará un nuevo límite máximo que será equivalente a la mitad por encima del máximo original.
- C. Para que se configure la reincidencia la nueva falta debe ser cometida en un plazo no mayor a dos años de quedar firme la condena anterior. De esa manera la reincidencia será compatible con los plazos ordinarios de prescripción de la acción penal y de la pena estipulados en la segunda parte del inciso 5 del artículo 440º.

§ 6. *Desarrollo del tercer tema*

376

- 23º. **Tercer tema.** El apartado uno del artículo 339º del nuevo Código Procesal Penal prescribe que *“la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal”*. Entonces la discusión de ese párrafo está centrada en las cuestiones de legitimidad, legalidad y razonabilidad.
- 24º. La **“suspensión”** de la prescripción prevista en el artículo 84º del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.
- 25º. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su

reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

26º. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “*sui generis*”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

27º. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “**suspensión**” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “**interrupción**” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara.

28º. Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

- A.** Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo.
- B.** El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la aplicación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

29º. Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto

culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada -el acto del Fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso- para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado.

- 30º.** Por tanto, la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley otorga más tiempo a la autoridad para que persiga el delito. Constituye la manifestación de voluntad objetivamente idónea del Estado para asegurar el éxito en la persecución del hecho delictivo y contribuye a consolidar el principio constitucional de obligatoriedad en el ejercicio de la persecución penal que tiene el Ministerio Público prescrita en el artículo 159º de la Carta Política.
- 31º.** La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139º de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable, por lo siguiente:
- A.** El fenómeno de la prescripción regulado en la norma constitucional y sustantiva está determinado esencialmente por una autolimitación del Estado para ejercer su potestad represiva cuando no ejerce la acción eficaz y oportunamente en un tiempo determinado. Por tanto, el legislador es el que decide si los actos que se realizan para iniciar la persecución penal, como **“la Formalización de la Investigación Preparatoria”** es una causa que suspende el curso de la prescripción.
 - B.** Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos.

- C. La suspensión del plazo de la prescripción no origina un problema de condiciones de desigualdad entre el Ministerio Público y el imputado por la creación de una posibilidad que afecta derechos fundamentales, pues cuando el hecho imputado de carácter delictivo conserva su contenido de lesividad, es necesario una sanción a su autor por ser legítima. En ese sentido, no se puede sostener la existencia de desigualdad -relevante jurídicamente- cuando se persigue y castiga una infracción punible.
- D. No puede concebirse que los imputados tengan derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse.
- E. La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de investigación dentro del proceso penal -propio de un sistema acusatorio- y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la “**suspensión de la prescripción**” se forja en un proceso estructurado que respeta las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva.
- F. En el Nuevo Código Procesal Penal las etapas del proceso tienen un plazo establecido: La Investigación Policial o Fiscal veinte días, la Investigación Preparatoria ciento veinte días, ampliado a sesenta días y para casos complejos hasta ocho meses y si bien el juzgamiento no tiene plazo definido, no obstante una de sus características principales como innovación del nuevo modelo procesal es su celeridad y continuación ininterrumpida hasta su conclusión, evitando dilaciones y pérdida de concentración, como la propia Ley lo señala en el artículo 360^o [inciso 1 y 5]-“*si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión y no podrá realizarse otros juicios hasta su culminación*”-. Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces sólo se someten las causas que están en capacidad de resolver oportunamente.

- G. Por otro lado, la propia norma procesal en los artículos 334^o [inciso 2] y 343^o regula las situaciones en las que el plazo de la investigación preliminar y preparatoria exceda su duración y reconoce al afectado el derecho de acudir al Juez de la Investigación Preparatoria -Juez de Garantías considerado como el custodio de la legalidad del procedimiento de investigación que realiza el Ministerio Público y tiene como función esencial tutelar las garantías del imputado- para que resuelva el conflicto y ordene la culminación de esas etapas procesales cuando las considere excesivas -se materializa por medio de una audiencia de control de plazos-. Es evidente el interés y voluntad del legislador de someter a control el plazo del proceso por el Juez que ejerce las funciones del control de garantías -y reglado en el sistema procesal penal- en virtud del principio medular del Estado de Derecho para no dejar a completo arbitrio del Fiscal la duración de la investigación.
- 32^o. En ese contexto, es claro que el plazo de la suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de la ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro. Con esto debe resaltarse que si bien los actos del procedimiento suspenden el curso de la prescripción de la acción persecutoria, no obstante lo hacen hasta cierto límite.

III. DECISIÓN

- 33^o. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116^o del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

- 34^o. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 12^o al 32^o.

35º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

36º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 2-2010/CJ-116**

(Publicado el 10 de diciembre de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

**ASUNTO: CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES
ESPECÍFICAS DE DISTINTO GRADO O NIVEL Y
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA**

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la **primera fase** -determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario- los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la **segunda fase**, denominada **participación ciudadana**, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la **audiencia pública** correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

- 3º. En cuanto al tema en debate: **“Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel y Determinación Judicial de la Pena”**, informaron oralmente los señores Eduardo Ore Sosa -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal-, y Elvia Atoche Gutiérrez -en representación de la Comisión Episcopal de Asistencia Social-.
- 4º. La **tercera fase** del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.
- 5º. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 6º. La deliberación y votación del tema **“Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel y Determinación Judicial de la Pena”**, se realizó el día de la fecha. Como resultado de la

deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA, con la participación del señor BARANDIARÁN DEMPWOLF.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Las Circunstancias Agravantes de Diferente Grado o Nivel*

7º. Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los artículos 152º, 186º 189º y 297º del Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr. Artículo 189º del Código Penal] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; mientras que las agravantes de segundo grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y, en el caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua.

§ 2. *La Concurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas*

8º. Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultánea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo, sobre todo si tal ilícito fue realizado en casa habitada (agravante de primer grado), causando lesiones leves a la víctima (agravante de segundo grado) y por integrantes de una banda (agravante de tercer grado).

9º. Esta presencia múltiple de circunstancias agravantes configura lo que la doctrina denomina **conurrencia de circunstancias**. Según la doctrina y la jurisprudencia nacional, la determinación de la pena concreta, en tales supuestos, demanda una visualización analítica pero integrada, a la vez que coherente, de la calidad y eficacia de las circunstancias concurrentes. Lo cual implica, como regla general, que el **Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente** [Cfr. Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, Fundamento Jurídico 9º].

10º. Por tanto, todas las circunstancias presentes en el caso *sub judice* deberán ser evaluadas, atendiendo a su condición, naturaleza y efectos, para poder configurar la pena concreta. Esto significa, por ejemplo, que a mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor. Sin embargo, la eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación. Esto es, garantías procesales como el *ne bis in idem* exigen, para tales casos, que el juez aplique un **test de compatibilidad** sobre todas las circunstancias agravantes que concurren. Es decir que examine que cada circunstancia concurrente este referida siempre a un factor o indicador diferente.

11º. Ahora bien, si las circunstancias agravantes luego de ser examinadas por el juez resultan compatibles entre sí, el órgano jurisdiccional deberá, como ya se ha mencionado, de valorarlas en conjunto y extraer de ellas los efectos correspondientes que abonen a la construcción y definición de la pena concreta. Por el contrario, cuando las circunstancias agravantes concurrentes aluden a un mismo factor, ellas son **incompatibles** y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá a la genérica. Un ejemplo de ello, en base a las circunstancias agravantes específicas del artículo 189º, sería el caso de la pluralidad de agentes (primer párrafo inciso 4) que quedará excluida por la calidad de integrantes de una organización criminal que aquellos tengan (tercer párrafo). Sólo esta última deberá ser tomada en cuenta por el juez para decidir sobre la pena concreta.

§ 3. *La Determinación de la Pena en caso de Conurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de Diferente Grado o Nivel*

12º. El problema a dilucidar está en relación con la **Conurrencia de Circunstancias Agravantes Específicas de distinto grado o nivel**. Este conflicto se presenta cuando en la realización de un delito concurren

simultáneamente circunstancias agravantes que, como en el ejemplo anteriormente planteado, no corresponden a un mismo nivel o grado sino a diferentes grados y, por tanto, están vinculadas a distintas escalas de pena conminada. El siguiente ejemplo grafica tal situación: X ha cometido un delito de robo en **casa habitada** (Art. 189º, Inc. 1, primer párrafo, pena privativa de libertad entre doce y veinte años), apoderándose de **un bien de valor científico** (Art. 189º, 4, segundo párrafo, pena privativa de libertad entre veinte y treinta años), y causando **lesiones graves** al propietario del inmueble (Art. 189º, tercer párrafo). En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer. Por tanto, el ejemplo utilizado permite reconocer y concluir señalando que ante tal concurrencia de circunstancias agravantes el juez deberá decidir la pena concreta en base a la escala punitiva del agravante específica de mayor grado o nivel (**producción de lesiones graves**), por lo que la pena a imponer al condenado será la de cadena perpetua.

III. DECISIÓN

13º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

14º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7º a 12º.

15º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

16º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

**LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 3-2010/CJ-116**

(Publicado el 30 de diciembre de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la **primera fase** -determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario- los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la **segunda fase**, denominada **participación ciudadana**, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

- 3º. En cuanto al tema en debate: “el delito de lavado de activos”, informaron oralmente los juristas María del Carmen García Cantizano -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal-, Miguel Antonio Fallo Rosado -en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo- y Eloy Zeballos Solano -en representación del Colegio de Abogados de Lima-.
- 4º. La **tercera fase** del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.
- 5º. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 6º. La deliberación y votación del tema el delito de Lavado de Activos se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud

de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga, con la participación del señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§1. *La naturaleza jurídica y el bien jurídico en el delito de lavado de activos*

- 7º. Se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El Lavado de Activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada. Desde la promulgación de la Ley N° 27765 del 17 de junio de 2002, este ilícito penal se encuentra tipificado y sancionado fuera del Código Penal de 1991. Es por ello que en la actualidad la identificación del bien jurídico tutelado en este tipo de hecho punible ya no puede deducirse de la ubicación sistemática que tenían en la Parte Especial de nuestra legislación penal fundamental, los derogados artículos 296º A y 296º B. Por consiguiente, el precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar en este Acuerdo Plenario.

Es frecuente en la doctrina y en el derecho penal extranjero, considerar como el bien jurídico tutelado con la criminalización del lavado de activos a las funciones, o a la estabilidad o al régimen jurídico que regula la actividad económica de un país.

Tal opción es en algunos casos coherente por la ubicación sistemática que corresponde a dicho delito en los códigos penales. Así, por ejemplo, el derecho penal español inserta a los delitos de lavado de activos como conductas afines a la receptación (Artículos 301º a 304º) en el Título XIII del Código Penal de 1995 sobre “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. En ese contexto, GÓMEZ INIESTA destaca la potencialidad negativa del blanqueo la cual “*reside en la desestabilización del mercado y de la economía*” [Cfr. DIEGO J. GÓMEZ INIESTA. *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español*. CEDECS Editorial. Barcelona. 1996, p. 34]. Por su parte, otros autores, como DEL CARPIO DELGADO, rechazan tal calificación por lo difuso y omnicompreensivo que resulta considerar como bien jurídico tutelado al orden socioeconómico, demandando, en cambio, mayor concreción y

relación directa o funcional de aquél con la operatividad del blanqueo de capitales: *“En definitiva, el orden socioeconómico no constituye el bien jurídico inmediatamente protegido por el delito de blanqueo de bienes. El legislador a través de las distintas conductas tipificadas en el Título XIII, protege algunas esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico. Pues bien, aquí está el centro de la cuestión, en qué medida la tipificación de las conductas constitutivas de blanqueo de bienes contribuyen a la protección de ese orden socioeconómico y más específicamente, que elemento o qué esfera de éste se está protegiendo. En nuestra opinión es la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para su normal funcionamiento y de la economía en general, el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes”* [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 81].

- 8º. En el derecho penal colombiano, donde el lavado de activos también se incluye entre los Delitos contra el Orden Económico Social (Artículos 323º a 325º del Código Penal), la doctrina ha asumido posiciones similares a las debatidas en España como se aprecia en la propuesta hermenéutica sostenida por HERNÁNDEZ QUINTERO: *“...es preciso concluir que el delito de lavado de activos es quizá uno de los comportamientos que con mayor vehemencia vulnera el orden económico social de un país, al punto que distorsiona la economía, generando problemas de inflación, devaluación, revaluación y la conocida por algunos como la enfermedad holandesa, que no es más que el fenómeno que se produce en un país cuando se presenta, en forma simultánea, una elevada inflación acompañada de un proceso de marcada recesión en el nivel de la actividad económica”* [Cfr. HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO. El lavado de Activos. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1997, p.94].

Incluso en otros sistemas jurídicos, donde se ubica al delito de lavado de activos en conexión con otros bienes jurídicos diferentes como la salud pública, debido a su tradicional vinculación con el delito tráfico ilícito de drogas, los especialistas también tienden a considerar la protección de bienes jurídicos específicos y propios de la actividad económica. En tal sentido LANGÓN CUÑARRO, comentando la legislación uruguaya de la materia, señala: *“Se ha discutido intensamente sobre cual es el bien jurídico protegido por esta y las otras formas de legitimación de activos, siendo evidente que no puede sostenerse que lo que se protege es la salud pública, que sólo vendría a ser, en el mejor de los casos, un interés apenas indirectamente protegido, como puede serlo cualquier otro en general. En realidad la disputa se reduce a considerar si se protege la administración de justicia (por su evidente parentesco con el delito de encubrimiento y receptación)*

o el orden socio económico del Estado. Yo adhiero a esta segunda posición, por lo cual estrictamente las figuras deberían estudiarse sistemáticamente, entre aquellas que afectan la economía y la hacienda públicas (Título IX del C.P.), dejándolas aquí sólo por tradición y para permitir una lectura más orgánica de la ley que las contiene, que es la que prevé los delitos contra el tráfico ilícito de drogas, que si afectan la salud pública” [Cfr. MIGUEL LANGÓN CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2004, p. 272].

- 9º. Sin embargo, la posibilidad dogmática que ofrece la legislación peruana para asimilar esta tendencia a reconocer aspectos o funciones de la economía como el bien jurídico tutelado requiere atender previamente varios aspectos. En primer lugar, el derecho nacional no coloca al lavado de activos como un delito típicamente económico. En segundo lugar, no es del todo acertado asumir que el lavado de activos sólo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional, como el orden económico o el sistema financiero de un país. Fundamentalmente, porque si bien es cierto que los principales efectos del este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Ello se demuestra claramente con la existencia y permanencia “estables” y en “crecimiento”, de las economías de los países que operan como “paraísos fiscales o financieros”. Efectivamente, como destacan algunos autores: *“el orden socioeconómico no puede constituirse en bien jurídico protegido por el delito de Blanqueo de bienes ya que no puede olvidarse que alguna fase específica del blanqueo de bienes, en algunos casos concretos es beneficiosa para el orden socioeconómico. Téngase como ejemplo el funcionamiento de la economía de los países conocidos como paraísos fiscales. En éstos, el mantenimiento y la mejora de sus variables económicas, tanto en la creación de empleo como en la obtención de divisas, se debe precisamente a la existencia de un poderoso sector de servicios, especialmente financiero cuya finalidad específica es la captación de bienes económicos extranjeros siendo indiferente si tienen su origen o no en un hecho delictivo”* [Cfr. JUANA DEL CARPIO DELGADO. El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal. Ob. Cit., ps. 79 y 80].
- 10º. Otro sector, cada vez más minoritario de la doctrina y la legislación contemporánea, se inclina por señalar al lavado de activos como un delito que atenta contra el bien jurídico administración de justicia. Por lo general, también esta tendencia se respalda en la ubicación legislativa que tiene dicho delito o por su evidente similitud con las formas convencionales del encubrimiento o favorecimiento real. Como distingue BOTTKE, para

esta opción: *“El blanqueo de dinero se erige en sabotaje de la persecución y recriminación penales justificadas por la necesidad y en la puesta en peligro o frustración de la producción procesal penal del comiso de las ganancias del hecho delictivo y los costes productivos del comiso de producta et instrumenta sceleris. Se erige en sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento. Supone el especial fracaso de las consecuencias del delito. Supone el fracaso penal”* [Cfr. WILFRIED BOTTKÉ. Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania, en Revista Penal Nº 2. Julio 1998, p. 12]. En la audiencia pública realizada el 4 de noviembre como preámbulo de este Acuerdo Plenario de deslizó también esta posición por parte de una de las instituciones participantes [Cfr., Ponencia del Instituto de Ciencia Procesal Penal expuesta por la Profesora Dra. MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO].

Si enfocamos únicamente al lavado de activos desde un ángulo puramente operativo, la administración de justicia resulta ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito que analizamos, ya que los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con dinero sucio, tienen la calidad material de efectos del delito. Por ello se explica que subsista en el derecho extranjero alguna predilección por asimilar los actos de lavado de activos a la estructura típica del delito de encubrimiento real. Es decir, valorar a tales conductas como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia [Cfr. ALBERTO NÉSTOR CAFETZOGLOS. Delitos con Drogas. Ed. Centro Norte. Buenos Aires. 1991, p. 81]. Un ejemplo elocuente de ello lo encontramos en el Código Penal Italiano [Cfr. Artículos 648º *bis* y 648º *ter*]. Sin embargo, lo lineal y convencional del enfoque político-criminal que sustenta a esta posición, no resulta compatible ni adaptable a los fines y a la dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios de lavado de activos. Sobre todo porque como afirma FABIÁN CAPARRÓS, tales conductas no están dirigidas únicamente *“a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de este modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizá necesaria, de la que también se beneficia el delincuente”* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Colex. Madrid. 1998, p. 262]. Ahora bien, en referencia al derecho penal nacional tal adscripción exclusiva y excluyente de tutela penal, a favor del bien jurídico administración de justicia, también debe desestimarse a partir de la decisión legislativa de extraer al delito de lavado de activos del

Código Penal. En efecto, si el legislador peruano hubiera considerado a tal ilícito como lesivo a la función judicial penal, le hubiera bastado para reprimirlo con modificar la redacción y los alcances del artículo 405º del Código Penal. Según esta disposición: *“El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”*. Pero esa no fue la decisión adoptada por nuestra legislación. Es más, incluso en la etapa final de la elaboración de la Ley 27765 se rechazó la estructura del Proyecto de la Comisión que presidía la Congresista Susana Higushi, la cual, justamente, proponía incluir al lavado de activos entre los delitos contra la función jurisdiccional.

- 11º.** Al margen de las dos propuestas examinadas sobre la calificación del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos, las que, además, también engloban a otras opciones de menor consenso y mucho más específicas como la transparencia de las operaciones que tienen lugar en el circuito de la intermediación financiera o la posibilidad de restitución a su titular de los bienes ilícitamente obtenidos, hoy en día es también frecuente encontrar en la doctrina una alusión directa al carácter pluriofensivo del lavado de activos. Esto es, a su conexión plural con la afectación sucesiva o simultánea de varios bienes jurídicos. Incluso en la propia doctrina española coexisten autores muy caracterizados como ZARAGOZA AGUADO, que coinciden en señalar que *“No cabe duda que el blanqueo de dinero es una actividad criminal pluriofensiva, pues son variados los bienes que se tratan de proteger con su incriminación de forma mediata e inmediata. Su ubicación dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que éste es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato”* [Cfr. JAVIER ZARAGOZA AGUADO. El Blanqueo de Bienes de Origen Criminal. Separata del Curso Combate al Lavado de Dinero desde los Sistemas Judiciales, CICAD-DEVIDA, Lima, setiembre de 2002. p. 12]. Por su parte, FABIÁN CAPARRÓS también pone de relieve las bondades funcionales y técnicas de esta tendencia en los términos siguientes: *“Con toda probabilidad, las conductas del reciclaje inciden negativamente -si bien en diferente medida- sobre una serie de intereses sociales a los que ahora no vamos a volver a referirnos. Desde este punto de vista compartimos la opinión de Vives Antón, Prado Saldarriaga o Vidales Rodríguez, quienes creen que el lavado de capitales ilegales ostenta los rasgos de una figura pluriofensiva”* [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., p. 238].
- 12º.** Los autores nacionales al comentar la Ley 27765, asumen también una postura a favor de la pluriofensividad del lavado de activos. Por ejemplo,

BRAMONT-ARIAS TORRES destaca lo siguiente: *“Nuestra opinión del bien jurídico es que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde se lesionan varios bienes jurídicos. Si bien consideramos que el delito de Lavado de Activos es un delito socioeconómico, por lo que en el fondo el bien jurídico principal de protección es el orden económico, y dentro del mismo específicamente el tráfico ilícito de bienes que debe imperar en toda sociedad, lo cual se vería afectado con la circulación de bienes ilícitos”* [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT - ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos. Lima. 2003, p. 521]. En términos semejantes se pronuncia GÁLVEZ VILLEGAS: *“Estos actos de lavado o legalización de bienes o activos de procedencia ilícita, que si bien directamente afectan al orden o sistema económico, revisten también la condición de conductas pluriofensivas de distintos bienes jurídicos penalmente relevantes, y, por ello, tienen enorme trascendencia en la vida política, económica y social del país -y de la comunidad internacional-, ya que trastocan el orden económico-financiero, afectando su legitimidad y transparencia, a la vez que dificultan la planificación y política económica estatales”* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2004, p. xv]. No obstante, cabe señalar que esa pluralidad de bienes jurídicos comprometidos fue formulada en nuestra doctrina incluso desde que el delito de lavado de activos fuera incorporado a la legislación peruana a inicios de los años noventa, y a pesar de su inclusión entre los delitos de tráfico ilícito de drogas: *“Ahora bien, la criminalización del lavado de dinero fue concebida por la política internacional antidroga como una posibilidad de control, destinada a neutralizar el modus operandi del narcotráfico a través de la interdicción y congelamiento de los capitales de inversión y reserva que permiten mantener en actividad a las organizaciones que se dedican a la producción y/o comercialización de drogas ilegales. Es, pues, desde ese objetivo funcional que deberá de ensayarse toda posible interpretación o discusión acerca del bien jurídico tutelado que está detrás de la penalización de los actos de lavado. En tal sentido, las limitaciones e inconvenientes que evidencian las diferentes posiciones que hemos reseñado se explican, sobre todo, por lo unilateral de sus enfoques acerca del delito y de su relevancia político-criminal, y que dejan, más bien, en un segundo plano, los criterios funcionales de eficacia y eficiencia de la criminalización. Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia*

de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas” [Cfr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA. El Delito de Lavado de Dinero. Su tratamiento Penal y Bancario en el Perú. IDEMSA. Lima. 1994, ps. 65 y 66].

Por su parte, GARCÍA CAVERO, desde su óptica dogmática de corte funcionalista, reconoce la negatividad y ofensividad de los actos de lavado de activos en tanto prácticas disfuncionales frente a las normas que rigen las expectativas sociales en un tráfico regular de los bienes que circulan en el mercado: *“la expectativa normativa de conducta de que el tráfico de los bienes se mueve por operaciones o transacciones realizadas realmente con las reglas del libre mercado, de manera que exista la confianza general en los agentes económicos de que los bienes no tienen una procedencia delictiva, sino que se ajustan a las reglas del tráfico jurídico-patrimonial. Por lo tanto, constituiría un grave error exigir en el delito de lavado de activos una afectación sensible al orden económico, pues, como lo demuestra la experiencia, el delito de lavado de activos puede ser incluso saludable para determinadas economías dependientes de este flujo de bienes. La defraudación normativa del delito de lavado de activos no se determina con criterios de eficiencia económica, sino a partir de determinada condición esencial del mercado, en la que confían los agentes económicos” [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal Económico. Parte Especial. Grijley. Lima. 2007, p.490].*

- 13^o. Resulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos que tipifica la Ley 27765 la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales. Esta dimensión pluriofensiva es la que justifica, además, las severas escalas de penalidad conminada que establece la Ley 27765, pues como razona VIDALES RODRÍGUEZ, el desvalor de tales actos trasciende y engloba al que corresponde por cada uno de esta pluralidad de intereses sociales

comprometidos [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, ps. 93 y 94].

14º. Ahora bien en cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su *modus operandi*, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el *modus operandi* de tal ilícito. Por lo demás ella no se adecua a la forma como se ha regulado en la Ley 27765 tal infracción. Es más, en la actual redacción del artículo 6º *in fine* expresamente se reconoce tal posibilidad (“También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades lícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”).

§2. La consumación en el delito de lavado de activos

15º. Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986 en los artículos 1º y 2º de la Ley 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso. Esto es asegurar, siquiera mínimamente, tales activos y su potencial o real aplicación o integración en el circuito económico. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16º del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no alcance a culminar el procedimiento de conversión o de transferencia de los activos ilícitos que hubiera emprendido, sea por la intervención de terceros o por otras razones o condiciones ajenas a su voluntad. En ese sentido, GARCÍA CAVERO precisa que: “*El artículo 16º del Código penal permitiría castigar el emprendimiento de actos dirigidos a realizar*

el delito sin llegar a consumarlo. Si bien con la anterior redacción resultaba cuestionable afirmar la tentativa en un delito de peligro abstracto, en la actualidad esa limitación conceptual no se presenta. Por esta razón, resulta perfectamente posible castigar como tentativa los actos de conversión, transferencia, ocultación y tenencia que no consigan dificultar la identificación del origen de los activos, o su incautación o decomiso. En todo caso, dada la exigencia subjetiva de la tentativa, ésta solamente podría tener lugar en caso de una realización dolosa del delito de lavado de activos” [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob.Cit, p. 512]. La doctrina extranjera califica como casos frecuentes de tentativa a los siguientes: “Se puede querer convertir billetes de baja denominación cambiándolos por otros de mayor valor, en la primera etapa del lavado, interrumpiéndose el proceso ejecutivo por acto de la autoridad, quedando por consiguiente el delito de lavado por conversión en grado de tentativa. O también se puede imaginar una transferencia de valores en proceso, por ejemplo de una cuenta a otra, que es interrumpida por intervención de la autoridad, en cuyo caso los autores habrán cometido lavado en grado de tentativa” [Cfr. MIGUEL LANGÓN CUÑARRO. Código Penal. Tomo II. Ob. Cit., p. 275]. Ejemplos similares de formas de tentativa de actos de conversión y transferencia han sido expuestos por la doctrina nacional [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 66 y 67].

- 16º.** Ahora bien, resulta pertinente destacar que las distintas modalidades de conversión y transferencia que contiene el artículo 1º de la Ley 27765 constituyen modalidades de delitos instantáneos. Siendo así el momento consumativo coincidirá con la mera realización de cualquiera de las formas señaladas por la ley. Sin embargo, en lo concerniente a los actos que tipifica el artículo 2º como supuestos de ocultamiento y tenencia, su estructura ejecutiva es la propia de los delitos permanentes. En ellas, pues, las posibilidades delictivas incluidas imponen que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado por la conducta realizada se mantenga en el tiempo por voluntad expresa o implícita del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que este logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos. No obstante, cabe distinguir que los actos de transporte, introducción o extracción de activos en el territorio nacional que también se incluyen en el artículo 2º, desde la vigencia del Decreto Legislativo 982, debido a su operatividad ejecutiva deben ser apreciados como delitos de consumación instantánea.

La necesidad de distinguir la condición instantánea o permanente de la consumación en los actos que constituyen delitos de lavado de activos, adquiere importancia práctica para resolver problemas relacionados con la prescripción de la acción penal o con las posibilidades de una participación post consumativa. Por tanto, es de identificar tal condición para aplicar debidamente las reglas particulares que para estos casos ha definido la legislación y la doctrina nacionales. Sobre el particular es de tener en cuenta lo señalado por el desaparecido Profesor LUIS BRAMONT ARIAS: *“Derivan relevantes consecuencias de la cualidad permanente o instantánea de un delito. En los delitos permanentes: la prescripción de la acción penal correspondiente a ellos, no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo...la intervención de un tercero que colabore o coopere accesoriamente con el autor mientras dure la ejecución, no podrá ser constitutiva de encubrimiento, sino de participación en forma de coautoría o complicidad; y se entenderá flagrante el delito en tanto persista el lapso consumatorio. En cambio, en el delito instantáneo, la prescripción comienza a contarse desde el instante preciso en que se completó la consumación, momento...tras el cual toda cooperación sólo podrá dar origen a responsabilidad por encubrimiento”* [Cfr. LUIS A. BRAMONT ARIAS. Derecho Penal. Tercera Edición. Imprenta Vilok. Lima. 1978, ps. 290 y 291].

§ 3. *El tipo subjetivo en el delito de lavado de activos*

17º. En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1º y 2º de la Ley 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual.

El sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. Ello significa 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 ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito.

18º. Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió éste, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de

ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ellas.

- 19º.** En nuestra legislación no se han regulado formas culposas de lavado de activos. Por consiguiente, no resultan compatibles con esta opción del legislador peruano las interpretaciones que pretendan inferir una modalidad culposa en base al sentido y alcance de la expresión legal “puede presumir”. Por ejemplo, la que sostiene que con dicha expresión se alude a: *“un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso”* [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Grijley. ps. 510 y 511]. Como afirma GÁLVEZ VILLEGAS: *“... siguiendo la tradición legislativa, y en cumplimiento del art. 12º del Código Penal cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente, lo refiere expresamente. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa sin recurrir a la fórmula puede presumir, que como acabamos de indicar, sólo hace referencia al supuesto de dolo eventual, que es como se ha venido interpretando”* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., ps. 60 y 61]. Cabe validar lo antes expuesto acerca de la atipicidad del lavado de activos culposo en la legislación peruana, a partir de una revisión del contexto legal internacional. Por ejemplo, el Reglamento Modelo de la CICAD - OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión “debiendo saber”. En efecto, la nota 2 hecha a pie de página del artículo 2º del texto oficial vigente del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA, estipula lo siguiente: *“Debiendo saber se interpreta en este Reglamento Modelo como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico”* [Cfr. CICAD. Reglamento Modelo Sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico ilícito de Drogas y Otros Delitos Graves. Texto editado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Washington, D. C. s/d., p. 2].
- 20º.** El texto original de los artículos 1º y 2º de la Ley 27765 incluía un elemento subjetivo especial distinto del dolo, de aquellos a los que la doctrina considera como tendencia interna trascendente o delitos de intención. Efectivamente, aquella redacción típica conectaba específicamente la acción dolosa del agente con un objetivo que se colocaba subjetivamente más allá de la mera colocación, conversión, ocultamiento o tenencia de los activos ilegales. La norma, exigía, pues, además de dolo, que el agente

persiguiera una finalidad ulterior o de objetivo de las acciones de lavado de activos y que se describía como “evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”. Esta fórmula legal permitía calificar de atípico cualquier supuesto culposo o de exceso de confianza frecuentes en la conducta de los terceros de buena fe. Lo cual fue destacado por los juristas nacionales: *“La inclusión de este elemento de tendencia interna trascendente, que no estaba previsto en la normatividad derogada, creemos que constituye un acierto del legislador, pues de este modo se podrá evitar actuaciones punitivas arbitrarias, que abonen a la vigencia de un derecho penal garantista”* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Ob. Cit., p. 62]. En el derecho comparado este tipo de elementos subjetivos distintos del dolo también son utilizados regularmente para circunscribir mejor el ámbito del ilícito y desconectarlo de conductas delictivas similares que afectan el patrimonio (receptación) o la administración de justicia.(encubrimiento real).

Ejemplos de esta tendencia son el artículo 72º de la Ley costarricense 7786 de 1998, el artículo 400º bis del Código Penal mexicano y el artículo 301º.I del Código Penal español.

- 21º.** La ley 27765, pues, hasta antes del Decreto Legislativo 986, demandaba que juto* al proceder doloso del agente estuviera presente, siempre, una preordenación subjetiva orientada a promover o viabilizar el proceso del lavado de los bienes de origen ilegal. Esto es, a crearles una apariencia de legitimidad o a alejarles de toda medida de interdicción. En definitiva, el sujeto activo tenía que actuar siempre con el fin de asegurar la ganancia delictivamente generada. Sin embargo, para la concreción típica del delito bastaba que esa finalidad coexistiera en la realización dolosa de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia aunque no se lograra materialmente dicho objetivo. El lavado de activo era entonces un típico delito de peligro. Sobre el particular sostuvo FABIAN CAPARROS: *“No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora. De este modo, la figura resultante adoptará la estructura propia de un delito de resultado cortado que, como tal, cumplida objetiva y subjetivamente la primera conducta- esto es, la circulación de un capital sucio a través de los cauces económicos oficiales-, no requerirá para su consumación más que la vertiente subjetiva de la segunda- actuar con el fin de ocultar el origen ilícito de los bienes-, no siendo preciso que se*

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “juto”; debiendo decir: “junto”.

materialice objetivamente un resultado- el efectivo encubrimiento- que es independiente de la actuación del sujeto activo” [Cfr. EDUARDO FABIÁN CAPARROS. El Delito de Blanqueo de Capitales. Ob. Cit., ps. 343 y 344]. En conclusión, pues, el elemento subjetivo especial que incluyó el texto originario de la Ley 27765 cumplía funciones dogmáticas y de político criminal importantes.

- 22º.** El Decreto legislativo 986 suprimió las exigencias de esa tendencia interna trascendente y la transformó en el resultado típico. Por tanto, actualmente los artículos 1º y 2º requieren de un dolo que abarque también tal resultado como concreción objetiva del tipo. Por tanto el dolo comprende la conciencia y voluntad de realizar actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia que, como resultado, dificultan la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso. Como bien anota GARCÍA CAVERO: “...*el delito de lavado de activos se configura solamente si el autor realiza la conducta de conversión, transferencia, ocultación o tenencia conociendo la aptitud concreta de su acción para dificultar la eventual identificación del origen, incautación o decomiso de los activos. Bajo estas consideraciones, hay una conducta típica de lavado de activos si el autor actúa con conocimiento o la posibilidad de conocer que esos bienes son de procedencia ilícita y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación, incautación o decomiso” [Cfr. PERCY GARCÍA CAVERO. Derecho Penal económico. Parte Especial. Ob. Cit., ps.510 y 511].*
- 23º.** En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer del dolo. Sobre este particular, DÍEZ RIPOLLÉS ha considerado también la ausencia de dolo cuando el agente conoce “*la actividad de narcotraficante de la persona de la que proceden los bienes, pero no le consta que en ese caso sean efecto o ganancia de un delito” [Cfr. Los Delitos Relativos a Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. ED. Tecnos. Madrid. 1989, p. 92]. Ahora bien, una reflexión dogmática propia merece el caso de los Negocios Standard o Conductas Neutras. En especial se debe evaluar con detenimiento la situación de algunos profesionales que como los contadores, notarios o abogados pueden brindar sus servicios profesionales a criminales conocidos o a personas cuya solvencia económica resulta de origen dudoso. Como señala la doctrina especializada, una zona gris entre las operaciones de lavado de activos y las conductas socialmente adecuadas o inocuas, es el que corresponde a los denominados negocios standard. Esto es, a los*

servicios regulares que se ofrecen abiertamente a todas las personas. En esta categoría, por ejemplo, quedan comprendidos desde las empleadas del hogar, pasando por los vendedores de suministros cotidianos (diarios, pan, gasolina, etc.), hasta llegar a los servicios profesionales o técnicos especializados (abogados, contadores, médicos, etc.).

El problema se plantea, pues, en torno a decidir la relevancia penal o no de brindar tales servicios a personas que se conoce o se sospecha que están vinculadas con actividades criminales y de las cuales pueden provenir los recursos económicos que son utilizados para pagar la correspondiente contraprestación, precio u honorarios por el servicio brindado. Al respecto, RAGUÉS i VALLÉS advierte lo siguiente: *“La solución no parece, sin embargo, tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de lavado consiste en la mera prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, se ofrecen a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas standard). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo del lavado de activos se extienden incluso a aquellos supuestos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la previa comisión de un delito grave”* [Cfr. Ramón Ragués i Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 624].

24º. Conforme a la doctrina especializada cabe declarar la atipicidad o la justificación de los casos representativos de negocios standard o conductas neutras. En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión. Por ejemplo, VIDALES RODRIGUEZ, analizando la situación de los abogados, afirma que la conducta de estos profesionales estará justificada solamente cuando se limite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica. En cambio, si ella se expresa en una asesoría antijurídica que convoca a realizar transferencias dirigidas a evitar la detección de los bienes ilícitos, se constituiría siempre un acto de complicidad en el delito de lavado de activos: *“La conducta de estos sujetos puede ser considerada de cooperación necesaria o, cuando menos, de complicidad; aunque es discutible que quede amparada por esta causa de justificación, ya que el ejercicio legítimo de su profesión no puede consistir en la comisión de un delito de legitimación de capitales”* [Cfr. CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ. Los Delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997, p. 122].

25º. Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por

ser adecuada socialmente y no generarse con ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado. Autores nacionales como GÁLVEZ VILLEGAS comparten tal posición: *“no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo v. gr. Tráfico de drogas, dará lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que se mantiene dentro de lo socialmente adecuado y no supera el riesgo permitido, y que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud a una defensa letrada que viene llevando a cabo no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta; pues en estos casos la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago de un servicio prestado”* [Cfr. TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS. El Delito de Lavado de Activos. Legislación Peruana. Aspectos Básicos, en Vista Fiscal N° 1. Noviembre de 2003, p.82].

BRAMONT-ARIAS TORRES también suscribe esta tesis *“En el aspecto doloso normalmente se asume como punto a tener en cuenta si la actividad realizada por el sujeto está dentro de una actividad cotidiana, supuesto en el cual no se configuraría el tipo penal. En caso de no asumir esta postura, se comprendería como delito conductas discutibles como los casos del taxista que cobra y recibe dinero proveniente de un delito, o el caso del abogado que cobra sus honorarios de un narcotraficante, etc., las cuales serían conductas socialmente adecuadas”* [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES. Algunas Precisiones Referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos. Ob. Cit, p. 526].

- 26º. Sobre la base de los correctos enfoques reseñados de la doctrina nacional y extranjera es pertinente, además, tener en cuenta las siguientes consideraciones, relacionadas con el rol y la finalidad que guían el accionar de un lavador de activos y que no se reproducen en el quehacer de los que practican o ejercen negocios standard o conductas neutras. En efecto, la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad,

ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto, los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo del lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial. En la doctrina una interpretación similar es también recogida y expuesta con precisión del modo siguiente por RAGUÉS i VALLÉS: *“El fundamento expuesto de la punición del lavado de activos debe emplearse ahora como herramienta teórica para decidir en qué casos está legitimado el castigo de una conducta subsumible formalmente en el tipo de tal infracción y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios standard a sabiendas del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar el tipo de este delito. Trasladando a este ámbito la lógica que subyace a dicho fundamento se obtiene un criterio delimitador que dice así: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de lavado si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella ex post puede valorarse como un incentivo para realizar de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito”* [Cfr. Ramón Ragués i Vallés. Lavado de Activos y Negocios Standard. Ob. Cit., p. 647].

- 27º. Finalmente, resulta pertinente destacar que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194º del Código Penal. Esta distinción, por lo demás, ha sido también destacada desde inicios de la década de los noventa por la doctrina extranjera. Así, por ejemplo, en Argentina CAFETZOGLUS ha señalado que si bien el tipo legal del lavado es semejante al del encubrimiento, el primero resulta *“sensiblemente más amplio ya que capta toda intervención respecto de los valores provenientes de algunos de los delitos, que implique alguno de los actos enumerados, aún sin ánimo de lucro”* [Cfr. Delitos con Drogas. Ob. cit., p. 81]. Por su parte, el jurista portugués DE FARIA COSTA ha afirmado en igual sentido lo siguiente: *“Si el blanqueamiento, tal como lo concebimos, no es más que una particular y específica receptación, él se basa, principalmente, en actividades criminosas ligadas al tráfico de drogas; pero, sobre todo, no radica en la intención de obtener para sí o para otro un lucro ilegítimo (ventaja patrimonial, en la expresión de la ley), como acontece en la definición legal de receptación, sino en la finalidad de encubrir o disimular el origen ilícito del capital”* [Cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA. O Blanqueamiento de Capitais. Separata. Jornadas

de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1992, p. 20].

Posición similar expresa en la doctrina española GÓMEZ INIESTA: “*En el blanqueo se auxilia al delincuente para que se aproveche de los bienes de origen delictivo sin que se requiera interés lucrativo alguno (favorecimiento ajeno), mientras que en la receptación el autor se aprovecha para sí de los efectos del delito actuando con proposito de enriquecimiento*” [Cfr. DIEGO]. GÓMEZ INIESTA. El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español. Ob. Cit., p. 58].

§4. El valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos y la Determinación de la pena

28º. Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278º del Código Penal de aquel país establece: “*Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil nuevos pesos (S/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí*”.

29º. No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46º del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. Artículo 3º del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria]. Tal valor dinerario, en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso.

§ 5. *El delito fuente y la prueba en el delito de lavado de activos*

30º. Como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero. Los denominados “delitos fuente” han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares -obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada- que generen ganancias ilegales -su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso-, con excepción del delito de receptación-. Así consta en el artículo 6º de la Ley de lavado de activos -modificada por el Decreto Legislativo número 986, del 22 del julio de 2007-.

31º. En orden a las exigencias del derecho probatorio penal es de tener en cuenta que la Ley Penal contra el Lavado de Activos, desde la tipicidad objetiva, castiga tanto los actos de conversión y transferencia como los actos de ocultamiento y tenencia de dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo -objeto material del delito-, que dificultan la identificación de su origen, su incautación o decomiso.

Desde la tipicidad subjetiva, el tipo legal exige al agente, de un lado, el dolo directo, es decir, el conocimiento seguro del origen ilícito del objeto delictivo, y, de otro, el dolo eventual, esto es, que sólo pueda presumir el origen delictivo del referido objeto, que tenga la probabilidad de saberlo. Se castiga, por consiguiente, ambas modalidades de dolo. Su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y sus circunstancias pero no a la calificación jurídica; y éste -el dolo- ha de ser antecedente o concurrente en la acción.

Ahora bien, dos son las cuestiones relevantes que es del caso precisar: la determinación del origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias, y el conocimiento de su origen ilícito.

32º. Respecto de lo primero, el artículo 6º de la Ley establece que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente 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.

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. No es menester, como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión 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.

- 33º.** La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria -no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa-. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida -a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas- de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1912-2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006).

Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable.

Como presupuestos generales -materiales y formales- en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere:

- A. Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados -de modo que se refuercen entre sí-.
- B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material].
- C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe **(i)** detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como **(ii)** sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para

posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal].

34º. Desde luego no posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos -gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento-, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indicaría en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

Así:

- A.** Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.
- B.** Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testafierros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos de la residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testafierros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testafierro, etcétera.

- C. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
 - D. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios -tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen-.
 - E. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión -contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción- ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, lo que comporta la evidencia de una relación causal entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por ejemplo, de aumento de patrimonio durante el período de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.
- 35º. 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 mismo -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 6º de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.

El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede “...inferirse de los indicios concurrentes en cada caso” (artículo 6º, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido, se inclina el artículo 3º.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. 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. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave -de las indicadas en el citado artículo 6º de la Ley- que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo.

Salvo la confesión -muy inusual en estos casos, aunque no imposible-, los elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Éstos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el párrafo anterior.

§ 6. *El valor probatorio del Informe de la Unidad de Inteligencia Financiera*

36º. La Ley número 28306, del 28 de julio de 2004, que modificó las Leyes número 27693 y 28009, y la última Ley número 29038, del 12 de junio de 2007, creo la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú -en adelante, UIF-Perú-. Es una unidad especializada de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones -en adelante, SBS- encargada de recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo, así como, de coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para detectar operaciones sospechosas de lavados de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

Entre las funciones y facultades relevantes de la UIF-Perú se tiene:

- (i) solicitar a las instituciones del Estado informes, documentos, antecedentes y todo elemento útil para el cumplimiento de sus funciones;

- (ii) como solicitar, recibir y analizar información sobre operaciones sospechosas a través de los Reportes de Operaciones Sospechosas, y los Registros de Operaciones; y
- (iii) comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego de la investigación y análisis respectivos, presuma que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

Según el artículo 10^o-A de la Ley número 28306 el denominado 'Reporte de Operaciones Sospechosas' es un documento de trabajo de la UIF-Perú, reservado únicamente para el inicio del tratamiento y análisis de la información allí contenida. Esta información, luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presume haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

- 37^o.** La UIF-Perú lidera el sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Los sujetos obligados a informar están legalmente determinados. A partir de los informes de aquéllos y de las solicitudes e instancias que curse la UIF-Perú, ésta iniciará el análisis e investigación de todas aquellas operaciones que puedan estar vinculadas a actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo. En el plano de la investigación del delito de lavados de activos, la Ley reconoce las atribuciones de otras instancias de investigación, con las que puede incluso participar en actividades conjuntas de investigación. El Informe de la UIF-Perú, por tanto, no constituye requisito de procedibilidad alguno.

Según el artículo 13^o.2 del Reglamento de la Ley que crea la UIF-Perú, aprobado por Decreto Supremo número 018-2006-JUS, del 25 de julio de 2006, el Informe que envía al Ministerio Público se denomina "Informe de Inteligencia". Contiene la labor de análisis producto de los reportes de operaciones sospechosas que recibe y de las investigaciones conjuntas que pueda solicitar, y su evaluación de las operaciones que presuma estén vinculadas con el delito de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. El sustento de la información producto del desarrollo del trabajo de inteligencia está inserto en los Anexos al Informe de Inteligencia.

- 38^o.** La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13^o.2 del Reglamento, el

destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información. La información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni como medio probatorio, salvo que la UIF-Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un funcionario de la UIF-Perú sólo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución para constar en ellos.

Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información -los anexos-, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF-Perú.

Así las cosas es evidente que si el Informe de Inteligencia es de libre acceso a las partes y al órgano jurisdiccional -en la medida en que así lo decida el UIF-Perú-; y, en tanto está acompañado de documentación, análisis financieros y contables, y diversa información bancaria y comercial, así como de las conclusiones y valoraciones consiguientes, primero, servirá como indicio procedimental para incoar el correspondiente proceso penal o inculpación formal, y, segundo, luego de ser sometido a contradicción por su nítido carácter pericial, podrá ser valorado como pericia institucional con arreglo al principio de libre valoración.

III. DECISIÓN

39º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

40º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 7º a 38º.

41º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el

segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

42º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO N° 4-2010/CJ-116**

(Publicado el 30 de diciembre de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ***ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA***

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 165-2010P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la **primera fase** los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La **segunda fase**, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal- y Frescia Sisi Villavicencio Ríos -en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista - Huaaura-, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 3º. La **tercera fase** del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto.
- 4º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

- 5º. El artículo 71º del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada “Audiencia de tutela”. Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta “El Ministerio Público y los demás sujetos procesales”, Capítulo Primero “El imputado”, Título II “El imputado y el abogado defensor” del Libro Primero “Disposiciones Generales” del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-.

Prescribe la citada norma que: “**1.** *El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso...* **4.** *Cuando el imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, 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 correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes”.*

- 6º. Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías -de tutela y reforma-.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico -artículo 138º, segundo párrafo- sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez -artículos 138º y 139º. 10 de la Constitución- con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente -artículo 139º .14- [SAN MARTÍN CASTRO, César. (2003) *Derecho Procesal Penal*. 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79].

- 7º. De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139º, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.
- 8º. Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:
- i) El debido proceso (artículo 139º inciso 3).
 - ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139º inciso 3).
 - iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2º inciso 24. "e").
 - iv) El derecho de defensa (artículo 139º inciso 14).
- 9º. La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].

§ 2. *La audiencia de tutela. Alcances*

- 10º. Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través

de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71º del NCPP. Son los siguientes: **(i)** conocimiento de los cargos incriminados, **(ii)** conocimiento de las causas de la detención, **(iii)** entrega de la orden de detención girada, **(iv)** designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, **(v)** posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, **(vi)** defensa permanente por un abogado, **(vii)** posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, **(viii)** abstención de declarar o declaración voluntaria, **(ix)** presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las diligencias que requieran su concurso, **(x)** no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, **(xi)** no sufrir restricciones ilegales, y **(xii)** ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

- 11º.** La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración al derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva -que ponga fin al agravio-, reparadora -que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.
- 12º.** Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de hábeas corpus [ALVA FLORIÁN, César A. (2004) *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 13.]

13º. Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es un instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334º.1, 343º.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención* de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231º.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337º.4 del NCPP.

14º. Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71º numerales del 1 al 3 del NCPP.

Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "intervención"; debiendo decir: "intervención".

audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334^o.1, 343^o.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231^o.3). Por ello, no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado¹.

15^o. Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no esta obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

16^o. Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71^o NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

17^o. Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente -en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias- siempre que no exista una vía

1 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario: Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema.

propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71º NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba -axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba -regulado en el artículo 159º del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

18º. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar -desde la defensa- una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulneren algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

19º En síntesis, es de afirmar, que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve

afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71º del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

III. DECISIÓN

20º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

21º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10º al 19º.

22º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

23º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 5-2010/CJ-116**

(Publicado el 30 de diciembre de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: INCAUTACIÓN

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa número 165-2010-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, para dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la **primera fase** -determinación de los temas jurídico penales objeto de tratamiento plenario- los señores Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda. Al respecto, se tuvo en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídico penal que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Se estableció siete temas objeto de tratamiento jurisprudencial y sus respectivos problemas específicos.

En la **segunda fase**, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal electrónico del Poder Judicial, con el que se logró un amplio concurso de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias.

Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha cuatro de noviembre la audiencia pública correspondiente. Los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

- 3º. En cuanto al tema en debate: “la incautación”, informaron oralmente los señores Alcides Mario Chinchay Castillo -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal- y Víctor Burgos Mariño -en representación del Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad-.
- 4º. La **tercera fase** del VI Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, labor que recayó en los señores Jueces Supremos Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha. Los diez señores Jueces Supremos intervinieron con igual derecho de voz y voto.
- 5º. El Acuerdo Plenario, como expresión de una decisión común de los señores Jueces Supremos en lo Penal, se emite conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar decisiones de esta naturaleza con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 6º. La deliberación y votación del tema “la incautación” se realizó el día de la fecha. Como resultado de la deliberación y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales. Objeto de la incautación

- 7º. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos -propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos- (artículos 218º al 223º del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-), y como medida de coerción -con una típica función cautelar- (artículos 316º al 320º del NCPP)-. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su función es primordialmente conservativa -de aseguramiento de fuentes de prueba material- y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes -pueden cumplir funciones similares-, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesorias de decomiso, con arreglo al artículo 102º del Código Penal -en adelante, CP-.

- 8º. La incautación instrumental (artículo 218º NCPP) recae contra **(i)** los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra **(ii)** las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito.

En estricto sentido se entiende por;

- A. 'Cuerpo del delito', además de la persona -el cadáver en el delito de homicidio- comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos -la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas-.
- B. Las 'cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento', son tanto las '**piezas de ejecución**': medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas '**piezas de convicción**': cosas, objetos, huellas

o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible.

- 9º.** La incautación cautelar (artículo 316º.1 NCPP) incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley.
- A.** Los efectos del delito o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.
 - B.** Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris* son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.
 - C.** Los objetos del delito son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102º CP).

- 10º.** Como se advierte de los párrafos precedentes, los bienes y objetos que pueden incautarse -privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal- cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102º y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible -asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba-.

Como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa -específicamente, de la investigación- al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso.

§ 2. Régimen de la incautación

- 11º.** La incautación, instrumental o cautelar, es una medida que la realiza, en primer término, la Policía o la Fiscalía, pero a continuación requiere de la decisión confirmatoria del Juez de la Investigación Preparatoria.
- A.** En los casos de flagrancia delictiva -en las modalidades reconocidas por el artículo 259º NCPP- o de peligro inminente de su perpetración, por su propia configuración situacional, es obvio que la Policía debe incautar los bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. La necesidad de la ocupación de bienes u objetos vinculados al delito, a fin de ponerle término y garantizar su probanza efectiva, a la par que consolidar la razonabilidad de la intervención policial, está fuera de discusión. En estos casos la comisión del delito se percibe con evidencia -se da una relación directa del delincuente con el bien o cosa relacionada con el delito- y exige de manera inexcusable una inmediata intervención de la autoridad.
- B.** Fuera de ambos supuestos, la incautación en el curso de la investigación preparatoria -en especial durante las denominadas “primeras diligencias”- requiere de una decisión del Fiscal. La autoridad policial, por consiguiente, necesita de una expresa autorización del Fiscal. A su vez, la legalidad de la orden o autorización fiscal se centra, sin perjuicio de la presencia de indicios de criminalidad mínimos, en lo que se denomina “peligro por la demora”, en tanto fin constitucionalmente legítimo. El juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la averiguación de la verdad -obstrucción de la investigación y del proceso en general- y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera -la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis-.
- C.** Se requerirá previa orden judicial cuando el peligro por la demora, no es que sea inexistente, sino que en él no confluya la noción de urgencia y siempre que se trate de bienes objeto de decomiso (artículo 317º NCPP). Esta noción dice de la perentoriedad o necesidad inmediata, apremiante de la incautación; cuando el riesgo de desaparición del bien o cosa delictiva es más actual o grave. Si no se presenta esta situación fáctica será del caso pedir la orden judicial.

12º. La intervención judicial es imprescindible. Salvo el supuesto c) del párrafo, anterior, que requiere resolución judicial previa -el Juez tiene aquí la primera palabra-, la regla es que ejecutada la medida por la Policía *motu proprio* o por decisión de la Fiscalía, el Juez de la Investigación Preparatoria debe dictar una resolución, que puede ser confirmatoria de la decisión instada por el Fiscal o desaprobatória de la incautación policial-fiscal.

La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno -el mismo día o a más tardar al día siguiente-, salvo norma específica al respecto (artículos 203º y 254º. 1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; sólo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida -si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva-. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnable, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna.

§ 3. *Ausencia de resolución judicial. Efectos procesales*

13º. La incautación siempre requiere de una resolución judicial, sea antes de su ejecución -excepción, párrafo 10º, literal c)- o después de ella -regla general, párrafo 10º, literales a) y b)-. En el último caso, la ausencia de la intervención y ulterior resolución judicial, al vulnerarse un requisito de la actividad procesal, importa un defecto cuya subsanación, empero, es posible. Un efecto distinto -de nulidad absoluta e insubsanabilidad-, en cambio, tiene el primer supuesto, atento a su especial relevancia: sin resolución judicial no puede tener lugar legalmente una incautación.

La confirmación judicial debe solicitarse 'inmediatamente' (artículo 203º.3 y 317º.2 NCPP). Esto último significa que entre el momento en que tiene lugar la incautación y que se presenta la solicitud de confirmación judicial no debe mediar solución de continuidad. Debe realizarse enseguida, sin tardanza injustificada, lo que será apreciable caso por caso, según las circunstancias concretas del mismo. La justificación de la tardanza se examinará con arreglo al principio de proporcionalidad.

La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que, sin embargo, sólo persigue dotarla de estabilidad instrumental respecto de la cadena de actos que pueden sucederse en el tiempo y que de uno u otro modo dependan o partan de él. Por tanto, la tardanza u omisión de la solicitud de confirmación judicial -al no importar la infracción de un precepto que determine la procedencia legítima de la incautación- no determina irremediablemente la nulidad radical de la propia medida ni su insubsanabilidad. El plazo para requerir la respectiva resolución jurisdiccional, en este caso, no es un requisito de validez o eficacia de la incautación -sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que acarrea al Fiscal omiso-. Su incumplimiento no está asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad -requisito indispensable para anular los efectos jurídicos correspondientes-.

- 14º. Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional. En estos casos, para decidir acerca de una petición concreta derivada o vinculada a la incautación la autoridad judicial debe realizar, con carácter previo pero en ese mismo acto, una evaluación de la legalidad de la incautación. De no ser posible el aludido examen por la necesidad de un debate más amplio, será del caso rechazar provisoriamente el requerimiento o la solicitud que, como dato esencial, se sustentó en la incautación a fin de definirla anticipadamente y, emitida la decisión respectiva, recién pronunciarse sobre su mérito.

§ 4. *Reexamen de la incautación*

- 15º. El afectado por una medida de incautación, instrumental o cautelar, que en ambos casos tiene la condición de interviniente accesorio, tiene dos opciones: interponer recurso de apelación o solicitar el reexamen de la medida. La institución del reexamen se asocia a la incorporación de actos de investigación o de algún elemento de convicción luego de la realización del acto mismo, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. Desde luego, si la incautación carece desde un inicio de los presupuestos materiales que la determinan será del caso interponer el respectivo recurso de apelación.

El tercero que alegue ser propietario de un bien incautado y que no ha intervenido en el delito, dice el artículo 319º.2 NCPP, puede solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y

se le entregue el bien de su propiedad. Esta norma no significa que sólo tiene esta opción, pues muy bien, frente a la contundencia de la evidencia preexistente -no la que puede aportar con posterioridad a la incautación- puede intentar derechamente la apelación. El reexamen, por lo demás, importa un análisis de la medida a partir de nuevos indicios procedimentales o elementos de convicción; no controla la incautación sobre la base de las evidencias existentes cuando ésta se decretó o efectivizó.

III. DECISIÓN

16º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º a 15º.

18º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

19º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**VI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 6-2010/CJ-116**

(Publicado el 30 de diciembre de 2010)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: ACUSACIÓN DIRECTA Y PROCESO INMEDIATO

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil diez.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa Nº 165-2010-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VI Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El Pleno Jurisdiccional se realizó en tres fases.

En la **primera fase** los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda para lo cual tuvieron en cuenta los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas salas en el último año. Fue así como se establecieron los siete temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

La **segunda fase**, denominada participación ciudadana, tuvo como finalidad promover la intervención y el aporte de la comunidad jurídica del país para la solución de cada uno de los problemas antes planteados. Para ello se habilitó el foro de participación a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de diversas instituciones de la capital así como de diversas provincias del país a través de sus respectivas ponencias. Luego de una debida selección de las ponencias presentadas, se realizó en fecha 4 de noviembre la audiencia pública en la que los representantes de todas las instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.

En dicha audiencia, con relación al tema que aborda el presente Acuerdo, sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal-; Ana Cecilia Hurtado Huaila -en representación del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa-; y Miguel Falla Rosado -en representación del Centro para la Investigación y Mejora de la Calidad en el Servicio de la Justicia - Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo-, las mismas que se han tenido en cuenta para en la discusión del presente Acuerdo Plenario. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 3º. La **tercera fase** del VI Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los siete temas. Esta fase culminó el día de la sesión plenaria realizada en la fecha con participación de todos los jueces integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116º LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 4º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia lo debatido en audiencia pública sobre diversos aspectos de la acusación directa y el proceso inmediato. En concreto, sobre los alcances y diferencias de ambas instituciones según lo regulado por el Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. Respecto a la acusación directa, la viabilidad de la formalización de la investigación preparatoria, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales y la oportunidad de la constitución de las partes procesales. En cuanto al proceso inmediato, si siempre se requiere previamente formalización de la Investigación Preparatoria, audiencia para resolver tal proceso especial, con quiénes, el requerimiento de las medidas de coerción personales y reales, la oportunidad para la constitución de las partes procesales y el momento de aportar los medios probatorios y controlar los ofrecidos en dicho proceso.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como ponente señor Neyra Flores.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

- 6º. La acusación directa forma parte del proceso común y es un mecanismo de aceleración del proceso que busca evitar trámites innecesarios. Se encuentra regulada en el artículo 336º.4 NCPP y faculta al Fiscal formular directamente acusación, si concluidas las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Esta facultad procesal se funda en la necesidad de generar respuestas rápidas al conflicto penal, la economía procesal y la eficiencia del nuevo proceso penal.
- 7º. El proceso inmediato es un proceso penal especial y además una forma de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación. Su regulación, en sus aspectos esenciales, se encuentra desarrollada en el Libro V, Sección I, artículos 446º/448º NCPP correspondiente a los procesos especiales. Por tanto, siguiendo la línea fijada en el Acuerdo

Plenario N° 05-2009/CJ-116, la regla hermenéutica que es del caso utilizar será aquella que establece la aplicación supletoria del proceso común u ordinario siempre que exista un vacío normativo, en tanto en cuanto la norma objeto de integración jurídica no vulnere los principios que sustentan el proceso inmediato o las disposiciones y su estructura procesal [Acuerdo Plenario 05-2009 CJ-116 de la Corte Suprema de la República, del 13 de noviembre de 2009, Fundamento Jurídico 6].

§ 2. Alcances de la acusación directa conforme al artículo 336º.4 NCPP y diferencias con el proceso inmediato regulado en el artículo 446º y ss NCPP

- 8º. La acusación directa como parte del proceso común faculta al Ministerio Público acusar directamente, siempre que estén presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad y se cumplan los supuestos de aplicación contemplados en el artículo 336º.4 NCPP. En el presente caso, el Fiscal decide pasar directamente a la etapa intermedia prescindiendo de la etapa de investigación formal. La acusación directa formulada por el Ministerio Público deberá cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 349º NCPP, y previo traslado del requerimiento a las partes el Juez de la Investigación Preparatoria ejercerá el correspondiente control de acusación pudiendo desestimar el pedido Fiscal cuando concurra alguna de las causales de sobreseimiento, previstas en el artículo 348º NCPP.
- 9º. El proceso inmediato es un proceso especial distinto del proceso común. Sus supuestos de aplicación se encuentran suficientemente desarrollados en el artículo 446º NCPP. El Fiscal podrá solicitar la aplicación del proceso inmediato al Juez de la Investigación Preparatoria. El requerimiento de proceso inmediato se presentará luego de culminadas las diligencias preliminares, o en su defecto, hasta antes de transcurrido 30 días de la formalización de la investigación preparatoria. La solicitud del Fiscal está sujeta a la decisión jurisdiccional, pues la exigencia de su aplicación está condicionada a los presupuestos contemplados por el artículo 446º. 1 NCPP. Asimismo, el requerimiento de incoación de proceso inmediato deberá ser notificado a las demás partes procesales, quienes podrán pronunciarse sobre su procedencia.

En el caso que el Juez admita el requerimiento emitirá un auto que dispone la procedencia de este proceso especial, luego de lo cual el Fiscal formulará acusación y lo remitirá al Juez competente para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

Al ser el proceso inmediato distinto al proceso común y no haber etapa intermedia, será el Juez del Juicio Oral quien controle la acusación y evaluará la admisión de los medios probatorios que podrán presentar los demás sujetos procesales de constitución en parte procesal, así como otros requerimientos.

En el caso que no concurren los supuestos taxativos de aplicación del proceso inmediato, el Juez de la Investigación Preparatoria podrá desestimar la solicitud del Fiscal. La decisión que desestima el pedido podrá ser apelada.

§ 3. *La acusación directa y la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria*

10º. La Disposición de formalización de la investigación preparatoria es la comunicación formal que el Fiscal dirige al imputado para efectos de hacer de su conocimiento la imputación clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, la correspondiente calificación jurídica específica y, por ende, que se va realizar una investigación formalizada en su contra, posibilitándole, a través de su abogado defensor, aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes. Asimismo, este acto fiscal fija las diligencias que se actuarán en la etapa de investigación preparatoria propiamente dicha. Es decir, que si el Ministerio Público considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen la suficiencia fáctica y probatoria del hecho y la vinculación del imputado al mismo, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria estableciendo las diligencias que de inmediato deban actuarse.

11º. En el caso de que el Fiscal ha decidido no continuar con las diligencias de investigación y acusar directamente -como una de sus facultades como director de la investigación- el imputado solo solicitaría la realización de elementos de convicción durante las diligencias preliminares porque no se produciría la etapa de Investigación Preparatoria por ser innecesaria, ni tampoco una formalización de la Investigación Preparatoria en este sentido.

Además, el artículo 336º.4 NCPP estipula que la acusación directa podrá formularse por el Fiscal, si concluida las Diligencias Preliminares o recibido el Informe Policial considera que los elementos obtenidos en la investigación establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión. Acusación directa, cuyos requisitos están previstos en el artículo 349º NCPP, que cuenta con los mismos elementos de la formalización de la Investigación Preparatoria

prevista en el Artículo 336º.1 NCPP, por lo que se garantiza el conocimiento cierto de los cargos y la probabilidad de contradicción.

§ 4. *Funciones del requerimiento acusatorio en la acusación directa*

- 12º.** Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: **(i)** individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; **(ii)** satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; **(iii)** establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; **(iv)** determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y **(v)** ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia.
- 13º.** El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal.

Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350º.1 NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento.

En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100º NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350º NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral.

- 14º.** El Fiscal en el requerimiento de acusación, de conformidad con el artículo 349º.4 NCPP, indicará entre otros aspectos las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

En caso que el Fiscal no solicite una medida coercitiva, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 286º NCPP, la medida que prevé de comparecencia

simple. Excepcionalmente, y solo por razones de urgencia y necesidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso, el Fiscal podrá requerir medida de coerción personal proporcional al peligro procesal en una audiencia autónoma a la de la etapa intermedia de control de la acusación directa, según las reglas correspondientes a tal requerimiento.

§ 5. *El proceso inmediato y la formalización de la investigación preparatoria*

15º. Estando a lo dispuesto por el artículo 447º.1 NCPP, el Fiscal tiene la posibilidad de requerir la incoación del proceso inmediato en dos momentos:

- (i) luego de culminar las diligencias preliminares y
- (ii) antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria. En base al primer supuesto, se estará ante un Proceso Inmediato incoado sin formalización de la Investigación Preparatoria; de ahí que resulta necesario que el requerimiento de incoación de este proceso incorpore los mismos elementos que una disposición de formalización de Investigación Preparatoria y supuestos de aplicación que se producen.

En cambio, en virtud del último supuesto, se tiene que en el Proceso Inmediato, sí existe la obligación de formalizar la Investigación Preparatoria con las implicancias que ello tiene, es decir, que se notifique de esta disposición al imputado a fin que conozca la imputación hecha en su contra y pueda preparar su estrategia de defensa, o de ser el caso interponer los medios de defensa técnicos que considere pertinentes.

§ 6. *El proceso inmediato y la etapa intermedia*

16º. Dentro de la estructura del proceso común, una de las funciones más importantes que debe cumplir la etapa intermedia es controlar los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual se ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no iniciar el juicio oral. Es decir, el Juez de la investigación preparatoria como director de la etapa intermedia realiza un control tanto formal, sustancial y sobre la suficiencia de los elementos de convicción de la acusación.

17º. En el proceso inmediato, al ser uno especial que se particulariza en razón de sus supuestos de aplicación: flagrancia delictiva; confesión del imputado; y que los elementos de convicción acumulados durante

las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes, no existe etapa intermedia.

18º. No obstante ello, la autoridad judicial ha de realizar en este proceso dos controles. Son los siguientes:

- A.** De acuerdo con el artículo 448º.1 NCPP el Juez de Investigación Preparatoria, realiza un primer control antes de dar inicio al proceso inmediato. Es el control al requerimiento del fiscal para la incoación del proceso inmediato.

Este primer control permite al Juez de la Investigación Preparatoria determinar si procede o no dar inicio a un proceso inmediato, para lo cual es preciso que dicha autoridad judicial verifique el cumplimiento de los supuestos de aplicación de este proceso.

Asimismo, en armonía con el artículo 448º.1 NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria corre traslado a las partes de dicho requerimiento por un plazo de tres días y debe decidir, en un plazo igual, si acepta o rechaza el requerimiento fiscal.

Sobre este punto cabe destacar que, en el marco de los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, así como para evitar la indefensión, que inspiran el nuevo Código Procesal Penal, puede ser factible, atento a las circunstancias de la causa, establecer una audiencia para el Proceso Inmediato, que se seguirá conforme a las pautas establecidas de manera genérica por el artículo 8º NCPP. Por tanto, para que el Juez de la Investigación Preparatoria resuelva la procedencia o no de este proceso especial, si fuera el caso -aunque no obligatoriamente-, podrá producirse un debate con la concurrencia del Fiscal, quien argumentará oralmente por qué eligió y considera la aplicación de este proceso especial, así como con la presencia del imputado y su abogado defensor, los cuales podrán contradecir este requerimiento Fiscal y el Juez hará las preguntas aclaratorias expidiendo la resolución motivada que corresponda.

Asimismo, el Fiscal, de ser el caso, solicitará la aplicación de las medidas de coerción que considere pertinentes, de manera simultánea y separada del requerimiento de incoación del proceso inmediato, requerimiento que será discutido en audiencia, siguiendo las consideraciones del Título I, Sección Tres, del citado Código, según corresponda.

- B.** El segundo control a cargo de la autoridad judicial, es el de la acusación fiscal, para ello es preciso referir que en virtud del artículo 349º NCPP tal requerimiento debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al juez de juicio oral, quien dictará el auto de enjuiciamiento en virtud del artículo 448º.2 NCPP.

§ 7. *Momento de aportación de medios probatorios en el Proceso Inmediato*

- 19º.** Uno de los problemas que se suscitan en torno al proceso inmediato es que al no contar con fase intermedia, no se tiene un momento específico en el que el imputado y las demás partes realicen la aportación de medios probatorios, por lo que el acusado ingresaría en desventaja al juicio. Asimismo, que no hay oportunidad para que las partes procesales puedan constituirse como tales.
- 20º.** En un proceso común, en el que sí se lleva a cabo la etapa intermedia -donde las partes tienen la oportunidad de ofrecer cuanto medio de prueba consideren- cabe la posibilidad de permitir que las partes ofrezcan medios de pruebas al inicio del juicio oral, en virtud del artículo 373º NCPP, lo que se condiciona únicamente a determinados supuestos, tales como:
- i.** Que la prueba sea nueva y que haya sido conocida con posterioridad a la audiencia de control.
 - ii.** Que la prueba no haya sido admitida a nivel de la audiencia de control en la etapa intermedia.
- 21º.** De ello se tiene que en el proceso inmediato resulta válida la realización de este acto al inicio del juicio oral bajo la conducción del mismo juez de juzgamiento, quien ha de realizar un control de los medios de prueba ofrecidos para el Juicio Oral como por las demás partes que debe cumplir los principios de legalidad, pertinencia, utilidad y conducencia. Así, la actuación probatoria, eje central del juicio oral, será desarrollada respetando los principios de igualdad, legalidad y contradicción, que integran las garantías del debido proceso y defensa procesal.
- 22º.** Estas consideraciones no afectan el principio de imparcialidad, que garantiza que el juez sea un tercero entre las partes, toda vez que la regla en base a la cual el ofrecimiento y admisión probatoria debe realizarse en la etapa intermedia no puede ser entendida como absoluta y menos aún en el contexto de un proceso especial que, como se tiene expuesto, se rige por pautas propias. Por lo demás, queda garantizado el respectivo

contradictorio a que se someterán las pruebas ofrecidas al poder ser actuadas en el juicio oral.

- 23º. Función que se realiza, siguiendo la misma lógica empleada para la aportación de los medios probatorios, al no existir investigación preparatoria, ni la etapa intermedia, los sujetos procesales tendrán, al inicio del juicio oral, oportunidad para solicitar su constitución en el proceso, y tanto en el rol previsto en el párrafo 21 como en el presente, la mayor garantía de imparcialidad se comprobará con la resolución debidamente motivada que expedirá el juez penal al respecto.

III. DECISIÓN

- 24º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 25º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 8º al 23º.
- 26º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.
- 27º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
BARANDIARÁN DEMPWOLF
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

Acuerdos Plenarios (2011)



7. Acuerdos Plenarios 2011

7.1.

Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA**

ACUERDO PLENARIO N° 1-2011/CJ-116

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

**ASUNTO: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de **“Participación Ciudadana”** a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.
- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora Rocío Villanueva Flores (Viceministra del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social); la señorita Cynthia Silva Ticllacuri del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS); y el señor Ronald Gamarra Herrera.
- 4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Interviniendo también en este Acuerdo el señor Presidente del Poder Judicial. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes las señoras BARRIOS ALVARADO y VILLA BONILLA, con la participación del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Planteamiento de la problemática propuesta*

6º. La propuesta del Foro de **“Participación Ciudadana”** parte de un criterio estadístico de absoluciones (90%) en casos de denuncias por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria. Asimismo, entiende que algunos sectores de la comunidad asumen que esta apreciación probatoria está gobernada por estereotipos de género en los Policías, Fiscales y Jueces. Por último, afirma como ejemplo de este criterio judicial las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad N° 2929-2001/Lima, N° 4063-2008/Apurímac, y N° 3085-2004/Cañete.

7º. A modo de propuesta los juristas participantes en el **“Foro de Participación Ciudadana”** plantearon como criterios la necesidad de incorporar en la apreciación de la prueba de delitos sexuales, los siguientes -que tienen su fuente principal, entre otros, en las Reglas 70º y 71º de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-:

- A. Que el consentimiento de la víctima no podrá derivar: **1.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; **2.** De ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; **3.** Del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; **4.** Ni dependerá de la credibilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo cuando éstas pretendan fundarse en comportamiento anterior o posterior, de naturaleza sexual de la víctima o de un testigo.
- B. Que no se admitirán pruebas de la conducta sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

- C. Que no es causal de absolución la denominada “**declaración única**” y que la declaración de la víctima constituye un elemento imprescindible para castigar conductas sexuales no consentidas.
- D. Que no se puede sobrevalorar la pericia médico legal basada en la pérdida de la virginidad de la víctima y en la acreditación de violencia física.

§ 2. *Precisiones en torno al enfoque sugerido*

- 8º. En cuanto a los **delitos sexuales**, como categoría especial y a partir de sus propias particularidades, es de rechazar para evaluarlos en sede judicial cualquier prejuicio o estereotipo con base en el género que suponga un atentado contra la dignidad de la víctima femenina. Este criterio judicial exige, desde una perspectiva objetiva, que se lleve a cabo una adecuada apreciación y selección de la prueba a fin de neutralizar la posibilidad de que se produzca algún defecto que lesione la dignidad humana y sea fuente de impunidad¹.
- 9º. Las “**perspectivas de género**” -*per se*- si bien no constituyen un único criterio de intervención y regulación del Derecho Penal y Procesal Penal, en los delitos sexuales adquieren una particular relevancia, en atención a la preocupación y conmoción que el fenómeno de la violencia sexual -que incide mayormente en mujeres, adolescentes y niños- presenta como incontenible medio trasgresor de bienes jurídicos relevantes, de amplia presencia en los casos judiciales -que, por lo demás, registra una elevada cifra negra-, y que requiere evitar su impunidad y las perturbaciones que se originan en la configuración de protocolos, manuales, criterios de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia. Al respecto, es vital asumir lo expuesto por la sentencia Gonzales (Campo Algodonero) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 16 de noviembre de 2009 (pár. 502).
- 10º. Ahora bien, como apunta SUSANA GAMBA, la perspectiva de género, desde un marco teórico, con especial incidencia en la investigación, implica:

1 La Comisión Interamericana en su Informe Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas señala: “(l)a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales”.

- A. Reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones [adultos] como grupo social, y discriminatorias para las mujeres [es de incluir niños y niñas].
- B. Que dichas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas.
- C. Que las mismas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual, etcétera [GAMBA, Susana: *¿Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?* Artículo publicado en el “Diccionario de estudios de Género y Feminismo”. Editorial Biblos 2008. <http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1395>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

La violencia de género, enraizada en pautas culturales, en razón a un patrón androcéntrico, común a las diferentes culturas y sociedades, abarca como postula Naciones Unidas: **a)** la violencia (física, sexual y psicológica) producida en la familia, incluyéndose aquí no sólo los malos tratos sino también la violencia relacionada con la dote, la mutilación genital femenina o la violencia relacionada con la explotación; **b)** la violencia (física, sexual y psicológica) perpetrada dentro de la comunidad en general, incluyéndose aquí las agresiones sexuales, el acoso o la intimidación sexual en el ámbito laboral, la trata de mujeres y la prostitución forzada; y, **c)** la violencia (física, sexual o psicológica) tolerada por el Estado -la más grave y la más difícil de solucionar- [OLGA FUENTES SORIANO: *El ordenamiento jurídico español ante la violencia de género*. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5651/1/ALT_10_09.pdf]. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

§ 3. Aspectos generales sobre los delitos contra la libertad sexual

- 11º. En el Capítulo IX, del Título IV, del Código Penal se regulan las conductas sexuales prohibidas de violación, seducción y actos contrarios al pudor. Este Acuerdo Plenario pondrá especial énfasis al delito de violación sexual, y dada la naturaleza preferentemente procesal del mismo, incidirá en la vinculación de los elementos del tipo legal y las exigencias probatorias correspondientes.
- 12º. La norma sustantiva distingue los tipos penales de violación sexual con distinta gravedad en sus consecuencias y tratamiento, en función a si se protege la libertad sexual - reservada para personas mayores de edad que al momento de la ejecución de la conducta típica posea sus capacidades

psíquicas en óptimas condiciones, fuera de un estado de inconsciencia y en posibilidad de resistir la agresión sexual- o la indemnidad sexual- contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad-

13º. La conducta básica sanciona a aquél que *“con violencia o grave amenaza obliga a una persona a tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”*. Para DONNA *“... para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, no interesando si esta introducción es completa o sólo a medias, bastan con que ella haya existido real y efectivamente”* [EDGARDO ALBERTO DONNA: *Derecho Penal - Parte Especial I*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000, p. 386]. La consumación se produce con la penetración, total o parcial, del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal sin que sea necesario ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

450

14º. Se tipifican también diferenciadamente como violación sexual, cuando la víctima se encuentre en estado alcohólico, drogado o inconsciente (artículo 171º CP), esté incapacitada mentalmente para acceder a participar en lo que legalmente se define como un acto sexual (artículo 172º del CP), o sea menor de edad (artículo 173º CP). Estas circunstancias tornan irrelevantes los medios típicos antes descritos, esto es, violencia o amenaza. Por vía jurisprudencial y a través de una interpretación integral del ordenamiento jurídico, se estimó que el consentimiento de la víctima mayor de catorce años de edad y menor de dieciocho, opera como una causa de justificación de la conducta.

15º. El bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados contra personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual, *“...entendida en sentido positivo-dinámico y en sentido negativo-pasivo; el primero se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir”* [DINO CARLOS CARO CORIA: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima. 2000. pp. 68-70].

Por lo demás, como se sostiene en la sentencia Fernández Ortega y otros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de agosto de 2010, siguiendo la sentencia Jean Paul Akeyasu de la Tribunal Penal Internacional para Ruanda del 2 de septiembre de 1998, la violación sexual persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre (párr. 127).

16º. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.

§ 4. Identificación de los problemas objeto de análisis jurisprudencial

17º. Los tópicos que en el presente Acuerdo merecen ser abordados son:

- A.** Determinar si en materia del delito de violación sexual previsto en el artículo 170º del Código Penal, constituye una dilucidación probatoria exclusiva y excluyente al objeto procesal la vinculada a la resistencia o no de la víctima -alrededor del acto sexual que fue doblegada por el agente-.
- B.** Establecer si en materia de prueba personal, los supuestos de retractación y no persistencia en las declaraciones ofrecidas por las víctimas de violación sexual debe necesariamente conllevar a un menoscabo de la confiabilidad de la sindicación primigenia; y
- C.** Precisar algunos alcances en el ámbito de la corroboración objetiva: prohibiciones y autorizaciones.
- D.** Evitación de una victimización secundaria.

§ 5. Desarrollo del primer tema: irrelevancia de la resistencia de la víctima de agresión sexual

18º. Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la libre autodeterminación en el ámbito sexual, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido. De

ahí que según lo puntualizan autores como SALINAS SICCHA *“...para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual (...). La ausencia de consentimiento, la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en elemento trascendente del tipo penal (...). En consecuencia, así no se verifique actos de resistencia de parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente”* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Los Delitos de Carácter Sexual en el Código Penal Peruano*, 2da Edición, Jurista Editores EIRL, 2008, p. 41 y ss.]. Esta falta de exigencia de resistencia de la víctima como un presupuesto material indispensable para la configuración del delito de violación sexual, encuentra explicación racional doble: de un lado, porque el tipo penal comprende la amenaza como medio comisivo del delito; y, de otro, por la presencia de las circunstancias contextuales concretas que pueden hacer inútil una resistencia de la víctima.

- 19º.** Respecto a la primera -la amenaza- *“...puede darse el caso que la víctima para evitar males mayores desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido...”*. Esto es, *“...coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá”* [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibidem*, p. 42]. Así también, CARO CORIA ha significado que *“...para la tipicidad del art. 170º del Código Penal es suficiente una amenaza o vis compulsiva que someta la voluntad de la víctima, en cuyo caso ni siquiera es de exigirse algún grado de resistencia”* [DINO CARLOS CARO CORIA, *Ibidem*, p. 101].

En cuanto a la segunda -circunstancia contextual-, *“...el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia”*.

- 20º.** Lo señalado encuentra correspondencia con lo previsto en el ordenamiento jurídico sobre los factores invalidantes de una expresión de voluntad. Así, el artículo 215º del Código Civil precisa que *“hay intimidación cuando se inspira al (sujeto afectado) el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos y otros”*. El artículo 216º del citado Código agrega que *“para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad”*.

21º. El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.

El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material *sine qua non* para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física.

§ 6. Desarrollo del segundo tema: Declaración de la víctima

22º. La Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación a dos tópicos vinculados al que es materia del presente Acuerdo (supuestos de retractación y no persistencia):

- i)** Respecto a la validez de la declaración de los testigos hecha en la etapa de instrucción -y en la etapa policial sujeta a las exigencias legales pertinentes- a pesar de que éstos se retracten en la etapa del juzgamiento (ver Ejecutoria Vinculante emitida en el R.N. Nº 3044-2004); y
- ii)** Referente a los criterios de valoración que deben observarse en los supuestos de las declaraciones de agraviados (testigos víctimas). -véase Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116-.

23º. Se ha establecido anteriormente *-con carácter de precedente vinculante-* que al interior del proceso penal frente a dos o más declaraciones carentes

de uniformidad o persistencia -en cuanto a los hechos incriminados- por parte de un mismo sujeto procesal: co-imputado, testigo víctima, testigo, es posible hacer prevalecer como confiable aquella con contenido de inculpación por sobre las otras de carácter exculpante. Dicho criterio encuentra particular y especial racionalidad precisamente en este ámbito de delitos sexuales en los que es común la existencia de una relación parental, de subordinación o de poder entre agente y víctima.

- 24^o. La retracción como obstáculo al **juicio de credibilidad** se supera en la medida en que se trate de una víctima de un delito sexual cometido en el entorno familiar o entorno social próximo. En tanto en cuanto se verifique **(i)** la ausencia de incredibilidad subjetiva -que no existan razones de peso para pensar que prestó su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia, lo que obliga a atender a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental-, y **(ii)** se presenten datos objetivos que permitan una mínima **corroboración periférica** con datos de otra procedencia -la pluralidad de datos probatorios es una exigencia de una correcta y segura valoración probatoria, sin perjuicio de que la versión de la víctima **(iii)** no sea fantasiosa o increíble y que **(iv)** sea coherente- [MERCEDES FERNÁNDEZ LÓPEZ: *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*. En: <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>. Consultado el 6 de noviembre de 2011].

A los efectos del requisito de **(v)** uniformidad y firmeza del testimonio inculpatorio, en los delitos* sexuales ha de flexibilizarse razonablemente. Ha de tenerse en cuenta que la excesiva extensión temporal de las investigaciones genera espacios evolutivos de sentimientos e ideas tras la denuncia, pues a la rabia y el desprecio que motivó la confesión de la víctima se contraponen sentimientos de culpa por denunciar a un familiar, o a una persona estimada. La experiencia dicta que no es infrecuente reproches contra la víctima por no cumplir con el mandato de mantener unido al grupo familiar, así como vivencias, en algunos casos, de las dificultades por las que atraviesa la madre para sostener económicamente a los miembros de la familia. Todo ello genera una sensación de remordimiento de la víctima por tales consecuencias, a lo que se suma, en otros casos, la presión ejercida sobre ésta por la familia y por el abusador, todo lo cual explica una retractación y, por tanto, una ausencia de uniformidad.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "delios"; debiendo decir: "delitos".

25º. Por tanto, en esta línea la persecución de los delitos sexuales escapa de la esfera privada. La voluntad familiar no puede impedir o limitar la intervención penal, pues las consecuencias de estos delitos trascienden dicho ámbito y su tratamiento es de autonomía pública. Lo propio ocurre si el agente es también cercano a la víctima por motivos de confianza -vecino-, o haber tenido una relación de autoridad -padraastro, profesor, instructor, etcétera-; o también por móvil de temor a represalias en caso de residencia próxima del agente respecto de la víctima.

26º. La validez de la retractación de la víctima está en función de las resultas tanto de una evaluación de carácter interna como externa. En cuanto a la primera, se trata de indagar:

- a) la solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea -en los términos expuestos- que exista;
- b) la coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y,
- c) la razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado -*venganza u odio*- y la acción de denunciar falsamente.

Respecto de la perspectiva externa, se ha de examinar:

- d) los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o de su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y,
- e) la intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar. A estos efectos, el propio relato de la víctima se erige en la herramienta más sólida para advertir estos indicadores, al igual que la información que puedan proporcionar sus familiares cercanos.

27º. Cabe puntualizar, conforme lo establecido en el literal d) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo. El juicio de atendibilidad o credibilidad, por tanto, no puede sustentarse únicamente en la conducta de la víctima. Con razón ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, en su Sentencia T-453/05, del dos de mayo de 2005: “...de la experiencia

sexual anterior de la víctima no es posible inferir el consentimiento a un acto sexual distinto y ajeno a los contextos y a las relaciones que en ella pudiere haber consentido a tener contacto sexual con personas diferentes al acusado”.

Por otro lado, en reglas que se explican por sí solas, cuya legitimidad fluye de lo anteriormente expuesto, es del caso insistir en la aplicación de los literales a) al c) de la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional. Son las siguientes:

- A. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre.
- B. El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.
- C. El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual.

§ 7. La prueba en el Derecho Penal Sexual

- 28º.** El Juez es soberano en la apreciación de la prueba. Ésta, empero, no puede llevarse a cabo sin limitación ni control alguno. Sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, y jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles-, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia -determinadas desde parámetros objetivos- y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica, razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158º.1 y 393º.2 NCPP).
- 29º.** La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia de la prueba -de expresa relevancia convencional-, así como los principios de necesidad -que rechaza la prueba sobreabundante o redundante-, conducencia o idoneidad, y utilidad o relevancia. El primero exige la vinculación lógico-jurídica entre el objeto de prueba y el medio de prueba. Tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales, donde es en función de las particularidades situacionales del hecho sexual que se distingue, escoge y prefiere entre los distintos

medios de prueba que se tienen al alcance para determinar, confirmar o rechazar la tesis inculpatoria objeto de prueba.

30º. La recolección de los medios de prueba en el caso de delitos sexuales no constituye una selección acostumbrada, uniforme y cotidiana aplicada por igual a todos los casos de agresión sexual, menos aún su valoración. Atento al principio de pertinencia, el medio de prueba debe guardar estrecha relación con la materia que se quiere dilucidar, distinguiéndose:

- a) por el grado de ejecución: la de un hecho tentado o consumado;
- b) por el objeto empleado para la penetración: miembro viril o un objeto análogo;
- c) la zona corporal ultrajada: vaginal, anal o bucal;
- d) por la intensidad de la conducta: penetración total o parcial;
- e) por el medio coaccionante empleado: violencia física, violencia moral o grave amenaza;
- f) por las condiciones personales de la víctima: mayor de edad, menor de edad, aquella que no pudo consentir jurídicamente, el incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental.

31º. El Juez atenderá, en concreto, las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración de la víctima o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual (unida a su necesidad -aptitud para configurar el resultado del proceso- y a su idoneidad -que la ley permite probar con el medio de prueba el hecho por probar-). A manera de ejemplo, si para el acceso carnal medió únicamente grave amenaza -en cuyo caso ni siquiera requiere algún grado de resistencia- no es exigible que el examen médico arroje lesiones paragenitales que evidencien resistencia física por parte de la víctima. Se ha de acudir a otros medios de corroboración, tal es el caso de la pericia psicológica, u otras que se adecuen a las peculiaridades del hecho objeto de imputación.

32º. Las variadas combinaciones que la multiplicidad de conductas reguladas puede arrojar y aplicarse en la *praxis* a un supuesto determinado de la realidad exige al Juzgador valerse de los distintos medios de prueba actuados en la causa que por su naturaleza puedan corroborar una

incriminación. Así la problemática que advierte respecto a la indebida valoración de la pericia médico legal que no consigna lesiones paragenitales y/o himeneales, se despeja sin más a través de una atenta aplicación del principio de idoneidad de la prueba penal en relación a las circunstancias y medios empleados por el agresor para conseguir el quiebre de la voluntad de la víctima. Si los medios delictivos consisten en la amenaza, la penetración vaginal fue incompleta, o la agresión sexual radicó en la práctica genitálica-bucal, resulta absurdo admitir a trámite la referida prueba técnica, actuarla y, menos, valorarla. Será la declaración de la víctima la que, finalmente oriente la dirección de la prueba corroborativa. De este modo, se desmitifica la prueba médico forense como una prueba de actuación obligatoria ante la sola mención del tipo legal imputado.

- 33º.** Lo expuesto no importa disminuir el alcance probatorio de la pericia médico-legal, sino identificar el contexto en la que sus conclusiones adquieren real vinculación y potencialidad con la acción delictiva objeto de imputación. Dicha prueba pericial será trascendente cuando se atribuya -usualmente por parte de la propia víctima- el empleo de agresión física, penetración violenta o sangrado producto de los hechos, las que de no evidenciarse, pese a la inmediatez de la actuación de la pericia, será relevante para debilitar el alcance de la declaración de la víctima o considerar la ausencia de corroboración.
- 34º.** El principio de pertinencia y el derecho constitucional de la víctima a que se proteja su derecho a la intimidad transforman las pruebas solicitadas para indagar respecto a su comportamiento sexual o social, anterior o posterior al evento criminal acaecido, en pruebas constitucionalmente inadmisibles, cuando impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima. Éste sería el caso cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima, previo o posterior a los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento -esta es la base de la regla 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional-. Por el contrario, ningún reparo se advierte en los actos de demostración y de verificación de las circunstancias en que se realizó la agresión sexual imputada.
- 35º.** La regla expuesta, en clave de ponderación, está limitada por la garantía genérica de defensa procesal y en el principio de contradicción. Frente a un conflicto entre ambos derechos fundamentales y garantías constitucionales, para proceder a la indagación íntima de la víctima, en principio prohibida (Regla 71 ya citada), deberá identificarse una vinculación lógica entre la prueba indagatoria restrictiva de la vida íntima y la tesis defensiva correspondiente, por lo que dicho examen

sólo cabría si **(i)** tal indagación está dirigida a demostrar que el autor del ilícito es otra persona y no el procesado; **(ii)** o si como, consecuencia de impedir esa indagación, se vulnera gravemente la garantía de defensa del imputado. Por ejemplo, cuando éste trate de acreditar anteriores o posteriores contactos sexuales con la víctima que acrediten de ese modo el consentimiento del acto.

A estos efectos, deberá superarse, además, el *test de proporcionalidad* que finalmente justifique la idoneidad de la prueba indagatoria al objeto de la prueba en prevalencia del derecho de defensa del imputado. Este test exige, en primer lugar, analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; y, en tercer lugar, estudiar la relación entre el medio y el fin aplicando un juicio de necesidad. Luego, de ser razonable a la luz de estos pasos, se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado [Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-453/05, del dos de mayo de 2005].

36º. Estas previsiones jurisprudenciales persiguen evitar innecesarios cuestionamientos de la idoneidad moral de la víctima, los cuales legitimarían una gama de prejuicios de género, orientados a rechazar la imputación penal con base a su comportamiento sexual. Tales cuestionamientos son innecesarios y conllevan una irrazonable intromisión en la vida íntima de la víctima sin que aporte ningún elemento probatorio de lo sucedido en la relación entre víctima y acusado.

§ 8. *Evitación de la Estigmatización secundaria*²

37º. El Estado ha de mostrar una función tuitiva respecto a la víctima que denuncia una agresión sexual, como criterio de justicia y por fines de eficacia probatoria. La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima por parte del sistema penal, e instituciones de salud, policía, entre otros. La revictimización también incluye la mala intervención psicológica terapéutica o médica que brindan profesionales mal entrenados para atender situaciones que revisten características particulares. La víctima de una agresión sexual sufre por el propio hecho en sí; y por la dolorosa experiencia de repetir el suceso

² La victimización primaria se produce como consecuencia directa del crimen (en este caso, sexual). La victimización secundaria esta constituida por los sufrimientos de las víctimas que con motivo de la investigación del caso y corroboración de las afirmaciones infieren las instituciones, criminólogos, funcionarios de instituciones penitenciarias, entre otros. La victimización terciaria es aquella que infringe la sociedad.

vivido a los profesionales de las diferentes instituciones sucesivamente: familia, pediatra, trabajadora social, médico forense, policía, psicólogo, juez, abogado del acusado. En efecto, el trauma de la víctima del abuso sexual se prolonga cuando debe enfrentarse a los interrogatorios que contempla el sistema de justicia.

38º. A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas:

- a) Reserva de las actuaciones judiciales;
- b) Preservación de la identidad de la víctima;
- c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima. Esta regla es obligatoria en el caso de menores de edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración.

460

En lo posible tal técnica de investigación deberá estar precedida de las condiciones que regula la prueba anticipada del artículo 242º.1.a) del Código Procesal Penal 2004 y siguientes. La irrepetibilidad o indisponibilidad en su actuación radica en el retraso de la misma hasta el juicio oral, dada la corta edad de los testigos y las inevitables modificaciones de su estado psicológico, así como un eventual proceso de represión psicológica. Su registro por medio audiovisual es obligatorio. De modo tal que, si a ello se agrega la nota de urgencia -que autoriza a las autoridades penales distintas del Juez del Juicio para su actuación (artículos 171º.3 y 337º.3.a NCPP)- de no existir cuestionamientos relevantes a la práctica probatoria, sea posible su incorporación al juicio a través de su visualización y debate. Excepcionalmente, el Juez Penal, en la medida que así lo decida podrá disponer la realización de un examen a la víctima en juicio cuando estime que tal declaración o exploración pre procesal de la víctima:

- a) no se ha llevado conforme a las exigencias formales mínimas que garanticen su derecho de defensa;
- b) resulte incompleta o deficiente;
- c) lo solicite la propia víctima o cuando ésta se haya retractado por escrito;

- d) ante lo expuesto por el imputado y/o la declaración de otros testigos sea de rigor convocar a la víctima para que incorpore nueva información o aclare sectores oscuros o ambiguos de su versión;
- e) evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera.

III. DECISIÓN

39º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 40º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 21º al 38º.
- 41º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.
- 42º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA****ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116**

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN
EN DELITOS FUNCIONARIALES

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "**Participación Ciudadana**"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señorita Ana Cecilia Hurtado Huaila del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y los señores Percy García Cavero y Raúl Pariona Arana.
- 4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor LECAROS CORNEJO, con la participación de la señora BARRIOS ALVARADO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Determinación del problema*

- 6º. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó que la prescripción es el límite temporal que tiene el Estado para ejercer su poder penal por un delito incriminado, y se explicó de manera extensa la aplicación del último párrafo del artículo 80º del Código Penal: la dúplica de la prescripción en el caso de “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”, contenida en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal.
- 7º. No obstante, la participación de los *extraneus* en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el *extraneus*.

La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intrañei*) o, en su caso, del partícipe: inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación.

En este contexto, bien podría suceder que los primeros -autores- no alcancen la prescripción, pero sí los segundos -partícipes-.

- 8º. El análisis de esta situación será fijado sobre el concepto del delito contra la Administración Pública, para luego de manera general indicar los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en torno a la intervención del *extraneus* en esta clase de delitos, y, finalmente, sobre la base de esos elementos conceptuales, abordar la solución del problema propuesto.

§ 2. *Análisis dogmático*

- 9º. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia

se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados **delitos de dominio**-.

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -**de infracción de deber**- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, 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 este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

- 10º.** Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.
- 11º.** Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, 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 de 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.

- 12º. 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 26º CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: *“Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”*. 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.

- 13º. Con base a las explicaciones anotadas y las normas generales sobre accesoriedad de la participación, es preciso determinar si las reglas de la dúplica de los plazos de prescripción previstas en el artículo 80º CP, y aplicables a los “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos” que afectan el patrimonio del Estado, también alcanzan a los sujetos *-extraneus-* que no ostentan el deber especial.
- 14º. En el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, se afirmó lo siguiente: *“la dúplica de la prescripción obedece a una mayor valoración por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa [...] el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por estos sujetos. Esto implica un mayor desvalor de la acción [...] y resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas”*.

- 15º.** Ahora bien, el Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80º CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste.
- 16º.** De la lectura de estas dos proposiciones es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que éstos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. Ello implica deberes de protección, ausencia de defraudación de la confianza pública depositada y compromiso real con el ente estatal por la situación de mayor riesgo para el bien jurídico que tienen los funcionarios y servidores públicos por el poder que ostentan.

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Es ese contexto, el marco concretado para el autor de un delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraneus*.

- 17º.** Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. Esta posición, asimismo, guarda absoluta coherencia con la regulación prescrita en el artículo 88º CP que estatuye “*La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible*”.
- 18º.** En suma, los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente sólo corresponde al autor.

19º. Se estima que lo precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación, como ya se explicó-, en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor.

En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal.

III. DECISIÓN

20º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

468

ACORDARON:

21º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos **16º** al **19º**.

22º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

23º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

**VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO**

**NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 3-2011/CJ-116

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL
Y TRATA DE PERSONAS:
DIFERENCIAS TÍPICAS Y PENALIDAD

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "**Participación Ciudadana**"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “**Participación Ciudadana**” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Aldo Martín Figueroa Navarro (Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Lima); el señor Dino Carlos Caro Coria del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); y el señor Claudio Bonatto de la institución Capital Humano y Social Alternativo.

4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA, con la participación del señor CALDERÓN CASTILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Antecedentes*

- 6º. El texto original del artículo 182º del Código Penal -en adelante, CP- tipificó el delito de trata de personas en el Capítulo IX “Proxenetismo”, del Título IV “Delitos contra la Libertad”, del Libro Segundo “Parte Especial”. Posteriormente, la ratificación y aprobación por el Estado peruano de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de sus dos Protocolos Adicionales, entre ellos el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños” (Decreto Supremo Nº 088-2001-RE y Resolución Legislativa Nº 27257), motivó la ampliación del tipo penal del artículo 182º CP a través de la Ley Nº 28251, publicada el 8 de junio de 2004. Luego, por Ley Nº 28950, del 16 de enero de 2007, se derogó dicho dispositivo legal, reubicándose el delito de trata de personas en los artículos 153º y 153º-A CP del Capítulo I “Violación de la Libertad Personal”, del aludido Título IV [Cfr: CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO: *La Trata de Personas en el Perú*, Lima, 2011, pp. 15-22]. La nueva morfología sistemática de dicho delito incluyó en tales numerales un tipo penal de trata de personas y un catálogo de circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.
- 7º. La actual regulación del delito de trata de personas y las modificaciones sucesivas que han sufrido los delitos de connotación sexual, específicamente los de proxenetismo (artículos 179º y ss. CP), han generado problemas hermenéuticos con consecuencias prácticas negativas. Por ejemplo, la confusión típica del hecho imputado como favorecimiento a la prostitución o proxenetismo (artículos 179º y 181º CP) en casos donde técnicamente se configura un supuesto evidente de trata de personas o viceversa; o su calificación paralela en ambas figuras delictivas. Lo cual, suscita notorias distorsiones en la determinación judicial de la pena a imponer, afectando la adecuada evaluación del injusto conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad que demanda la ley.

Por tanto, resulta oportuno y necesario plantear criterios vinculantes que posibiliten una identificación adecuada de los delitos imputados, así como dilucidar si se configuran en el caso *sub judice* supuestos de concurso de delitos (ideal o real), o un concurso aparente de leyes.

§ 2. *Los tipos penales y sus características*

A. **La trata de personas (artículo 153º CP)**

8º. El supuesto de hecho en este delito involucra cuatro conductas típicas. La promoción que implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca el favorecimiento, que incluye cualquier conducta que permite la expansión o extensión; la financiación, que se expresa en la subvención o contribución económica; y la facilitación que involucra todo acto de cooperación, ayuda o contribución. Estas conductas se vinculan y manifiestan en la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de personas en el territorio nacional o para su salida o ingreso al país, para lo cual se emplean medios violentos o fraudulentos. En el plano subjetivo el agente actúa dolosamente y orientado por fines ilícitos que constituyen la esencia de la trata, como son el ejercicio de la prostitución, explotación laboral, esclavitud o extracción y tráfico de órganos y tejidos humanos, etcétera [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Grijley, Lima, 2010, p. 487 y ss.].

B. **El delito de favorecimiento a la prostitución (artículo 179º CP)**

9º. El comportamiento típico consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Conforme lo sostiene la doctrina nacional, promover implica iniciar, incitar o ejercer sobre otro una influencia para que realice una determinada acción, en el caso sub examine, la prostitución. En tanto que favorecer, es sinónimo de cooperar, coadyuvar o colaborar para que la práctica del meretricio de la víctima se siga ejerciendo [Cfr. RAÚL A. PEÑA CABRERA: *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual. Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos*, Ediciones Guerrero's, Lima, 2002, p. 164].

C. **El delito de proxenetismo (artículo 181º CP)**

10º. La conducta delictiva consiste en comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarla a otra con el objeto de mantener acceso carnal (vaginal, anal o bucal) a cambio de una compensación pecuniaria. Por comprometer se entiende toda acción dirigida a crear en el sujeto pasivo una obligación con otro, de tal modo que resulte exigible su cumplimiento. Por otro lado, seducir implica engañar o encauzar a alguien hacia la toma de una determinada decisión a través del ofrecimiento de un bien. En tanto que sustraer conlleva el apartar, separar o extraer a una persona del ámbito de seguridad en el que se encuentra. El tipo penal no hace referencia a los medios que pueda emplear el agente para la realización

de dichos comportamientos. Generalmente, se empleará algún medio de coerción como la violencia o intimidación [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 273].

D. La situación de las víctimas menores de edad

- 11^º. Merece especial atención lo concerniente a la pena conminada y a su relación con la edad del sujeto pasivo, que en la *praxis* judicial resulta ser la principal fuente de problemas hermenéuticos y distorsiones prácticas. En efecto, el sujeto pasivo en todos estos delitos puede serlo una persona adulta o un menor de edad. En el supuesto del menor de edad, el contenido del injusto se encuentra diferenciado en virtud al nivel étareo con que cuenta la víctima y es tratado siempre como una agravante específica.

No obstante ello, los estándares de pena conminada para los delitos que se están analizando difieren notablemente. Así, en el caso de los delitos de violación sexual de menor de edad, el quantum punitivo es agravado secuencialmente desde los 25 años de pena privativa de libertad hasta cadena perpetua. En cambio, en la trata de personas, la pena fijada para las circunstancias agravantes específicas basadas en la edad de la víctima oscila desde los 12 hasta los 35 años de privación de libertad. Sin embargo, la sanción es ostensiblemente menor a los casos anteriores cuando se trata de actos de favorecimiento a la prostitución o la explotación sexual de una persona menor de edad, ya que las penas fluctúan para el primer delito entre 5 y 12 años de pena privativa de libertad, mientras que para el segundo supuesto típico se prevé una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

§ 3. *Relaciones sistemáticas, teleológicas y punitivas entre los tipos penales*

- 12^º. La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad

sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero.

- 13º. Es evidente que hay una estrecha relación entre los bienes jurídicos involucrados en los delitos sexuales y de trata de personas con fines sexuales. Sin embargo, ello no impide entender las semejanzas y diferencias entre sus elementos típicos, así como las implicancias que acarrearán para la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito.

Así, la violación sexual, en cualquiera de sus modalidades, constituye un delito común al igual que los delitos de trata de personas con fines sexuales y de favorecimiento o explotación de una persona prostituida. No obstante, en la violación sexual se está ante un **delito de propia mano**, en el que se sanciona al que tiene de modo directo y personal el acceso carnal o acto análogo con la víctima. En tanto que, en la trata de personas, se reprime a quien coloca a la víctima, a través de actos traslativos (posee un tipo penal alternativo y complejo en base a las conductas que promueven, favorecen, financian o facilitan la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima), en una situación de vulnerabilidad para ser explotada sexualmente por otro (se trata de un delito proceso, que implica diversas etapas desde la captación de la víctima hasta su recepción o alojamiento en el lugar de destino y en las cuales se involucran frecuentemente varias personas). Por su parte, en el favorecimiento a la prostitución o proxenetismo se sanciona al que favorece la prostitución de otro, o al que de manera fraudulenta o violenta entrega físicamente a la víctima a otro para el acceso carnal.

§ 4. *Problemas concursales*

- 14º. Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o de un concurso aparente de leyes entre ellos.

En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en los que la conducta típica queda plenamente definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal), que practica el propio sujeto activo con la víctima.

Sin embargo, los delitos de trata de personas y de favorecimiento a la prostitución, como de proxenetismo, generan conflictos de interpretación por su posible convergencia normativa. Por consiguiente, a continuación se harán las precisiones teóricas y prácticas que posibiliten reconocer y facilitar la adecuada operatividad de la calificación judicial de unos y otros.

- 15º.** En primer lugar, es de señalar que no se trata de un supuesto de identidad típica. No se ha tipificado en los artículos 153º, 179º y 181º CP el mismo delito. Se está ante conductas delictivas diferentes.

En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un **delito de tendencia interna trascendente** donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.

- 16º.** En cambio, en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo.
- 17º.** Finalmente, en el delito de proxenetismo el agente directamente interviene en el comercio sexual de la víctima a la cual, previamente, convence o compromete para que se entregue sexualmente por una contraprestación económica a terceros. El agente en este delito oferta y administra la prostitución de la víctima. Desarrolla pues un negocio ilegal en torno a la venta sexual de aquélla.
- 18º.** Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente.

Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio.

19º. En consecuencia, el Juzgador debe analizar con precisión la conducta objetiva y subjetiva del agente, incidiendo predominantemente en la finalidad perseguida, así como en el *modus operandi* y los antecedentes del imputado, para, en base a tales circunstancias o indicadores, calificar adecuadamente la relevancia penal de los imputados en el caso *sub judice*.

§ 4. Concurrencia de circunstancias agravantes específicas

20º. Identificada la autonomía típica, teleológica y dogmática de los delitos de trata de personas, favorecimiento de la prostitución y proxenetismo, así como sus posibilidades concursales, resta señalar que la presencia de circunstancias agravantes específicas similares para cada delito no afecta tal independencia formal y material, ni limita o compromete de alguna manera la determinación judicial de la pena en caso de concurso real.

En efecto, como estipula el artículo 50º CP corresponde al Juez determinar penas concretas parciales por separado y para cada delito integrante del concurso real [Acuerdo Plenario N°4-2009/CJ-116. Asunto: Determinación de la Pena y Concurso Real]. Será en ese único espacio donde el Juzgador deberá identificar las agravantes específicas concurrentes. Las cuales, por lo demás, pueden ser las mismas en cada delito (minoría de edad de la víctima) o sólo alcanzar a los delitos de favorecimiento de la prostitución o proxenetismo, mas no de trata de personas (empleo de medios violentos o abuso de autoridad).

III. DECISIÓN

21º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

22º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **8º** al **20º**.

23º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

24º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 4-2011/CJ-116

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: RELEVANCIA DEL VALOR DEL BIEN MUEBLE
OBJETO DE HURTO PARA LA CONFIGURACIÓN
DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 186º C.P.

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “**Participación Ciudadana**”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario los señores Aníbal Paredes Matheus y Begonia Velásquez Cuentas (Jueces de la Corte Superior de Justicia de Cusco); el señor Shikara Vásquez Shimajuko del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE); el señor Rafael Cancho Alarcón (Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Ayacucho); y el señor Silfredo Hugo Vizcardo (Profesor de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos).

4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a

las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PARIONA PASTRANA, con la participación del señor SANTA MARÍA MORILLO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Problemática actual*

- 6º. Actualmente coexisten en la jurisprudencia y en la doctrina nacionales, posiciones discrepantes en torno a si resulta aplicable el requisito del valor del bien mueble objeto de hurto (equivalente a una remuneración mínima vital, según el artículo 444º del Código Penal -en adelante, CP-) para la configuración de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 186º CP.
- 7º. Dos son las posiciones en discordia. La **primera** se pronuncia a favor de la observancia del valor del bien mueble sustraído para la configuración del tipo penal agravado, sustentando su posición principalmente en los siguientes argumentos:
- A. Se respeta el **principio de legalidad** -principio pilar de nuestro Estado de Derecho-, así como la teoría del tipo, específicamente las funciones del tipo, que cumplen una función garantizadora, ya que el hurto agravado exige la concurrencia de todos los elementos del hurto simple, incluyendo el monto del objeto de acción, por lo que en el supuesto de no concurrir dicha circunstancia se estaría ante un supuesto de falta.
 - B. Como el patrimonio es el principal bien jurídico afectado, se requiere una lesión considerable. En tal virtud, las conductas que no manifiestan un grado de lesividad significativo al bien jurídico tutelado deben ser sustraídas del ámbito de punición, en atención a la opción político criminal seguida por el Código Penal y que está basada en los principios de última *ratio* y mínima intervención.
- 8º. La **segunda posición** defiende la autonomía del hurto agravado frente a la exigencia de que el bien mueble objeto del delito alcance una cuantía

superior a una remuneración mínima vital. Plantea los siguientes argumentos:

- A. El hurto agravado importa una pluriofensividad de bienes jurídicos.
- B. En irrestricto respeto del principio de legalidad -base fundamental del Derecho penal-, el artículo 444^o CP exige taxativamente un monto superior a una remuneración mínima vital tan solo para el supuesto de hecho del artículo 185^o CP (hurto simple), mas no del hurto agravado (artículo 186^o CP), por lo que debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para la configuración del hurto agravado.
- C. Impide se genere impunidad de las conductas ilícitas.

§ 2. *Alcances del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186^o CP*

- 9^o. Las agravantes del delito de hurto agravado se encuentran descritas en el artículo 186^o CP. Ellas requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento “**valor pecuniario**”, pues conservan, en relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal - Parte Especial*, 2da Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 867]. El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida sólo para el hurto simple (artículo 185^o CP) y daños (artículo 205^o CP), conforme lo estipula el artículo 444^o CP; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados.

Con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del *quantum* del valor del bien para su configuración. Así entendida esta infracción penal, respeta el principio de legalidad, previsto en el artículo 2^o, inciso 24), literal d), de la Constitución; principio que comprende los requisitos de *lex praevia* -prohibición de retroactividad de las leyes que agravan la punición o prevean nuevas formas delictuales-, *lex scripta* -se excluye la costumbre como fuente de delitos y penas, e implica al principio de reserva de ley, que significa que el Congreso es el legitimado para normar las conductas ilícitas con sus respectivas sanciones, por ser el representante de la voluntad popular), y *lex stricta* -determinación de la ley penal, esto es, el cumplimiento del principio de taxatividad o mandato de certeza, que implica que los conceptos que utilice el legislador no pueden ser vagos porque atentaría contra la seguridad jurídica [Cfr. MARÍA DEL CARMEN

GARCÍA CANTIZANO: *Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano*. En Revista Institucional, N° 7. Aporte al Derecho Penal Peruano desde la perspectiva Constitucional, Lima, 2006. p. 89].

Cabe entonces rechazar, por este motivo, la primera de las opciones dogmáticas en debate.

10º. Por otro lado, no se puede amparar, en base al principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad. Los inconvenientes prácticos de estimar el criterio cuantificador respecto del objeto material del delito de hurto como parte de las hipótesis del hurto con agravantes son los siguientes:

A. Si la sustracción de bienes en casa habitada, queda en grado de tentativa o de frustración, dicho proceder generaría una sanción leve y no equivalente con la voluntad lesiva del agente.

B. Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor, carecería de connotación como delito.

C. En el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho penal sólo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo se generaría un Derecho penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tienen menores recursos, quienes son mayoría en nuestro país [Cfr. JORGE LUIS SALAS ARENAS y otro: *Las calificaciones en el hurto agravado y su relaciones con el hurto simple entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad (II)*. En: Revista Gaceta de la OCMA. Año V. N° 53-54. Mayo-Junio 2006, pp. 10-11].

11º. Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [Cfr. HAMILTON CASTRO TRIGOSO: *Las faltas en el ordenamiento penal peruano*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía.

Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última *ratio* del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es éste el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibídem*, p. 845].

- 12º. Con acierto QUINTERO OLIVARES, sostiene que en los hurtos cualificados se ha ido imponiendo el criterio de abandonar la determinación de la pena en éste y otros delitos a través del sistema de saltos de cuantía, y se ha ido abriendo paso la técnica de cualificar el hurto no tanto por el valor económico puro del objeto muchas veces de difícil determinación y de grandes dificultades para ser captado por el dolo, por el más tangible de la naturaleza del objeto de lo sustraído y los efectos cognoscibles de dicha sustracción [Cfr. GONZALO QUINTERO OLIVARES: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2da Edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1999. p. 482].

III. DECISIÓN

- 13º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 14º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 9º al 12º.
- 15º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOP], aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.
- 16º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR PRADO SALDARRIAGA

El señor Juez Supremo que suscribe discrepa del sentido hermenéutico planteado en torno a la función del monto del valor del bien objeto de acción del delito de hurto, en la configuración de las circunstancias agravantes específicas que para tal ilícito penal regula el artículo 186º CP.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. *Sobre las clases de normas penales que contiene la Parte Especial del Código Penal*

1º. En la Parte Especial del Código Penal se detectan tres clases de normas que tienen por función la criminalización primaria de una conducta punible. Por un lado, están los tipos penales destinados a describir los actos criminalizados. Y, por otro lado, se encuentran los catálogos de circunstancias agravantes o atenuantes específicas que pueden concurrir en la realización de determinados delitos. Con ambas clases de disposiciones normativas el legislador cumple de modo formal con las exigencias y consecuencias que impone el principio de legalidad a todo proceso de construcción política de delitos y penas. Esta dualidad normativa se aprecia con nitidez en el caso de delitos convencionales pero sensibles a la seguridad ciudadana como el hurto, que tiene su tipo penal en el artículo 185º CP y su catálogo de circunstancias agravantes específicas en el artículo 186º CP. Normas penales similares coexisten en el caso del delito de robo (artículos 188º y 189º) o del delito de daños (artículos 205º y 206º).

Ahora bien, la técnica legislativa seguida por el legislador peruano no siempre incluye ambas clases de normas en artículo distintos, ya que en algunas ocasiones se les incorpora en párrafos sucesivos de un mismo artículo, como se aprecia en el artículo 152º CP que integra la tipificación del delito de secuestro en su primer párrafo y en el segundo hace el listado de las circunstancias agravantes específicas.

2º. Y también en la Parte Especial, aunque en menor medida, se utilizan tipos penales derivados que son aquellos que adicionan a un tipo penal básico o simple, una circunstancia -elemento típico accidental- que califica o

privilegia la punibilidad concreta del delito. Característica propia de esta modalidad de tipos penales es que deben reproducir siempre en su redacción la conducta típica prevista por el tipo básico. Ello se observa en el delito de parricidio (artículo 107º CP) y en el delito de homicidio por emoción violenta (artículo 109º CP). En efecto, en estos dos supuestos se incluye expresamente la conducta matar que es la que identifica al homicidio en su tipo básico o simple del artículo 106º CP.

§ 2. **La función del valor del bien objeto de apoderamiento en el hurto y en la configuración de las agravantes específicas del artículo 186º CP**

- 3º. Ha sido tradición en el derecho penal nacional el distinguir la naturaleza jurídica de las infracciones penales consistentes en el apoderamiento de bienes muebles ajenos, mediante destreza y sin empleo de violencia sobre las personas, a partir del valor económico que aquellos poseen (Cfr. Artículo 386º del Código Penal de 1924). Por tal razón, el artículo 444º del Código Penal vigente, señaló expresamente que el hurto falta sería aquél donde el valor del bien mueble apoderado no fuera superior a una remuneración mínima vital. Por consiguiente, se trataría siempre de un hurto delito cuando el valor del objeto de acción de la infracción cometida fuera superior a dicho monto. En consecuencia, pues, de modo implícito tal magnitud económica constituye también un elemento típico para la configuración del delito previsto en el artículo 185º, aunque en dicha norma la redacción empleada no lo exija expresamente. Es más, los autores nacionales aluden a ella en sus comentarios dogmáticos sobre la tipicidad objetiva de tal delito [Cfr. LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 294]. Por tanto, no hay ni puede haber un delito de hurto si el valor del bien apoderado no es superior a una remuneración mínima vital. Conclusión similar es aplicable para el delito de daños previsto en el artículo 205º CP, y al cual también se vincula con igual valor económico referencial en el artículo 444º CP.
- 4º. Ahora bien, es evidente que el artículo 186º CP por la forma como está construido no es un tipo penal derivado sino un catálogo de circunstancias agravantes. Por tanto, no puede operar autónomamente como en el caso del parricidio o del homicidio por emoción violenta, sino que está dogmática y sistemáticamente subordinado a la existencia de un delito de hurto. No existe, pues, un delito de hurto agravado sino un delito de hurto con agravantes.

El delito de hurto con agravantes consistirá siempre en el apoderamiento mediante destreza de un bien mueble ajeno cuyo valor sea superior a una remuneración mínima vital, pero que tiene que ser cometido con la concurrencia de cualquiera de las circunstancias agravantes específicas que se detallan en el artículo 186º CP. Lo cual, por lo demás, es expresamente requerido por el párrafo inicial de dicha disposición en los términos siguientes: “*El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años **si el hurto es cometido**”.* Esta clara distinción legal es aún más notoria en el caso del delito de daños, ya que el propio artículo 206º CP textualmente reconoce que es una norma catálogo de circunstancias agravantes específicas al señalar: “*La pena para el delito previsto en el artículo 205º será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando...*”

- 5º. Por consiguiente, el tratar de dar autonomía operativa al artículo 186º CP, prescindiendo del monto superior a una remuneración mínima vital, sólo en base razonamientos de política criminal como los expuestos en algunas ponencias sustentadas en la audiencia pública (mayor ofensividad de la conducta o mayor peligrosidad en el agente o desigualdad en la tutela de las víctimas potenciales), son buenos argumentos para una valoración de *lege ferenda* pero exceden los límites de todo análisis posible de *lege lata*, y al posibilitar efectos de mayor sanción punitiva podrían ser expresión involuntaria de un analogía *in malam partem*.
- 6º. En todo caso, es de plantear mejor una reforma legal del artículo 186º CP, que incluya expresamente un monto referencial superior al previsto para la configuración del hurto falta que reprime el artículo 444º CP; o incluir, en este último dispositivo, un nuevo párrafo que reproduzca las circunstancias agravantes del artículo 186º CP y conminarle una penalidad mayor y apropiada para un **hurto falta con agravantes**.

Por estos fundamentos, **MI VOTO** es porque se considere como doctrina legal los fundamentos jurídicos alternativos previstos en los párrafos precedentes del 1º al 6º.

Sr. PRADO SALDARRIAGA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 5-2011/CJ-116

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL:
 REQUISITOS, OPORTUNIDAD Y FORMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de “**Participación Ciudadana**”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de **“Participación Ciudadana”** a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.
- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, el señor Fernando Iberico Castañeda del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y el señor Gonzalo Del Río Labarthe.
- 4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Interviniendo en este Acuerdo el señor Presidente del Poder Judicial. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones cingulantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se

emitió el presente Acuerdo Plenario. Interviniendo como ponentes el señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial, y el señor NEYRA FLORES.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

- 6º. El **actor civil**, en cuanto parte procesal, presenta una configuración jurídica de suma importancia, en la medida que esta institución ha generado interpretaciones contradictorias que con el tiempo han ido encontrando su cauce mediante las decisiones que han venido profiriendo los Juzgados y Salas, pero que al parecer no gozan de unánime respaldo.

Así las cosas, corresponde a este Supremo Tribunal en aras de garantizar la igualdad en la aplicación judicial del derecho objetivo y la vigencia del valor seguridad jurídica, dictar un Acuerdo Plenario que fije los alcances de los puntos en conflicto.

- 7º. El Código Procesal Penal de 2004 establece que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito; además, estipula que si éste último se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso: artículo 11º, apartado 1), del citado Código adjetivo. En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso.

Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12º, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho -siempre ilícito- no puede ser calificado como infracción penal.

- 8º. El Código Penal -Título VI, Capítulo I, Libro I- regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal -Libro I, Sección II-, por su

parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el *quantum* indemnizatorio -acumulación heterogénea de acciones-, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil [*Derecho Procesal Penal*, 2da Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

- 9º. El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución consagra la garantía de tutela jurisdiccional, que incluye como uno de sus elementos esenciales el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del poder jurídico de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de impartir justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica.

En el proceso penal peruano la titularidad de la promoción de la acción penal -que se concreta en la expedición de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria- corresponde en exclusiva en los delitos públicos a la Fiscalía -que es un derecho/deber del Ministerio Público-, y en los delitos privados al perjudicado por el delito. El ciudadano frente a la comisión de delitos públicos sólo tiene un derecho de petición, debidamente reglado, de acudir al Ministerio Público para dar cuenta de la *notitia criminis*.

- 10º. Como se advierte, 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. En tal sentido GÓMEZ COLOMER expresa que una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia, siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza

patrimonial [*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. El objeto del proceso*. 12ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 110]. En otras palabras, la 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 menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

§ 2. Actor civil. Requisitos para su constitución

11º. Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 181]. Dicho de otro modo, en palabras de SAN MARTÍN CASTRO, se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito [*Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Editorial Grijley, Lima, 2003, p. 259].

12º. El artículo 98º del Código Procesal Penal prevé la constitución del actor civil y sus derechos. Esta figura legal está regulada en la Sección IV “**El Ministerio Público y los demás sujetos procesales**”, Título IV “La Víctima”, Capítulo II “**El Actor Civil**” del Libro Primero “**Disposiciones Generales**”. Prescribe la citada norma que: “*La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito*”.

13º. El citado artículo 98º del Código Procesal Penal establece como premisa inicial que el actor civil es el titular de la acción reparatoria, y luego precisa que esta acción sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado del delito. No debe olvidarse que la naturaleza de la acción reparatoria es fundamentalmente patrimonial y es por ello la denominación del titular de ella: “**actor civil**”.

Éste deberá, en primer término, sustentar en el proceso cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido. Si bien en muchos casos se admite que hay un componente moral en la colaboración del actor civil en el proceso a fin de aportar con elementos que permitan probar la comisión del ilícito, lo cierto es que todas las facultades de éste apuntan formalmente a la acreditación, aseguramiento y pago de una reparación civil.

- 14º.** Ahora bien, para poder constituirse en actor civil (el agraviado que actúa procesalmente para hacer valer su derecho a la reparación civil por el daño causado con el delito) deben reunirse los requisitos puntualizados en el artículo 100º del Código Procesal Penal. En efecto, ocurre que el citado cuerpo de leyes ha establecido lo siguiente:
- 1.** La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.
 - 2.** Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:
 - a)** Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal;
 - b)** La indicación del nombre del imputado y, en su caso, el tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder;
 - c)** El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y
 - d)** La prueba documental que acredita su derecho conforme al artículo 98º.
- 15º.** Como se advierte del parágrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado -que ejerce su derecho de acción civil- precise específicamente el *quantum* indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalcia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal.

§ 3. Actor civil. Oportunidad y forma para su constitución

16º. Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente Acuerdo Plenario es el relativo a la oportunidad para constituirse en actor civil. El artículo 101º del Código Procesal Penal expresa que la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares -que integra la investigación preparatoria-, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17º. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3º y 336º.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado.

18º. Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional para la constitución en actor civil del perjudicado por el hecho punible, el artículo 102º del Código Procesal dispone lo siguiente: *“1. El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día. 2. Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8º”.*

Lo más importante, además del trámite previsto en el referido artículo 102º del aludido Código que establece la obligación del Juez de recabar información de los sujetos procesales apersonados y correr traslado de la petición, a fin de resolver dentro del tercer día, es el hecho de analizar si este procedimiento de constitución en actor civil debe hacerse obligatoriamente con la celebración de audiencia.

19º. La lectura asistemática del artículo 102º, apartado 1), del Código Procesal Penal puede sugerir a algunas personas que el Juez dictará la resolución sin otro trámite que el haber recabado la información y la notificación de

la solicitud de constitución en actor civil. Empero, el segundo apartado del indicado artículo precisa que para efectos del trámite rige lo dispuesto en el artículo 8º -se trata, como es obvio, de una clara norma de remisión-. Esta última disposición estatuye que el procedimiento requiere como **acto procesal central** que el Juez lleve a cabo una audiencia con la intervención obligatoria del fiscal y, debe entenderse así, con la participación facultativa de las otras partes procesales. No es el caso, por ejemplo, del artículo 15º.2.c) del Código Procesal Penal, que autoriza al Juez, bajo la expresión: “... *de ser el caso*”, resolver un incidente procesal determinado sólo si se producen determinados presupuestos.

Resulta entonces que el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo I.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Debe entenderse, desde esta perspectiva, que el plazo de tres días fijado en el artículo 202º.1 de la Ley Procesal Penal se refiere al paso de expedición de la resolución correspondiente -que en el caso del artículo 8º es de dos días de celebrada la audiencia como plazo máximo-, pero ésta debe proferirse, como paso posterior, de la realización de la audiencia.

Por consiguiente, no es posible deducir de la ley que la audiencia sólo se llevará a cabo ante la oposición de una parte procesal, pues tal posibilidad no está reconocida por el Código Procesal Penal y sería contraria al principio de legalidad procesal. No obstante ello, la vulneración del derecho objetivo no necesariamente produce nulidad de actuaciones, pues ésta tiene como presupuestos no sólo la vulneración de la ley sino principalmente la generación de una indefensión material a las partes procesales o la absoluta desnaturalización del procedimiento lesiva a los principios y garantías que le son propios e insustituibles. La nulidad, pues, está condicionada a las infracciones de relevancia constitucional se anotan.

III. DECISIÓN

- 20º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 21º. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6º** al **19º**.
- 22º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.
- 23º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 6-2011/CJ-116

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES
JUDICIALES Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD:
NECESIDAD Y FORMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización de la Presidencia de esta Suprema Corte dada mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y a instancias del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "**Participación Ciudadana**"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: *el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias*. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.
- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la *audiencia pública*, que se llevó a cabo el 02 de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales.
- 4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió ya el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Interviniendo también en este Acuerdo el señor Presidente del Poder Judicial. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes el señor Presidente del Poder Judicial, César San Martín Castro y la señora Inés Felipa Villa Bonilla.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. Aspectos generales

6º. La Constitución Política del Perú, en su artículo 139º, que en pureza recoge las principales garantías-derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, sólo menciona -en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación- dos disposiciones esenciales:

- a) la **motivación escrita de las resoluciones judiciales** (artículo 139º.5) -que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional-; y,
- b) el **debido proceso** (artículo 139º.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos -sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia-.

500

Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, intermediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [JUAN MONTERO AROCA: *Derecho Jurisdiccional I*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad -como es el caso de la publicidad-, sino de mera legalidad ordinaria.

El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil -que es la norma procesal común de todo el sistema procesal-; la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en segundo orden y frente al silencio de la Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal, el Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. Este último Código, en su Título Preliminar, no sólo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público -de directa relevancia constitucional (artículo 139º.4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2).

- 7º. El artículo 123º NCPP clasifica las resoluciones judiciales según su objeto -entendido desde una perspectiva material- en: decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado Código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, por su lado, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes -todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas (vid.: artículos 394º-396º, 425º, 431º.4, 468º.5, 477º.4 y 484º.6 NCPP)-.

El conjunto de las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Por lo demás, sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos (artículo 125º 1 NCPP).

El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral, está desarrollado en el artículo 361º NCPP. El apartado 4) prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta -salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387º.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita-. Sin perjuicio de la existencia del acta -escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361º.1 NCPP)-, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) -la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable-. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

- 8º. Si se atiende a la clásica distinción entre proceso y procedimiento, esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales que, tanto el juez como las partes han de realizar, se tiene que distinguir entre (1) **principios del proceso** -que determinan el régimen de entrada de la pretensión y de su resistencia, oposición o defensa en el procedimiento, así como los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del

juez en su enjuiciamiento- y (2) **principios del procedimiento** -que encausan el régimen de actuación formal de dicha pretensión hasta que pueda obtener satisfacción por el órgano judicial en forma de sentencia- [VICENTE GIMENO SENDRA: *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41].

El **principio de oralidad** está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente -predominio de lo hablado sobre lo escrito-. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales -como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP-, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, intermediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio -situación que no puede desconocerse en modo alguno-, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En éstas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes -lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria-, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [MONTERO AROCA: *Ibídem*, p. 385], según se advierte de los artículos 349º y 350º.1 NCPP.

§ 2. *Oralidad y resoluciones orales o verbales*

- 9º. Sin perjuicio del procedimiento principal o etapa de enjuiciamiento, que tiene reglas específicas a las que es del caso atenerse, en los diversos procedimientos que instaura el NCPP tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes **audiencias preliminares** ordenadas por la ley procesal.

Así se tiene que, por ejemplo, en cuatro supuestos la resolución -en los procedimientos de investigación preparatoria- debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71º.4, 266º.2, 271º.1 y 2, y 343º.2 NCPP). En otros casos -en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente-, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2º.5, 2º.7, 8º, 15º.2.c), 34º.2, 74º.2, 75º.2, 76º.1, 91º.2, 102º.1 y 2, 203º.2, 203º.3, 204º.2, 224º.2, 224º.3,

225º.5, 228º.2, 229º, 231º.4, 234º.2, 245º, 254º.1, 274º.2, 276º, 279º.2, 283º, 293º.2, 294º.1, 296º.1, 296º.2, 296º.4, 299º.2, 301º, 305º.2, 319º.c), 334º.2, 352º.1, 450º.6, 451º.1, 453º.2, 478º.1 y 3, 480º.1, 480º.2.b), 480º.3.b), 484º.1, 3 y 6, 486º.2, 491º.2, 491º.3, 491º.4, 491º.5, 492º.2, 521º.3, 523º.6, 544º.3, 557º.4 NCPP: “... *de forma inmediata o dentro de [...] días después de realizada la audiencia*). También, el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente -se utiliza la fórmula: *hasta dentro de [...] horas o días después de realizada la audiencia* (artículos 45.2º, 468º.1 y 5, 477º.3, 420º, 424º, 431º.2, 521º.4, 526º.2)-. Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta -en ocho supuestos aproximadamente-: *la resolución se emitirá en el plazo de [...] días*: 255º.3, 345º.3, 493º.3, 539º.2, 543º.1, 544º.3, 563º.2, 557º.5 NCPP, de la que desprende su forma escrita.

Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión [VÍCTOR MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ: *Derecho Procesal Penal*. 3ª Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además, de continuidad -en las denominadas “audiencias preliminares”, fuera de la audiencia principal o de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, no se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir excepciones fundadas en una causa objetiva y razonable-, es inevitable concluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la audiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el sólo propósito de dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente que muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita.

- 10º.** Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales.

La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120º y 361º NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación -no sucinta- sino integral, y ésta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se admite, desde la perspectiva del NCCP -principio de legalidad procesal- la primacía del acta (parágrafo 8º) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente -basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad-. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, sólo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [ADOLFO ALVARADO VELLOSO: *Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte*. Editorial Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265].

§ 3. *Motivación de las resoluciones*

11º. La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139º.5 de la Ley Fundamental, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos:

- 1) En la apreciación -interpretación y valoración- de los medios de investigación o de prueba, según el caso -se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico-.
- 2) En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria -las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad-, requerirá

de la fundamentación **(i)** de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y **(ii)** de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias.

La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso -en determinados ámbitos- por remisión. La suficiencia de la misma -analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente- requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, sólo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancias acaecidas.

Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva -no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales-. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales -artículos 152^o y siguientes del NCPP-).

Por otro lado, los errores -básicamente jurídicos- en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; sólo tendrán

trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber incurrido en el mismo.

- 12º.** En función a lo anterior, es evidente que, la motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad -decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los hechos probados en el proceso-, tendrá lugar cuando la resolución judicial:
- 1.** Carece llanamente de motivación, es decir, omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia.
 - 2.** Es notoriamente insuficiente, vale decir, no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función al caso concreto.
 - 3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprendible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) -desconexión entre motivación y decisión, o ausencia de coherencia interna de la resolución-.

En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o implícita es tolerable en la media* en que la parte de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada -criterio establecido en la Casación N° 05-2007/Huaura-.

- 13º.** El artículo 139º.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "media"; debiendo decir: "medida"

En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación:

1. Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad.
2. Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley.
3. Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido.
4. Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [JOAN PICÓ I JUNOY: *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosh, Barcelona, 1997, p. 64].

En tanto la resolución oral -con las particularidades antes citadas- se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución* alguna.

III. DECISIÓN

- 14º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

- 15º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 13º.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: "constitución"; debiendo decir: "constitucional".

- 16º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOJP, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.
- 17º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA****ACUERDO PLENARIO N° 7-2011/CJ-116**

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
**ASUNTO: DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y
MEDIDAS DE COERCIÓN REALES**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "**Participación Ciudadana**"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas. La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de **“Participación Ciudadana”** a través del portal de internet del Poder Judicial, habiendo logrado con ello una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación. Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los diez temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.
- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la doctora Sonia Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas.
- 4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó con la Sesión Supremos Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Trujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Interviniendo también en este Acuerdo el señor Presidente del Poder Judicial. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió

el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores PRADO SALDARRIAGA y NEYRA FLORES, con la participación del señor SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Antecedentes*

- 6º. El 16 de noviembre de 2010 las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, sobre el delito de lavado de activos. La recepción favorable de esta decisión judicial se debió, especialmente, a su utilidad práctica para el tratamiento judicial de una modalidad de criminalidad no convencional y organizada, que en los últimos dos años ha adquirido relevante presencia en el país.
- 7º. No obstante, la casuística reciente en torno a la investigación y aplicación de medidas cautelares en los procesos incoados por delitos de lavado de activos, viene mostrando reiteradas discrepancias en el proceder de los órganos encargados de la persecución penal. En efecto, tal como lo ha planteado la Procuraduría Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, en la audiencia pública del pasado dos de noviembre, la visión y actitud de tales órganos e instituciones frente a hechos calificados jurídicamente como operaciones de lavado de activos no siempre resulta homogénea. En tal sentido, se ha requerido la emisión de un Acuerdo Plenario complementario del proferido el año 2010, que concentre sus aportes y alcances hermenéuticos en los siguientes problemas:
- A. Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos.
 - B. Agotamiento del delito y el tipo legal de lavado de activos.
 - C. Las medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos.

§ 2. *Delito fuente y configuración del tipo legal de lavado de activos*

- 8º. El **lavado de activos** es un delito que se expresa como un proceso o secuencia de actos o etapas, que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes. Al respecto, se suele señalar la realización sucesiva de actos de colocación, intercalación e integración, a los cuales la legislación penal vigente califica como conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, respectivamente.

En coherencia con este enfoque y distribución de las operaciones de lavado de activos, la doctrina se refiere de manera uniforme a los actos de conversión y transferencia como conductas iniciales orientadas a mutar la apariencia y el origen de los activos generados ilícitamente con prácticas del crimen organizado, cuya consumación adquiere forma instantánea. En cambio, al identificar los actos de ocultamiento y de tenencia, se alude a ellos como actividades finales destinadas a conservar la apariencia de legitimidad que adquirieron los activos de origen ilícito merced a los actos realizados en las etapas anteriores, razón por la cual se les asigna una modalidad consumativa permanente [VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA: *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 162 y ss].

- 9º. Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. Tales bienes representan un producto derivado y ulterior de dicha actividad delictiva y constituyen, por tanto, el objeto potencial de futuras acciones de lavado. Sin embargo, esta clara distinción sólo es factible y evidente en relación con actos iniciales de colocación -conversión-, los que se ejecutan con activos líquidos o dinero obtenido directa e inequívocamente de una conducta delictiva previa.

En estos casos se requerirá, siempre, que los beneficios económicos ilegales se hayan pactado para ser entregados luego de la consumación del delito que los generó. Por ejemplo: X pacta con Y el suministro de armas a cambio de una elevada suma de dinero que será entregada al momento de la recepción del armamento, esto es, un pago contra entrega. Si la entrega ocurre y se recibe el precio acordado, todo lo que se haga luego para dar apariencia de legitimidad a tales ingresos será un acto o delito de lavado de activos.

En cambio, si el suministro en tránsito de las armas se frustra por la policía o porque la nave encalla y sufre hundimiento o naufragio, no habrá, en consecuencia, pago alguno a recibir ni tampoco ingresos ilegales que motiven la necesidad de posteriores actos de lavado. En tales casos, no cabe promover acción penal por delito de lavado de activos, pero sí por el delito de tráfico de armas.

- 10º. Es posible, sin embargo, otros supuestos:

- A. Que el pago por la venta ilícita se haga antes de la entrega o pago por adelantado.

- B. Que parte del pago recibido se utilice para la adquisición de medios de transporte (aeronaves, barcos o vehículos) que trasladarán la carga ilegal al comprador, y a los cuales se les ha registrado falsamente como transporte de carga de bienes lícitos o como de recreo.

En estos dos casos, la adquisición, el registro o la travesía de los medios de transporte empleados pueden ser calificados, en sí mismos, como operaciones de lavado de activos, ya que procuran ocultar el origen de ingresos provenientes de acciones delictivas. Es más, de ser exitosa la entrega del armamento, los medios de transporte empleados se mantendrán como parte del patrimonio ya lavado del traficante.

Se trata, entonces, de evidentes conductas de intercalación -transferencia- o incluso de integración -ocultamiento o tenencia- que corresponden a la etapa intermedia y final de dicho delito no convencional. Es más, incluso en estos supuestos sería también posible la presencia de concursos ideal o real de delitos, según el caso.

- 11º. Vistas así las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de activos, de ejecución posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales, no cabe excluir *a priori* una investigación por lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan.

§ 3. *Agotamiento del delito y lavado de activos*

- 12º. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del "*iter criminis*" posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de "*obtener el injusto provecho*" que aquél se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada (Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal - Tomo VII*, 2ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.).
- 13º. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un hecho punible. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado.

14^o. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998, se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se convertían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos.

A partir, pues, de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, **(i)** sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; **(ii)** sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; **(iii)** sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

514

15^o. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha transformado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. Por consiguiente, es posible -y legalmente necesario- aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros.

§ 4. *Medidas de coerción reales en el delito de lavado de activos*

16^o. Las **medidas de coerción reales**, son actos de autoridad, plasmados a través de una resolución jurisdiccional, y regidas por el principio dispositivo, mediante los cuales se asegura las consecuencias jurídicas económicas del delito y las costas procesales. Su reconocimiento legal es consecuencia de la acumulación de acciones: una penal y una civil en un mismo proceso penal.

Las citadas medidas recaen sobre el patrimonio del imputado o sus bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos con la finalidad de impedir que durante el proceso determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte de aquél afecten la efectividad de la sentencia o la eficacia del proceso. Están dirigidas a la protección de las pruebas o medios de prueba [en puridad de fuentes de investigación o de prueba], lo que en síntesis quiere decir salvaguardar o proteger el proceso [JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES: *Manual del Nuevo Proceso Penal y Litigación Oral*, Editorial

Idemsa, Lima, 2010. pp. 487-488 y 491]. Su principal finalidad estriba, pues, en asegurar el futuro cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión del hecho punible, y de las penas pecuniarias y consecuencias accesorias, amén de las costas; es decir, la realización plena de todas las responsabilidades pecuniarias que en definitiva pueden declararse procedentes.

Ahora bien, las notas características de las medidas de coerción real son las comunes a todas las medidas de coerción. En tal sentido, sobre ellas el artículo 315º.1 del Código Procesal Penal de 2004 -en adelante, NCPP-, insiste en su sujeción al principio de variabilidad. Al respecto se destaca que su variación, sustitución o cese está en función a *“...las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad...”*.

17º. Como las responsabilidades pecuniarias pueden ser de diferente tipo, las medidas reales pueden ser de distinta índole y clasificación, existiendo:

A. Medidas reales penales. Su objeto es garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la sentencia y que posean un contenido patrimonial: multa, decomiso, pago de costas.

B. Medidas reales civiles. Son propias del proceso civil acumulado. Tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la sentencia: restitución, reparación e indemnización.

18º. El NCPP identifica cinco medidas de coerción real, las que muy bien pueden ser aplicadas a los procesos por delito de lavado de activos:

- 1) inhibición;
- 2) embargo -el primero y el segundo, inmovilizan bienes del patrimonio del imputado o responsable civil-;
- 3) incautación;
- 4) medidas anticipativas;
- 5) medidas preventivas contra las personas jurídicas. Se trata, pues, de medidas anticipativas.

Ahora bien, aún cuando el NCPP sólo reconoce las medidas anticipativas genéricas (artículo 312º NCPP), e incorpora algunas medidas anticipadas específicas: desalojo preventivo y pensión anticipada de alimentos (artículos 311º y 314º NCPP), no existe obstáculo, a partir de poder cautelar genérico de que está investida la autoridad jurisdiccional y de aplicación supletoria de la Ley Procesal Común: el Código Procesal Civil, de incorporar también para los casos de lavado de activos, las denominadas **medidas innovativas** y de **no innovar**, que apuntan a provocar un cambio de la situación existente al tiempo de peticionarlas. Como precisa la ley las primeras reponen el estado de hecho o de derecho cuya alteración sería el sustento del delito cometido en agravio de la víctima; y, las segundas conservan la situación de hecho de derecho presentada al incoarse el proceso (artículos 682º y 687º CPC).

19º. Como es sabido, los presupuestos de las medidas de coerción real son dos:

- A. El *fumus delicti comissi*, consiste en la existencia de indicios racionales de criminalidad -es la denominada ‘apariencia y justificación del derecho subjetivo’-, que en el proceso penal importa, como acota GIMENO SENDRA, una “...razonada atribución del hecho punible a una persona determinada” [Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 501]]. Ha de existir, pues, una imputación formal contra una persona determinada. El **juicio de probabilidad delictiva** es mencionado específicamente por el artículo 303º.3 NCPP, aún cuando se refiera sólo al embargo y, por extensión expresa, a la orden de inhibición. El *fumus* debe referirse, de un lado, a un delito que haya ocasionado un daño o perjuicio material o moral; y, de otro, a que los referidos indicios -ciertamente, **‘procedimentales’**- evidencien una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan: imputado o tercero civil.

No es necesaria una acreditación específica cuando se dicte sentencia condenatoria, aún cuando fuera impugnada.

- B. El segundo presupuesto es el *periculum in mora*, es el peligro o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento. Consiste en el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal. Se debe acreditar la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del procedimiento penal y civil de condena, que pueda incorporar la sentencia penal **-peligro de infructuosidad-**. En el proceso penal ello se concreta por el “peligro de fuga” o de ocultación personal o patrimonial del imputado [VICENTE GIMENO SENDRA, *Ibidem*, p. 592].

Lo relevante del *periculum* es la comprobación de la extensión del daño causado por el imputado como consecuencia del delito perpetrado. Pero, también el tiempo que dure el proceso, cuyo retraso puede hacer ineficaz la respuesta jurisdiccional si no se adoptan medidas tendentes a mantener la situación presente, o a evitar maniobras lesivas para los derechos de la víctima -en el caso del lavado de activos, al Estado- derivadas del comportamiento del imputado [AGUSTÍN-JESÚS PÉREZ-CRUZ MARTÍN Y OTROS: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 2009].

Es de tener en claro, que el *periculum*, en lo civil, tiene una configuración propia: no se requiere, necesariamente, que se haya producido cierto comportamiento del imputado, ni menos una intención de este de causar perjuicio al actor. El peligro se materializa en las posibilidades del responsable civil durante el tiempo del proceso, de dedicarse a distraer, dilapidar u ocultar sus bienes, real o ficticiamente, para hacer impracticable la satisfacción de las consecuencias jurídico - económicas que imponga la sentencia. Si la solvencia, honestidad y arraigo del imputado -siempre en el plano civil y no penal- estuvieran acreditados, decae y no se justifica la imposición de las previstas medidas. El artículo 303º.3 NCPP, al respecto estipula: “... *por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien*”.

- 20º.** Es pertinente destacar, en el procedimiento de coerción real, dos situaciones específicas:
- A.** La oportunidad para solicitar una medida de coerción real. La regla, por cierto, es que su requerimiento se realiza parcialmente en sede de diligencias preliminares policiales -en el caso de aseguramiento de documentos privados, y secuestros e incautaciones preliminares (artículo 68º, apartado 1, literales 'i' y 'k', NCPP)-; y, regularmente, en el curso de las primeras diligencias y durante la investigación preparatoria (entre otros, artículos 302º, 310º, 316º NCPP). Ahora bien, tales medidas pueden solicitarse también, siempre por la parte procesal legitimada, en sede intermedia (artículos 349º.4 y 350º.1.c, y 353º.3 NCPP -supuesto último, que incluso autoriza al Juez de la Investigación Preparatoria a pronunciarse de oficio si fuere necesario sobre las medidas de coerción-).
 - B.** El NCPP fija un procedimiento para determinar la decisión del trámite: con o sin traslado al afecto: imputado o responsable civil.

La regla general para la imposición de las medidas de coerción real, guiada siempre por el principio de rogación de la parte procesal legitimada es el previo traslado a las partes, en especial a la parte afectada, por el término de tres días (artículo 315º.2 NCPP). Empero, por razones obvias, rige la regla del artículo 203º.2 NCPP, que precisa que tal exigencia de contradicción previa se aplicará siempre que “... *no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida...*”; esta imposibilidad y los derechos de impugnación que ulteriormente se reconocen, evita considerar que tal procedimiento vulnera la prohibición de indefensión. No se realiza el trámite de audiencia, sino el de simple traslado: su lógica es la escrituralidad del procedimiento (artículo 315º.2 NCPP), aunque es posible en situaciones excepcionales, debidamente explicadas en la decisión, ir al trámite de audiencia (artículo 203º.2 NCPP).

21º. Las medidas coercitivas reales que se pueden aplicar en el proceso penal por delito de lavado de activos, en los Distritos Judiciales donde la reforma procesal penal aún no está vigente para este delito, son las contempladas en el Código de Procedimientos Penales de 1940 -en adelante, ACP- Se trata, pues, de las previstas en el artículo 94º y en la Ley N° 27379, del 20 de diciembre de 2000 con las reformas del Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio de 2007:

- a) Incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia;
- b) Embargo u orden de inhibición para disponer o grabar bienes que se inscribirán en Registros Públicos cuando corresponda;
- c) Inmovilización de bienes muebles y clausura temporal de locales; así como las contempladas en la Ley de Pérdida de Dominio N° 29212, del 16 de abril de 2008. Es pertinente precisar que la incautación puede erigirse inicialmente en una medida instrumental restrictiva de derechos -garantiza el proceso de conocimiento del hecho delictivo-, pero a su vez -en orden a la entidad y fin ulterior de lo incautado- puede devenir en una incautación cautelar o coercitiva.

III. DECISIÓN

22º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 23º. ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6º** al **21º**.
- 24º. PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.
- 25º. PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 8-2011/CJ-116

(Publicado el 30 de mayo de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ.

ASUNTO: BENEFICIOS PENITENCIARIOS,
TERRORISMO Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 127-2011-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el VII Pleno Jurisdiccional -que incluyó el Foro de "**Participación Ciudadana**"- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El VII Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de aporte de temas y justificación, y la publicación de temas y presentación de ponencias. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en la identificación, análisis y selección de los principales problemas hermenéuticos y normativos que se detectan en el proceder jurisprudencial de la judicatura nacional, al aplicar normas penales, procesales y de ejecución penal en los casos concretos que son de su conocimiento. Para ello se habilitó el Foro de “**Participación Ciudadana**” a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados-, para lo cual tuvieron en cuenta, además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo en sus respectivas Salas en el último año. Fue así como se establecieron los ocho temas de agenda así como sus respectivos problemas específicos.

- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el dos de noviembre. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Germán Small Arana, José Ávila Herrera, y el representante del Instituto Nacional Penitenciario.
- 4º. La **tercera etapa** del VII Pleno Jurisdiccional comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los diez temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Príncipe Tujillo, quien se encontraba de licencia), con igual derecho de voz y voto. Interviniendo también en este Acuerdo el señor Presidente del Poder Judicial. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, con la participación de los señores CALDERÓN CASTILLO y LECAROS CORNEJO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Antecedentes*

- 6º. El desarrollo de modalidades violentas y graves de criminalidad organizada ha generado decisiones sucesivas de sobrecriminalización de determinados delitos. Éstas han incluido la prohibición legal de concesión de **beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional**. Cabe recordar que esta prohibición ha sido tolerada por el Tribunal Constitucional, en la medida que se trate de delitos de especial gravedad y trascendencia social. De esta manera -es pertinente anotarlo en clave de principios-, se pone un mayor acento, ciertamente opinable, en la **prevención general** respecto de la **prevención especial** -en la que contemporáneamente prima la idea de la reinserción social y constituye un mandamiento del Constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, aunque sin desconocer el principio de prevención general, dentro de los límites compatibles con el principio de proporcionalidad-, de relevante configuración y eje rector que guía la ejecución de las penas privativas de libertad, y que propende a una ejecución no desocializadora de las mismas -esto es lo que se ha denominado "**concepto constructivo de ejecución de sentencias penales**"-.

Asimismo, en relación con la redención de penas por el trabajo y la educación, tales decisiones de política criminal, que intensifican la sanción de un hecho punible, se han expresado a través de incrementos porcentuales de la cuota diaria de trabajo o educación que debe acumular el condenado para generar el efecto redentivo sobre la pena privativa de libertad en ejecución.

Ejemplo de esta opción político criminal son las siguientes Leyes:

- A. Ley N° 28704, sobre delitos de violación de menores;
- B. Ley N° 29423, que derogó el Decreto Legislativo N° 927 que regulaba la ejecución penal en materia de terrorismo -el artículo 2º de dicha Ley establece que los condenados por delitos de terrorismo y/o

traición a la patria no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y la liberación condicional-;

- C. La Ley N^o 29604, que modificó los artículos 46^o-A y 46^o-B del Código Penal sobre reincidencia y habitualidad.

Igualmente son de considerar en esa misma línea los regímenes especiales que considera el propio Código de Ejecución Penal en sus artículos 46^o, 47^o, 48^o y 53^o.

- 7^o. Ahora bien, lo sucesivo, parcial y disperso de prescripciones legales de tales características, ha generado problemas hermenéuticos y una pluralidad de enfoques en la doctrina y en la praxis jurisdiccional sobre sus presupuestos, requisitos y límites [GERMÁN SMALL ARANA: *Beneficios Penitenciarios en el Perú*. En: Código de Ejecución Penal, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 2010, p. 511]. Por tanto, es oportuno plantear criterios vinculantes que posibiliten un tratamiento homogéneo y predecible en torno a la concesión de beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y de criminalidad organizada, de tal suerte que “...la interpretación de las normas aplicables debe hacerse compatible con todos aquellos fines, permitiendo la máxima eficacia de reinserción del penado en la sociedad, y también el mayor efecto de la pena impuesta en relación con los fines de prevención general y especial, no compatibles con aquella” [Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, Sección Primera, N^o 1076/2009, del 29 de octubre de 2009].

§ 2. *Criterios Generales para la concesión de Beneficios Penitenciarios en Delitos de Terrorismo y Criminalidad Organizada*

- 8^o. En **primer lugar**, corresponde ratificar las reglas señaladas en la Circular aprobada por la Presidencia del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N^o 297-2011-P-PJ; fundamentalmente en cuanto se precisa que los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba -estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta-.

Cabe señalar que en la propia configuración de los beneficios penitenciarios confluyen como es obvio, **requisitos objetivos** fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto a otros **requisitos subjetivos** de carácter altamente indeterminado,

como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Sólo desde esta perspectiva -de ahí su naturaleza mixta- puede inferirse que los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos condicionados del penado, en el que el rol del Juez es central, quien goza de un poder discrecional para modularlos en el caso concreto, en especial, el entendimiento y aplicación de los requisitos subjetivos.

El juicio de probabilidad que se exige demanda una dosis de prudencia y un análisis de tal intensidad que conduzca con seriedad a una convicción razonable de no reiteración delictiva: lo que se debe estudiar, a no dudarlo, es la posibilidad de colocar a un sujeto en libertad, y no la posibilidad de que continúe en un establecimiento penal.

Así las cosas, la concesión de tales beneficios es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta -que tiene un tinte fundamentalmente de regimental y no de tratamiento, puesto que se equipara en la práctica con la ausencia de partes y sanciones disciplinarias [PILAR PEITEADO MARISCAL: *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, p. 591]-, así como una prognosis favorable de conducta futura. Éste último requisito se conecta más con la personalidad del individuo y su evolución y comportamiento que con las circunstancias materiales en que se va a desenvolver la vida en libertad, ya que éstas, por su estancia en prisión no suelen variar, y lo que único que el penado puede modificar es su propio comportamiento mediante la asunción de pautas vitales que le lleven al convencimiento de vivir en libertad sin quebrantar las normas penales [SÁNCHEZ YLLERA. *Comentario al artículo 82º del Código Penal*. En: AAVV: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996].

Esta última demanda del juez requiere de un pronóstico razonado y justificado de probabilidades significativas de que el potencial beneficiario no incurrirá en nuevas conductas delictivas luego de producida su excarcelación condicionada. La personalidad del penado es fundamental, pues es diferente un delincuente por convicción -caso del terrorista-, un delincuente integrado a una organización criminal, un delincuente de carrera delictiva, un delincuente sexual, un delincuente ocasional o, entre otros, un delincuente pasional o con serias perturbaciones derivadas de la ingesta de drogas o alcohol.

En el caso del delincuente por convicción integrado a organizaciones armadas delictivas es promordial tener por acreditado con absoluta claridad su disociación de aquéllas, su sincero apartamiento de toda convicción antidemocrática que opte por el camino de la violencia y la vulneración de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento legal, su visible recusación a su pasado delictivo y la aceptación genuina de la ilegitimidad de la conducta que lo llevó a un establecimiento penal.

9º. En **segundo lugar**, es también relevante asumir que la documentación sustentatoria de la solicitud permite al Juez verificar la legitimidad y oportunidad del pedido, pero no limita su espacio valorativo y discrecional -jurídicamente vinculado- para la concesión del beneficio penitenciario requerido. En consecuencia, la autoridad jurisdiccional puede estimar validable la información suministrada o complementarla con otros medios de prueba -pericias incluidas- útiles para identificar nuevos indicadores que hagan posible sustentar de modo suficiente la prognosis favorable de conducta futura: se trata de un incidente de ejecución penal y, como tal, la decisión jurisdiccional ha de tomar en cuenta la información contenida en el expediente administrativo, pero ésta no es definitiva y, menos, la opinión de la autoridad administrativa. Es más, el órgano jurisdiccional puede desarrollar en la audiencia correspondiente líneas de entrevista que en base a la intermediación con el interno solicitante y su relación con la evidencia copiada le resulten idóneas para emitir una mejor decisión en torno a la concesión o no del beneficio peticionado.

10º. En **tercer lugar**, el órgano jurisdiccional debe prestar especial atención al señalamiento de las reglas de conducta que imponga al beneficiario. La semilibertad y la liberación condicional, por cierto, no trasmite la idea de que por ellas no se cumple íntegra o efectivamente la pena impuesta, ésta sencillamente se cumple pero en condiciones de libertad y sujeta a controles [CARLOS GARCÍA VALDEZ: *Sobre la Libertad Condicional: dos o tres propuestas de reforma*. En: AAVV, *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 1071].

Las reglas de conducta han de ser precisas y coherentes con las necesidades de comprobación de la prognosis favorable de conducta futura -régimen de prueba-, así como con el control externo y efectivo del penado durante el cumplimiento en libertad del periodo restante de la pena impuesta -liberación condicional- o de la práctica real de las rutinas laborales o educativas acordadas con el beneficio -semilibertad-.

Dado que aún en el país es limitada la aplicación de cintillos electrónicos de localización de los penados beneficiarios o de otros medios que brinda

la tecnología de la información y comunicaciones, para la definición con claridad de las reglas de conducta y de las obligaciones de control, derivadas o conexas a éstas, que deben cumplir tanto el beneficiado como las autoridades que resulten incluidas en ellas, es de suma trascendencia la adecuada diligencia del Juez en este dominio. Esta actitud funcional debe incluso trasladarse a las resoluciones estimativas de pedidos de otros beneficios penitenciarios que impliquen excarcelación transitoria o condicionada, especialmente si comprenden a autores o partícipes de delitos graves o sensibles a la seguridad ciudadana.

- 11º. Cabe señalar que en determinados casos el artículo 53º del Código de Ejecución Penal exige para la concesión de beneficios penitenciarios que, además, el solicitante haya cubierto la reparación civil o asegurado de modo formal su futuro cumplimiento.

§ 3. *Liberación Condicional y Permisos Especiales para estancias en el extranjero*

- 12º. De inicio es pertinente destacar que la actual legislación no dispone un arraigo absoluto del penado que accede a un beneficio penitenciario de liberación condicional; ni prohíbe de plano un permiso que puede implicar una precisa y circunscrita estancia del penado en el extranjero. Por tanto, excepcionalmente, el Juez tiene la potestad -ciertamente limitada y sujeta a una prognosis de no huida así como de factibilidad del control en el extranjero- de conceder autorizaciones que impliquen traslados o estancias cortas plenamente justificadas en otro país del condenado en régimen de liberación condicional -tratamiento médico urgente, fallecimiento de parientes cercanos, etcétera-. De igual manera cuando se acoge al cumplimiento de condenas en el país de origen o de anterior residencia legal, si el Tratado respectivo lo permite.

En estos casos, ciertamente extraordinarios, el Juez, luego de evaluar lo razonable, justificado e inaplazable del motivo del viaje al exterior, deberá:

- a) promover y activar procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal **-en aplicación de convenios internacionales o de compromisos de reciprocidad claramente existentes o firmemente aceptados-** que posibiliten el control en el país extranjero de destino del cumplimiento de las principales reglas impuestas al beneficiado en la resolución de concesión del beneficio (reportarse periódicamente a la autoridad);

- b) requerir la aceptación y, luego, el pleno auxilio de las autoridades extranjeras para la aplicación de medidas de verificación o localización física que impidan un quebrantamiento de la condena que viene efectuándose con régimen de liberación condicional: vigilancia personal o electrónica.

Resulta necesario y recomendable que los Jueces agoten estos trámites de cooperación internacional antes de acceder a solicitudes de viaje al extranjero planteadas por condenados en régimen de liberación condicional; y que, además, destaquen con nitidez la obligación de los beneficiados de reportarse y quedar bajo supervisión de las autoridades extranjeras que resulten competentes.

- 13º. Ahora bien, si el condenado beneficiario de liberación condicional, a quien se autorizó a salir del país, no retornara injustificadamente al Perú en el término acordado por el Juez, o de manera contumaz no se sometiera a los controles dispuestos por la autoridad competente del país de destino, se asumirá que está quebrantando su condena con lo cual perdería el régimen de libertad condicional concedido, adquiriendo la condición de prófugo de la justicia y habilitando la inmediata incoación de un procedimiento extradicional activo en su contra. El juez deberá, pues, hacer constar en la resolución autorizativa, a modo de apercibimiento, estas condiciones y efectos¹.

§ 4. *Sucesión de Leyes sobre concesión de Beneficios Penitenciarios*

- 14º. La prohibición de beneficios penitenciarios se rige por el principio de legalidad, en especial la reserva de ley que exige para su legitimidad constitucional la expedición de normas penales -materiales, procesales y de ejecución- con rango de ley, que han de regir la actividad de ejecución penal, y que por razones obvias exige control jurisdiccional. En tal virtud, sólo la ley puede indicar de manera expresa e inequívoca qué casos, en relación al tipo de hecho punible perpetrado -delitos graves específicos- o a la calidades del autor o partícipe del delito -reincidencia o habitualidad-, están excluidos de modo absoluto del acceso a beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo o la educación, semilibertad o liberación condicional, así como las disposiciones fundamentales que determinan el procedimiento que debe regir su tramitación.

1 Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha promulgado la Ley Nº 29833, publicada el 21 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano. Por consiguiente, los criterios y alcances expuestos en los Fundamentos Jurídicos 12º y 13º deben ser aplicados razonablemente en concordancia con las prohibiciones y restricciones señaladas por la citada Ley y las demás valoraciones expuestas en este Acuerdo Plenario.

- 15º. Igualmente, corresponde en exclusividad a una **norma legal taxativa** identificar las variantes que se aplicaran para el régimen especial de redención de penas por el trabajo y la educación, respecto de las cuotas diarias requeridas para la redención proporcional de la pena en cumplimiento².

Ambas clases de normas de ejecución penitenciaria, sin duda, tienen un carácter material. La doctrina ha deslindado cuándo se está ante una norma material y cuándo ante una norma procesal. Las normas que se pronuncian sobre el alcance y requisitos objetivos y subjetivos de un beneficio penitenciario, “...al determinar el contenido de la decisión jurisdiccional, la estimación o desestimación de la pretensión ejercitada...”, sin duda son materiales. Ahora bien, más allá del enfoque referido a la propia decisión jurisdiccional, dichas normas desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, “...al delimitar acabadamente la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso -reconociéndoles derechos y fijando reglas que definen su actuación ulterior-”, permiten reiterar su evidente naturaleza material [JUAN MONTERO AROCA. Derecho *Jurisdiccional I Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 482].

528

La conclusión que se deriva de lo expuesto es, a no dudarlo, trascendente. **El factor temporal de aplicación**, desde luego, no será el mismo que si se tratase de una norma procesal de ejecución, atento a su diferente naturaleza jurídica. ¿Cuál es, entonces, el hecho o acto jurídico material que la determina? La institución debe regirse por la ley vigente al momento en que se inicia la ejecución material de la sanción penal, esto es, cuando queda firme la sentencia que impuso la pena correspondiente, salvo criterios universales de favorabilidad en la fase de ejecución material de la sanción privativa de libertad.

En suma, se hace mención, no a la fecha de comisión del delito sino a la del inicio de la ejecución material de la sanción penal, que en términos procesales se* objetiva en la fecha en que la sentencia adquiere firmeza. Materialmente la ejecución empieza o se inicia técnicamente en ese momento. Atento al **principio diferencial**, la finalidad del preso

2 Encontrándose en su etapa de redacción final el presente Acuerdo Plenario se ha aprobado y publicado el Decreto Supremo Nº 003-212-JUS, del 23 de enero de 2012, que modifica el artículo 210º del Reglamento del Código de Ejecución Penal, en torno al procedimiento para la eficacia del periodo de pena redimido por el trabajo y la educación en el cumplimiento total de las penas impuestas en delitos graves. Por consiguiente, tal modificación debe tenerse en cuenta, en lo pertinente, para la aplicación de lo establecido en los Fundamentos Jurídicos 14º y 15º.

* En el texto del Acuerdo Plenario, extraído de la página Web del Poder Judicial, se lee: “se”; debiendo decir: “es”.

preventivo es la retención y custodia, no así el tratamiento penitenciario, propio de los penados, que desde un concepto amplio comporta aquella actividad destinada a suplir aquellas carencias con las que el interno ha entrado en el Establecimiento Penal [JAVIER NISTAL BURÓN: *El régimen penitenciario: diferencias por su objeto. La retención y custodia/la reeducación y reinserción*. En: Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Madrid, p. 9-10]. Por tanto, por razones de justicia material y de estabilidad o seguridad jurídica, debe estarse a esa circunstancia.

Debe quedar en claro que las normas en materia penitenciaria afectan de manera directa al derecho fundamental de la libertad y a la dignidad del individuo. Así las cosas, la pena impuesta en la sentencia debe entenderse como una situación jurídica acabada de la que no pueden quedar al margen las reglas para su concreta ejecución. Una nueva Ley no puede anudar efectos a situaciones producidas y consolidadas con anterioridad a ella [CARMEN JUANATEY DORADO: *La Ley de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, y los principios constitucionales del Derecho Penal*. En: Estudios Monográficos. Editorial La Ley, p. 28-29].

En el fondo de este planteamiento subyace la opción de la doctrina mayoritaria que afirma la autonomía del Derecho de Ejecución Penal, pues presenta peculiaridades que le son propias y que impiden su inclusión en el Derecho penal material y en el Derecho procesal penal -como el protagonismo de la Administración penitenciaria en la ejecución penal y las peculiaridades del Juez en la ejecución de las sanciones penales-, sin que ello signifique excluir o reducir la íntima conexión con ambos derechos -que JESCHECK ha entendido como los tres pilares del Derecho Penal- [CARMEN JUANATEY DORADO: *Manual de Derecho Penitenciario*, Iustel, Madrid, 2011, p. 20]³.

16º. Por lo demás, cabe recordar que reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 2198-2009-PHC-TC-UCAYALI, del 31 de agosto de 2009, Asunto Darío Rojas Rodríguez) ha deslindado ya que será de aplicación, en caso de sucesión de leyes

3 El Derecho de Ejecución Penal, como insiste FRANCESCO SIRACUSA, es el conjunto de normas que integran el Derecho Público, que regulan la relación jurídica punitivo-ejecutiva [En: ABEL TELLEZ AGUILERA: *Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho penitenciario*. Revista de estudios Penitenciarios, Número 225/2011, Madrid, p. 28]. Por su parte GIOVANNI NOVELLI lo definió como "el conjunto de normas jurídicas que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución" (subrayado nuestro). [En: ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA: *Política penal y Política Penitenciaria*. Cuaderno Número 8. PUCP. Septiembre 2008, p. 4].

en el tiempo, el régimen legal vigente al momento de formalizarse ante la autoridad competente la correspondiente solicitud de beneficios penitenciarios. Tal decisión, como es evidente, sólo rige para las leyes procesales de ejecución -la doctrina procesalista, en este punto, es conteste-, que están sujetas al principio de aplicación inmediata y al *tempus regit actum*, y en las que, por sobre todo, el factor temporal de aplicación -el *dies a quo*- será la ley procesal vigente al momento de realización del acto procesal: petición del beneficio penitenciario. En consecuencia, cuando el pedido fuera formulado por el interno o se encuentre en trámite con anterioridad a la vigencia de una nueva ley, se deberá mantener con eficacia ultractiva el régimen procesal correspondiente, salvo supuestos de clara favorabilidad que incidan en una tramitación más acorde con los derechos procesales y los principios del proceso penal de ejecución.

Cabe insistir que esta concepción diferenciadora asume desde la ciencia integral del Derecho penal las nociones de **merecimiento de pena**, que están radicadas en criterios que determinan el marco de la sanción penal, y de **necesidad social de penas**, que constituye el criterio sustancial para las reacciones estatales post delito.

III. DECISIÓN

17º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

18º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **8º** al **16º**.

19º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

20º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO**

Acuerdos Plenarios (2012)



533

8. Acuerdos Plenarios 2012

8.1.

Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 01-2012/CJ-116

(Publicado el 26 de julio de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

***ASUNTO:* RECONDUCCIÓN DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL
NO CONSENTIDO POR ADOLESCENTES MAYORES DE 14
Y MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD, AL ARTÍCULO 170º DEL
CÓDIGO PENAL**

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 53-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Juez Supremo Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó la participación ciudadana a través de

instituciones académicas en audiencia pública- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas: La **primera etapa** estuvo conformada por dos fases: el foro de participación ciudadana y la selección de las ponencias que serán expuestas en la audiencia pública. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en los problemas hermenéuticos, así como la importancia y conflictuabilidad técnico jurídica, referido al reexamen de la tipificación del delito de violación de la libertad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, en los que no medió consentimiento del sujeto pasivo.

Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo sobre el tema en cuestión.

- 3º. La **segunda etapa** consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora María del Carmen García Cantizano, representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal; la señorita Rossina Guerrero, representante del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la señorita Cynthia Silva, representante del estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer; y finalmente, el Doctor Rafael Elmer Cancho Alarcón, Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Ayacucho.
- 4º. La **tercera etapa** del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los tres temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente

Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores RODRÍGUEZ TINEO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6º. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO:

Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (**Acuerdo Plenario N° 04-2008-CJ-116** de fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en Sala Penal Transitoria.

7º. HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA:

Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el **Título IV** Delitos Contra la Libertad, **Capítulo IX** Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etéreo 14 - 18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un “sinsentido”, como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170º CP) de la de violación presunta (artículo 173º CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173º, en los tres incisos de su estructura cubría la indicada protección en tres tramos: de **0 a 7 años**; de más de **7 a 10**

años y de más de **10 a 14 años**; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170º, y en su caso los artículos 171º, 172º, 174º, 175º, 176º, 177º, 179º del CP.

La Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173º inciso 3º del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179º-A del CP (texto según la Ley N° 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173º (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un “sinsentido” notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175º y 176º del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170º y 173º del CP. **[Ver Anexo 1]**

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170º y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173º del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad.

Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguay Quispe -Consulta N° 2224/2007-; sentencia Jihuallanca Arapa -Consulta N° 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase¹.

La última versión del inciso 3 del artículo 173° CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

Artículo 170° CP Violación sexual	Artículo 173° CP Violación sexual de menor de edad
El que <u>con violencia o grave amenaza</u> , obliga a una persona tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años .	El que <u>tiene acceso carnal</u> por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad , será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1 Como el Acuerdo Plenario no tiene carácter de ley, no resulta aplicable el art. 6° del CP, y por ello corresponde tanto a la sociedad civil como al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo atender la situación de las personas actualmente privadas de libertad, sufrido condena en acatamiento mecánico del artículo 173°.3 CP, cuando hubieron relaciones sexuales consentidas con personas mayores de catorce menores de dieciocho años, formulado los planteamientos idóneos para resolver esa materia.

Artículo 170º CP Violación sexual	Artículo 173º CP Violación sexual de menor de edad
<p>La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Si la víctima tiene menos de 10 años de edad, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene entre 10 años de edad, y menos de 14, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. 3. Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. <p>Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.</p>

8º. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA:

La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emitió como doctrina legal

jurisprudencial vinculante los **Acuerdos Plenarios N° 07-2007-CJ y Acuerdo Plenario N° 04-2008-CJ-116**, respecto a la interpretación del artículo 173.3º del CP.

El primero de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10º del CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175º y 179º-A del Código ya mencionado, siempre que concurren los siguientes factores:

- a) Diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no excesiva,
- b) Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y
- c) Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues -según se refiere- a partir de los artículos 175º y 176º del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007-CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

9º. CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES:

El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido

en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal - Parte General*. Editora Grijley, Lima, 2009, páginas 94/SS.] Así, la Ley Penal tiene que ser *certa* y *stricta* no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [JAVIER VILLA STEIN: *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92].

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambigüedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2º numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que *nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley*, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley; principio también reconocido en el artículo 11º.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15º.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374].

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal, no es la mera puesta en escena de una postura

del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 108*, Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso -caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

10º. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS:

El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente.

Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad [JOSÉ HURTADO y VÍCTOR PRADO: *Derecho Penal. Parte General*, 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14]. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema [CLAUS ROXIN: *Derecho Penal - Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56]. El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos -interés jurídicamente tutelado-. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: *Manual de Derecho Penal - Parte General*, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92]. Por ende, no existen

bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE: *Introducción al Derecho Penal*, Ara Editores, 2007, página 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal [BERND SCHÜNEMANN: *El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídico*, Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos. N° 38, Bogotá, página 21].

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el **Acuerdo Plenario N° 1-2011-CJ-116** de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o **por su minoría de edad**, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada **“intangibilidad”** o **“indemnidad sexual”**. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una

difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la **libre autodeterminación en el ámbito sexual**, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [RAMIRO SALINAS SICHA: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Jurista Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss.].

11º. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL:

La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la “libertad personal”, automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [TOMÁS GÁLVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho penal - Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria [IVÁN NOGUERA RAMOS: *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, páginas 39/42].

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

12º. CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL:

La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a *priori* de plena

capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal - Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650]. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la “indemnidad sexual” es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentido en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170º del C.P. como la prevista con la dación de la Ley N° 28251 -que modificó el artículo 170º- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor [TOMÁS GÁLVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho penal - Parte Especial*, Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451].

13º. CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN:

546

Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser concuasadado (casado) en los marcos del “molde normativo” preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.

Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales,

libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana.

La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

14º. PRECISIONES DOGMÁTICAS:

El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluri ofensivos).

No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).

Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos:

Positivo.- Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos.

Negativo.- Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170º y 173º CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173º, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170º (según Ley 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173º, modificando los cuantificadores etéreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.

Mientras el artículo 170º CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual², ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173º describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar -por innecesario- ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años).

Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima [ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO: *Derecho Penal Parte Especial*, Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215].

La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170º al inciso 3 del artículo 173º CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etáreo. En consecuencia, si el artículo 173º.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, **¿Queda algún contenido en dicha disposición?**

- **Quienes responden afirmativamente.**- sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las relaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas [así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012].
- **Quienes responden en sentido negativo,** sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173º, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

2 Cuando concurren el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida según el caso.

Al no haberse previsto en dicho sub tipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación *contra reo*, por lo que el inciso 3 del artículo 173º CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En ese sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173º.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual [RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, Marzo 2012].

La aplicación del artículo 173º.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas³.

15º. COLISIÓN APARENTE DE NORMAS:

El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173º CP y 170º C.P.; y del otro, directamente los artículos 175º, 179º-A y 170º CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176º-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que **no son válidas**; así entre otros casos, el artículo 245º C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2º de la Ley Nº 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo);

3 De persistirse en la aplicación médica del artículo 173º.3 CP, en tanto el bien jurídico que dicho dispositivo protege es la indemnidad sexual, se afianzaría la tutela de aquel bien absolutamente indisponible; como consecuencia, se regeneraría de facto el criterio incoherente con el resto del derecho peruano, bajo el cual resulta imposible que varios de los adolescentes mayores de 16 años contraigan matrimonio sin cometerse delito en su agravio (en contra de lo que establece el artículo 244º del Código Civil), colisionando con normas fundamentales y constitucionales que reconocen el derecho al libre desarrollo de los adolescentes; además, quedarían vacíos de contenido (careciendo de sentido jurídico propio por absorción de sus respectivos supuestos) los artículos 175º y 179º-A del CP, e incoherente el sentido del inciso 3 del artículo 176º-A del CP.

el artículo 95º y 100º del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa); el artículo 10º del D.Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N° 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173º CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual).

La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173º CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

550

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008-CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173º CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170º CP según el caso, o del artículo 171º ó 172º CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176º o del 179º-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al

artículo 179^o-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas. Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173^o del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175^o CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N^o 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima -en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179^o-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173^o del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173^o CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico **encaja con comodidad** el supuesto de hecho indicado en el artículo 170^o CP, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171^o y 172^o CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175^o, 176^o-A.3 y 179^o-A CP). [Ver Anexo 2]

16^o. SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA:

Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173^o CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica-amenaza-), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173^o.

Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo

(anterior versión) del artículo 170º CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

17º. SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA:

No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170º del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172º, 173º-A, 175º y 179º-A del CP o 176º-A.3 CP, como fuera atinente.

Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170º, 171º, 172º, 173º, 174º, 175º, 176º y 179º-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

III. DECISIÓN

18º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

19º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.

20º. PRECISAR que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

21º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUÉZ

ACUERDO PLENARIO N° 1-2012-CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ
ASUNTO: ARTÍCULO 170° DEL CÓDIGO PENAL Y
AGRESIÓN SEXUAL VIOLENTA PERPETRADA
CONTRA MAYORES DE 14 Y MENORES DE 18 AÑOS

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL VOTO DEL SEÑOR SAN MARTÍN CASTRO

- 1º. Que el ordenamiento jurídico en materia de Derecho penal sexual ha sufrido una intensa, contradictoria e incoherente modificación desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991 -en adelante, CP-. Si se analiza lo que es el objeto materia del presente Acuerdo Plenario, puede decirse con absoluta seguridad que el segmento etéreo entre catorce y dieciocho años ha sido tratado con perturbadora inconsistencia, de modo que se afecta el carácter racional del Derecho, que deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales, abstractas y coherentes.

Ello motivó a este Supremo Tribunal a una labor de interpretación sistemática y teleológica, así como a la incorporación de criterios de validez normativa, con sólidos fundamentos jurídicos, tanto constitucionales como propiamente penales, para armonizar en lo posible los alcances del Código Penal y lograr soluciones jurisprudenciales más razonables.

- 2º. Que la legislación vigente, en lo relativo al tipo legal de agresión sexual (artículo 170º CP) y al tipo legal de agresión sexual de menores (artículo 173º CP) tiene los siguientes alcances:
- A. El artículo 170º CP siempre exigió violencia o grave amenaza contra el sujeto pasivo por parte del sujeto activo, a la vez que persistentemente reconoció precisas circunstancias agravantes. Desde la Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, se precisó que el acceso carnal podía producirse por vía vaginal, anal o bucal, así como reconocía los “actos análogos” limitándolos a la introducción de objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal.

La Ley N° 28704, del 5 de abril de 2006 -vigente en la actualidad-, en primer término, agravó la sanción al fijar para su comisión pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; y, en segundo término, incorporó cinco agravantes en función a la especial conducta peligrosa del sujeto activo o a sus cualidades personales, en cuya virtud estableció como pena privación de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación.

- B.** El artículo 173° CP durante un lapso de tiempo prolongado, pese a las variaciones legales, estableció que el sujeto pasivo del delito era un menor de catorce años. Es más, graduó la pena en función a tres segmentos etáreos: menos de siete años, siete años a diez años, y diez años a menos de catorce años. La Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, si bien en su primer párrafo se limitó a identificar al sujeto pasivo como “menor de edad”, determinó las mismas edades específicas para modular la sanción penal.

Empero, la Ley vigente N° 28704, del 5 de abril de 2006, no sólo insistió en el primer párrafo en designar al sujeto pasivo como un “menor de edad”, sino que varió los segmentos etáreos: menos de diez años de edad, entre diez años de edad y menor de catorce, y entre catorce años edad y menos de dieciocho (numeral 3).

- 3º.** Que ante la contradicción legal que representó el numeral 3) del artículo 173° CP, modificado por la Ley N° 28704, el Acuerdo Plenario N° 4-2008-CJ-116, del 18 de julio de 2008, en relación con los demás tipos legales que integran el Derecho penal sexual y el resto del ordenamiento jurídico, declaró -al amparo del artículo 139º.11 de la Constitución-, fijando como sentido interpretativo que toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad no puede ser objeto de sanción penal en virtud de la causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 20º.10 CP. Tal fue la norma finalmente aceptada por este Supremo Colegiado Penal.
- 4º.** Que el problema objeto del presente Acuerdo Plenario se centra, esta vez, en determinar si la agresión sexual cometida con violencia o grave amenaza contra un adolescente de catorce años de edad y menos de dieciocho años de edad debe reprimirse conforme a las disposiciones del artículo 170º CP o del artículo 173º.3 CP.
- 5º.** Que él o la adolescente, por su propia evolución en los ámbitos físico y psicológico, ha de ser considerado o considerada como una persona que goza de capacidad suficiente para autodeterminarse en diversos

planos de su vida cotidiana, en tanto sujeto de derechos, capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, en conformidad con la evolución de sus facultades [evidencia científica que está en la base de los Acuerdos Plenarios 7-2007/CJ-116 y 4-2008-CJ-116]. En consecuencia, no puede ser calificado o calificada como menor de edad, haciendo abstracción de su evolución fisiológica y psicológica, a quien por ello debe extenderse, desde el ordenamiento penal, tal y como está configurado, una protección extraordinariamente diferenciada de las personas que tienen dieciocho o más años de edad.

Frente a esta constatación, sin embargo, el vigente artículo 173^o.3 CP no sólo extiende la protección penal propia al referido segmento etéreo: catorce años a menos de dieciocho años, sino que además fija una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

El establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo -como en el caso peruano- que no va acompañada de una diferencia de edad mínima (*age span*) para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica instituir una prohibición de ejercicio de la sexualidad [COUSO, JAIME: *La sexualidad de menores de edad ante el Derecho Penal*. Ponencia presentada entre el 11 y 14 de junio de 2009 en Asunción - Paraguay, página 34]. Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos tiene precisado que plantear una incapacidad general y absoluta de los y las adolescentes menores de catorce o dieciséis años de consentir cualquier contacto o relación sexuales aparece como una negación de sus derechos de privacidad (entre otros, Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health authority and another, House of Lords, del 17 de octubre de 1985).

Es claro que la indemnidad sexual, como bien jurídico, sólo comprende a los menores de catorce años porque se trata de niños que merecen toda la protección legal razonable que corresponda, y la agresión sexual en su agravio importa un prevalimiento clásico, en la medida en que por su condición personal no pueden prestar consentimiento válido; carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, al no haber alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

También es evidente que la libertad sexual, igualmente como bien jurídico, se entiende referida a las personas que pueden prestar un consentimiento válido de elegir y practicar la opción sexual que prefiere en cada momento. Esto es, al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, a su capacidad de actuación sexual.

Este último argumento -que tienen libertad sexual-, sin duda, puede reclamarse en su esencia de los adolescentes. Ello no obsta, claro está, la incorporación de tipos legales o circunstancias que tomen en cuenta la particular evolución y desarrollo físico y psicológico de los adolescentes, como ha sido el caso de la vigente legislación punitiva.

- 6º. Que, en tal virtud, es de estimar si dicho precepto legal colisiona con otros del Código Penal, de suerte que tal antinomia debe resolverse aplicando la norma más favorable conforme lo dispone el artículo 139º.11 de la Constitución. Esta situación: reconocimiento de colisión de disposiciones vigentes, ha sido resuelta en ese sentido por los dos Acuerdos Plenarios antes indicados.

En efecto, el segmento etéreo analizado tiene diversas y contradictorias disposiciones jurídico penales. Cabe señalar lo dispuesto en los artículos 176º-A CP, 179º-A CP y 175º CP (Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ116, FJ 7), que reconocen lo constante de nuestro sistema punitivo: que el sujeto pasivo de diversos tipos legales que integran el Derecho penal sexual y que se refieren a adolescentes fijan como edad entre catorce años y menos de dieciocho años, casos en los que la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales -que se requieren en el supuesto de los niños o niñas-, como el engaño o el aprovechamiento de una situación de prevalencia, superioridad o dominio en sus diversas manifestaciones del autor del hecho sobre la víctima. Esa lógica, como se denuncia en este Acuerdo Plenario, ha sido alterada por el numeral 3) del artículo 173º CP.

- 7º. Que, por otro lado, no puede dejar de reconocerse que el numeral 3) del artículo 173º CP es claro desde una perspectiva o método gramatical de interpretación de la ley penal: se sanciona como delito de agresión sexual agravada, de menores de edad, a los que tienen acceso carnal, sin interesar la voluntad de la víctima, cuando ésta tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho. Empero, como postula la doctrina, la interpretación gramatical o literal no suele ser suficiente; debe ser complementada con la interpretación lógico-sistemática, que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico. Los términos legales no pueden interpretarse de manera aislada sino en relación al contexto en que se les utiliza, de modo que eviten las contradicciones cuando el legislador olvide el orden sistemático.

En atención a lo anteriormente expuesto, y si bien no puede desbordarse el sentido literal posible de las leyes -la interpretación gramatical opera como límite, cabe aquí incorporar, más allá de una interpretación restrictiva, una determinación o un juicio de validez concreta de una norma, en la medida en que su texto, aisladamente apreciado, contradice otras disposiciones legales vigentes que regulan un ámbito común del fenómeno social regulado.

En este caso ya no se trata de reducir el ámbito del sentido literal propio de los términos del numeral 3) del artículo 173º CP: interpretación restrictiva, sino de entender que se presenta un supuesto de contradicción normativa intrasistémica, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable, tal como establece el artículo 139º.11 de la Constitución. La existencia de dos consideraciones simultáneas sobre la integralidad de un mismo fenómeno objeto de regulación jurídica -de reglas contradictorias aplicables al caso- obliga al juzgador a optar, desde los principios -que también son enunciados jurídicos-, por la norma más benigna, para lo cual se acude a una fuente del Derecho con autoridad y prestigio, como es el citado artículo 139º.11 de la Constitución, y que por lo demás es una norma válida que exige cumplimiento pleno.

- 8º. Que, en tal virtud, el enjuiciamiento jurídico o subsunción, de concreción de la norma, necesariamente abstracta y general, al caso objeto de análisis: agresión sexual con violencia o grave amenaza de una persona entre catorce años de edad y menos de dieciocho, se decanta por el artículo 170º CP, con exclusión del numeral 3) del artículo 173º CP. Ésta es la significación y el contenido correcto que en lo sucesivo han de tener presente los jueces, que precisa cuál es la norma válida para la subsunción objeto de análisis; su validez se afirma, básicamente, en que supone la afirmación de un principio reconocido universalmente por el Derecho Constitucional y Penal. Se invoca, pues, una razón autoritativa.

La conclusión asumida, propia de una sentencia de principio y no meramente de especie, cabe enfatizarlo: es compatible, desde el resultado final de la interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal, con los principios, valores y garantías previstos en la Constitución -no se puede olvidar el carácter normativo de la Constitución, la efectividad de los principios y derechos consagrados en ella, y la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia-.

Es obvio, consecuentemente, que el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico son definidos finalmente por la Constitución. Ésta fija el criterio de favorabilidad ante contradicciones de normas vigentes

-aquí invocado expresamente-, así como reconoce la aplicación imperativa del principio de proporcionalidad. La justicia material no tendría lugar si se evade estas premisas y, como corolario, se aplica un precepto legal incoherente con las demás disposiciones de la ley sin atender a una regla superior destinada a superar las antinomias normativas.

Estos marcos de decisión están ceñidos a los límites y base dogmática que permite la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La evaluación que aquí se efectúa -siempre imprescindible para dilucidar un conflicto de alcances significativos- **(i)** no es una ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad -perspectivas autónomas de política criminal-, **(ii)** ni pierde conexión con el texto constitucional, cuyas normas y principios se invocan; **(iii)** respeta el principio de separación de poderes -no crea una respuesta jurídica al margen de una regla de Derecho-, y **(iv)** asume una fórmula reconocida para cubrir un supuesto de vacío o de incoherencia normativa.

Sr.

SAN MARTÍN CASTRO

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO Y VILLA BONILLA

Los señores Jueces Supremos que suscriben este voto en minoría discrepan del sentido hermenéutico aprobado por mayoría simple, y que asume la aplicación del artículo 170º del Código Penal en casos de acceso carnal no consentido con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad. Interviene como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *Sobre las diferencias y autonomía funcional de las modalidades de delitos de violación tipificadas en el Código Penal*

- 560
- 1º. Tradicionalmente en la legislación penal nacional se han tipificado **tres modalidades de violación** entre los delitos contra la libertad sexual: la violación (*strictu sensu*) o acceso carnal con empleo de medios violentos (violencia física o amenaza); las violaciones presuntas o supuestos donde el acceso carnal se califica como no consentido por el sujeto pasivo y por ende punible, mediante una presunción *iuris et de iure*; y la violación por prevalimiento o acceso carnal mediante abuso de la posición de dominio y subordinación que ejerce el agente sobre la víctima. Tanto el Código Penal de 1924 (Cfr. Artículos 196º a 199º y 202º) como el de 1991 (Cfr. Artículos 170º a 173º y 174º) optaron por incluir de modo autónomo tales hipótesis de agresión contra la libertad sexual. No son, pues, tipos penales derivados unos de otros ni elementos típicos accidentales agregados a un tipo básico identificable genéricamente, pese a girar en torno a una **conducta típica común de acceso carnal**.
 - 2º. Una de las modalidades de violación presunta ha sido siempre en nuestro sistema jurídico penal la denominada **violación de menores de edad**, donde la presunción *iuris et de iure* se basaba estrictamente en la edad del sujeto pasivo. Siendo, además, frecuente que el legislador considere como un criterio de agravación sucesiva que la edad de la víctima sea menos de siete años, menos de diez o menos de catorce años. Esta técnica legislativa y estructura típica se ha mantenido desde mediados de los años setenta del siglo pasado (Cfr. Manuel Espinoza Vásquez.

Los Delitos Sexuales en el Código Penal Peruano. Trujillo. 1974. p. 66 y ss.), hasta la primera mitad de la presente década. Sin embargo con la publicación de la Ley N° 28704, el 5 de abril de 2006, se introdujeron dos modificaciones relevantes. Por un lado se elevó hasta menos de 18 años de edad el límite de la operatividad legal del artículo 173º (se amplió la tutela penal absoluta de los menores hasta esa edad).Y, por otro lado, se incluyó al interior del citado dispositivo una nueva escala punitiva **para los casos de víctimas entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad**, consignándose para estos supuestos una penalidad conminada **no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad**.

- 3º. La repentina y distorsionante modificación, así como lo evidentemente desproporcionado de la consecuencia punitiva que ella generaba, motivo dos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema destinados a controlar hermenéuticamente sus riesgos de exceso, especialmente en aquellos casos donde el acceso carnal contó con el consentimiento de la víctima y cuando el autor mantenía una relación sentimental con aquélla, así como cuando las diferencias etáreas entre los sujetos activo y pasivo, no eran extremas haciendo comprensible dicho vínculo afectivo (enamorado o convivientes). Es por ello que en un primer Acuerdo Plenario se exhortó a los jueces a no imponer en tales casos penas mayores a seis años de pena privativa de libertad, pues en otros delitos de mayor antijuricidad pero de iguales características, como los previstos en los artículos 175º y 179º-A esa era la penalidad máxima prevista para sus autores (Cfr. Acuerdo Plenario N° 7/2007-CJ-116, fundamentos jurídicos 7º al 12º). Luego en un segundo Acuerdo Plenario se procuró legitimar tales actos en base al consentimiento concurrente de la víctima, al que se estimaba válido en base a la capacidad relativa de ejercicio que la legislación civil concede excepcionalmente a menores de edad, reconociéndole al mismo el efecto justificante que establece el inciso 10 del artículo 20º del Código Penal (Cfr. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, fundamentos jurídicos 6º al 9º). Cabe destacar que **en ninguno de estos dos Acuerdos Plenarios se desconoció la validez legal, normativa y punitiva del inciso 3 del artículo 173º o se planteó su inaplicación a cualquier otro caso donde el acceso carnal tuviera como agraviado a un menor de 14 y hasta menos de 18 años de edad**. Por ende, la observación que formuló al respecto la ponencia de la Jurista GARCÍA CANTIZANO sobre una extralimitación en lo acordado por el segundo de los Acuerdos Plenarios citados, y que afectaría al principio de la legalidad y a las competencias exclusivas del legislador (*“El que vía interpretación jurisdiccional de una norma absolutamente clara se pretenda dar solución a un problema de coherencia interna del*

*Código penal, generado por el legislador, nos hace cuestionar seriamente la legitimidad de la solución aportada en el referido Acuerdo Plenario”), no es correcta pero demanda, sí, mejorar la redacción de dicho fundamento para evitar percepciones erradas sobre su alcance y utilidad. En tal sentido, debió aprovecharse este Pleno Extraordinario para hacer la aclaración pertinente. **Menos aún, se ha insinuado, siquiera, en los precedentes Acuerdos Plenarios -como parece entender la propuesta aprobada en mayoría simple- una posible asimilación residual del artículo 173º inciso 3, al supuesto típico de otras formas de violación como las reguladas por los artículos 170º, 171º, 172º y 174º, donde el sujeto pasivo siempre debe ser una persona de dieciocho o más años de edad,** como ha sido unánimemente destacado por la doctrina nacional más caracterizada (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II. 4ª. Edición. GRIJLEY. Lima 2010. p. 733 y ss.).*

§ 2. *Los desarrollos hermenéuticos posteriores a los Acuerdos Plenarios de 2007 y 2008*

- 4º. En la *praxis* judicial posterior a los Acuerdos Plenarios citados, se fue manifestando una opción hermenéutica que optaba por calificar a los actos de acceso carnal sin consentimiento de la víctima, cuando ésta contaba entre catorce y menos de dieciocho años de edad, como asimilables a las hipótesis típicas de violación por medio de violencia o amenaza; violación presunta por mediar estados de inconsciencia; o violación por incapacidad de resistencia de la víctima o prevalimiento del autor, previstas en los artículos 170º, 171º, 172º y 174º, respectivamente (en ese sentido la Ejecutoria Suprema del 8 de setiembre de 2011, recaída en el Recurso de Nulidad N° 3206-2010. Procedente de Ayacucho, Noveno Considerando. Ponente Sr. Rodríguez Tineo *“habiendo quedado acreditado que el procesado con violencia mantuvo acceso carnal con la menor agraviada, este Supremo Tribunal estima que los hechos materia de imputación se adecuan al delito de violación -tipo base- tipificado en el artículo ciento setenta, numeral dos del Código Penal...”*). Esta posición interpretativa se ha apartado, pues, de los alcances y validez normativa del artículo 173º, inciso 3, al que no le reconoce capacidad típica para subsumir tales actos. El argumento sostenido para asumir tal postura jurisdiccional parece ser una posible derivación o transformación particular del bien jurídico tutelado en las agresiones sexuales que sufren menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y que ya no respondería a la noción de indemnidad sexual. Se trata, pues, de un planteamiento político criminal más que una alegación crítica o superadora de la propia estructura normativa y funcional del artículo 173º. Al respecto se infiere lo siguiente: **el menor de catorce y hasta**

menos de dieciocho años de edad tiene igual libertad sexual que un adulto y por ende las agresiones sexuales que padece deben ser equivalentes a los supuestos que la ley tradicionalmente ha considerado como modalidades punibles de violación de personas de dieciocho o más años de edad (en ese sentido el Voto Mayoritario del 29 de setiembre de 2011, en la Discordia suscitada en el Recurso de Nulidad N° 3982-2010. Sala Penal Permanente. Procedente de Junín, suscrito por los Señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Santa María Morillo: *“Que, en el presente caso, la agraviada es una menor de catorce años y nueve meses -por lo que tiene capacidad jurídica para disponer de su sexualidad «libertad sexual», de manera que el bien jurídico afectado es su libertad y no su indemnidad sexual- y en todo momento ha negado haber consentido las relaciones sexuales; que, además, existió una relación de convivencia entre la madre de la agraviada y el encausado..., situación que le permitió tener particular autoridad y prevalerse de su condición de padrastro para ejercer «intimidación» como medio para lograr someterla sexualmente..., de manera que la conducta punible configura el delito de violación previsto en el numeral dos del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal...”*).

§ 3. Admitir la aplicación del Artículo 170º del Código Penal constituye una reducción teleológica no compatible con el principio de legalidad

5º. Los que suscriben consideramos, respetuosamente, que el razonamiento jurisdiccional que sustenta el planteamiento aprobado por mayoría simple, **constituye una reducción teleológica que contradice el principio de legalidad** (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4a. Edición. IDEMSA. Lima 2011. p. 224: *“Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo”*); y que, además, no es compatible con la configuración sistemática de los tipos penales concernientes a delitos contra la Libertad Sexual en el Código penal vigente. Sobre todo cuando considera al artículo 170º como un *“tipo base”* y al artículo 173º como un *“tipo derivado”* de aquél, lo cual es incorrecto ya que se trata de tipos penales autónomos con roles funcionales y estructuras típicas claramente diferenciables. Pero, además, porque él descarta sin justificación genérica ni específica la concurrencia de un **componente especial e histórico que gobierna toda la estructura y sentido del artículo 173º y que es la edad del sujeto pasivo y que le da a este la condición de menor**, dato óntico que no es superable ni puede ser anulado por ninguna interpretación de *lege lata* o *lege ferenda*, sea que

ésta incida en el modo de ejecución del delito, en el medio empleado para la práctica sexual ilícita, o en las condiciones o aptitudes psicofísicas del sujeto pasivo de dicha práctica. El artículo 173º en la actualidad siempre será el que reprima en exclusiva **la violación de menores de dieciocho años de edad**. De otro lado, cuestionamientos de política criminal o basados en propuestas legislativas frustradas (Cfr. Proyecto de Ley Nº 2723-2008-CR; Proyecto de Ley Nº 3189/2008-CR; Proyecto de Ley Nº 4297/2010-PE) o latentes (Anteproyecto de Código Penal 2008-2010) para la reforma del citado artículo, o para la supresión de su incoherente inciso tercero, serán de momento expectativas técnicas pero no eliminan su actual existencia formal ni sus controvertidos alcances normativos. Por lo demás, la doctrina penal que actualmente comenta el artículo 173º, inciso tercero, tiende a ser homogénea y ratifica que **se trata de un delito de violación presunta de menores de edad** y no una modalidad impropia o agravada de las formas de violación regulada en el artículo 170º como lo han sostenido tres de las cuatro ponencias que fueron expuestas en la Audiencia Pública preparatoria del pasado 12 de marzo del presente año (Ver: conclusiones de Ponencias de María del Carmen García Cantizano; DEMUS; PROMSEX).

- 6º. Por otro lado **el status de menor de edad, como se ha destacado, no es una ficción sino una realidad material y legal**. En efecto, la posición hermenéutica aludida y de la cual cortésmente discrepamos, no toma en cuenta que la legislación civil sólo reconoce **capacidad de ejercicio relativa a los menores de dieciséis años y no a los de catorce años** (Cfr. Artículo 44º, inciso 1 del Código Civil). Estos últimos muy excepcionalmente pueden ejercer tal capacidad relativa en asuntos de índole familiar (Cfr. Artículo 46º, párrafo segundo y 241º, inciso 1 del Código Civil). Por tanto **todos ellos para la legislación civil siguen siendo menores hasta que cumplan dieciocho años** (Cfr. Artículo 42º del Código Civil). Es más, el propio Código Penal los califica como inimputables por su minoría de edad (Cfr. Artículo 20º, inciso 2) y la Constitución no los estima aún ciudadanos ni les da capacidad política que constituye la máxima expresión de libertad del individuo en una sociedad democrática (Cfr. Artículo 30º de la Constitución Política del Perú), a la vez que el Código de los Niños y Adolescentes los tiene aún como sujetos de sus disposiciones normativas (Cfr. Artículo I, primer párrafo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Es más, la Convención de los Derechos del Niño también los comprende como sujetos de protección (Cfr. Artículo 1º: “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”).

§ 4. **No existe antinomia legal entre el artículo 170º y el artículo 173º. 3 del Código Penal que deba dilucidarse conforme al artículo 139º inciso 11 de la Constitución**

7º. Las hipótesis y disposiciones normativas del artículo 173º.3 y las que corresponden al artículo 170º no configuran una antinomia legal que demande una solución ponderada en base al principio de favorabilidad hermenéutica que autoriza el artículo 139º inciso 11 de la Constitución. Tanto en el plano legal como teleológico y constitucional, ambos artículos del Código sustantivo tienen un espacio de tutela funcional y de aplicación propios, que los hace sistemáticamente coherentes y plenamente compatibles. En efecto, el primero desarrolla una tutela penal ampliada de la libertad sexual **de todo menor de edad**, es decir, de quien no ha alcanzado la condición etárea de sujeto pasivo, de 18 años o más, que exige el artículo 170º. De otro lado, no se aprecia desde los contenidos y alcances tuitivos de los artículos 175º y 179º-A del Código Penal una contradicción legal con los que comprende el artículo 170º, que derive en la necesidad alternativa o de principio de aplicarlo en vez del artículo 173º.3, cuando un menor de 14 a menos de 18 años de edad sea agredido sexualmente de modo violento. En efecto, el artículo 170º **exige el empleo de la violencia o la amenaza para el acceso carnal de la víctima mayor de edad**, lo cual está totalmente excluido como medio de realización del acto sexual o análogo en los artículos 175º y 179º-A que, al margen de estar referidos exclusivamente a menores de edad, demandan para la realización de la práctica sexual ilícita que tipifican **sólo la concurrencia en la víctima de un consentimiento viciado por el engaño o la contraprestación económica**. El componente, pues, del desvalor antijurídico en todos esos artículos es siempre diferente, de allí que resulte lógica la mayor punibilidad y sanción del acto sexual violento cuando el agraviado es un menor de edad lo que corresponde al estándar punitivo fijado por el artículo 173º.3. La referencia, entonces, a los artículos 175º y 179º-A, **no es asimilable para justificar la aplicación del artículo 170º en vez del artículo 173º.3 en los casos de acceso sexual por violencia o amenaza de menores de 18 años, ella sólo lo era para argumentar la reducción de la penalidad que propuso el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 para las relaciones sexuales consentidas** (no impuestas contra la voluntad del menor ni por violencia ni amenaza), con un menor de 14 a menos de 18 años de edad. No resulta, por tanto, suscribible, desde este enfoque, la tesis de una interpretación constitucional favorable y benigna que lleve a aplicar el citado artículo 170º en tales supuestos de acceso sexual violento. La cual, por lo demás, debilitaría *contra legem* el ámbito de protección sexual de los menores ante graves agresiones sexuales en su agravio y entraría

en colisión con el principio convencional especial del interés superior de los menores de 18 años que avalan los artículos 1º (“*Para efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad...*”) y 3º (“*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño*”) de la Convención del Niño, suscrita por el Estado peruano y que integra el bloque de constitucionalidad en nuestra legislación fundamental.

En atención, pues, a los antecedentes, observaciones y fundamentos expuestos, **NUESTRO VOTO** es en el sentido de que en tanto no haya una derogación legal expresa de las modificaciones que introdujo la Ley N° 28704, en el artículo 173º del Código Penal, el acceso carnal que se practique a un menor entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, sin su consentimiento o contra su voluntad, debe ser siempre calificado como un delito de violación de menores y ser sancionado conforme a la penalidad prevista para el inciso 3 del citado numeral.

S.S.

LECAROS CORNEJO
PRADO SILDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIA****ACUERDO PLENARIO N° 2-2012/CJ-116**

(Publicado el 26 de julio de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ

ASUNTO: AUDIENCIA DE TUTELA E IMPUTACIÓN SUFICIENTE

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y los Jueces Supremos de lo Penal de este Máximo Tribunal de Justicia Ordinario, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2º. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a

- la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.
- 3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Giammpol Taboada Pilco (Juez de Investigación Preparatoria de La Libertad); Julio Cesar Espinoza Goyena (Representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal); Eduardo Remi Pachas Palacios y Mario Pablo Rodríguez Hurtado, profesores de derecho procesal penal.
 - 4º. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
 - 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario.

Interviene como Ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- 6º. Los rasgos generales o características esenciales de la acción de tutela jurisdiccional penal, normada en el artículo 71º del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP- han sido abordados en el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116.

Los derechos fundamentales que se protegen son aquellos previstos en el citado artículo 71º NCPP. Uno de ellos es el: conocimiento de los cargos formulados en contra del imputado (artículo 71º.2, 'a'). Debe entenderse por 'cargos penales', aquella relación o cuadro de hechos -acontecimiento histórico-, de relevancia penal, que se atribuye al imputado y que, *prima facie*, justifican la inculpación formal del Ministerio Público.

El artículo 336º.2, 'b' NCPP, sobre este extremo, fija como contenido de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria -en adelante, DFCIP-, "*los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación*".

- 7º. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos -que no de su justificación indiciaria procedimental-, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible -cumplidos todos los presupuestos procesales- con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal -es decir, que impulse el procedimiento de investigación-. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible -presupuesto jurídico material- atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso.

Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria -o, mejor dicho, 'delimitación progresiva del posible objeto procesal'-, y que el nivel de precisión del mismo -relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía- tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC Nº 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.

- 8º. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación

penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público -distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales- (verbigracia: artículo 15^o.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal).

Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal -el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional-. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional -el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6^o.1, 'b' NCPP-.

- 9^o. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal -bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N^o 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de 2010)-, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por concluida la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino 'sospecha suficiente' -se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada-, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344^o.1, 346^o.1, 350^o.1,'a' y 352^o.2 y 4 NCPP).

Así las cosas, se entiende que el párrafo 14 del Acuerdo Plenario N^o 4-2010/CJ-116 limite el ejercicio de la acción de tutela, a la que califica de "residual", a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 71^o NCPP, y que el párrafo 18 fije como criterio base la irrecurribilidad de la DFCIP.

- 10^o. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados 'derechos instrumentales' (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados 'derechos sustanciales', que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo

72º.2, 'a' NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de imputación en sede de investigación preparatoria (vid: artículo 342º.1 NCPP) tengan un mínimo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar.

Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139º.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad.

Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos -este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71º.1 NCPP-.

- 11º.** Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél -que se erige en requisito de admisibilidad-, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.

En este caso la función del Juez de la Investigación Preparatoria -ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora -disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes-. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación.

III. DECISIÓN

- 12º.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la intervención del Presidente del Poder Judicial, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

- 13º. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6º al 11º.
- 14º. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado Estatuto Orgánico.
- 15º. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano".
Hágase saber.-

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUÉZ**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL EXTRAORDINARIO PENAL

ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116

(Publicado el 26 de julio de 2012)

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116º TUO LOPJ
ASUNTO: SOBRE LA NECESIDAD DE REEVALUAR LA SUSPENSIÓN
DE LA PRESCRIPCIÓN DISPUESTA EN EL ARTÍCULO 339º.1
DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1º. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 053-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó el Foro de “Participación Ciudadana”- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

- 2º. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas. La primera etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, quienes intervinieron con sus valiosos aportes en la identificación y análisis de los tres problemas hermenéuticos y normativos seleccionados. Para ello se habilitó el Foro de “Participación Ciudadana” a través del portal de internet del Poder Judicial, de suerte que se logró una amplia participación de la comunidad jurídica y de diversas instituciones del país a través de sus respectivas ponencias y justificación.
- 3º. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores Alcides Chinchay Castillo (Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal); Gino Valdivia Guerola (Fiscal Adjunto Provincial de Arequipa), y Eduardo Alcócer Povis del Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- 4º. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios, con la designación de Jueces Supremos Ponentes para cada uno de los tres temas seleccionados. Esta fase culminó el día de la Sesión Plenaria realizada en la fecha con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), con igual derecho de voz y voto. Es así, como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a pronunciar resoluciones vinculantes con el fin de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.
- 5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 y la suspensión de la prescripción de la acción penal por formalización de la Investigación Preparatoria*

6º. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, al analizar la naturaleza y efectos de la configuración del artículo 339º inciso 1 *“La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal”* declaró expresamente en su fundamento jurídico 27 lo siguiente: *“La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la ‘suspensión’ con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de ‘interrupción’ de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara”.*

7º. Sin embargo, con posterioridad a este Acuerdo Plenario un sector minoritario de la doctrina y de la judicatura nacional ha vuelto **a insistir en la conveniencia de asumir que lo previsto en dicha norma como suspensión debe ser entendido como interrupción** y que, incluso, procede a apartarse de lo establecido en el Acuerdo Plenario sobre la materia (Cfr. Sentencia de Apelación del 21 de marzo de 2011, recaída en el Expediente N° 00592-2008-49-1302-JR-PE-01. Corte Superior de Justicia de Huaura, fundamentos 4.1 a 4.10 y Voto Singular del Juez Superior Reyes Alvarado. Asimismo, comentario a dicha sentencia de José David Burgos Alvarado: La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011, p. 261 y ss.). Entre estas posturas también se ha afirmado, sin mayor detalle argumental y de modo reiterado, que la disposición del artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal, ha derogado las reglas sobre interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal que contienen los artículos 83º y 84º del Código Penal sustantivo. Frente a ello, otro calificado sector de la doctrina ha ratificado la coherencia y validez de lo establecido por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Raúl Pariona Arana. La Prescripción en el Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o interrupción de la prescripción? en Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011, p. 221 y ss.). Las ponencias presentadas en la Audiencia Pública Preparatoria del 12 de marzo han puesto también de manifiesto

estas discrepancias con diferentes argumentos en uno y otro sentido, siendo común a todas la ***ausencia de un análisis del origen histórico y comparado del inciso 1 del artículo 339º*** y que resulta imprescindible para esclarecer definitivamente la función y alcances dogmáticos así como prácticos de tal disposición legal.

§ 2. ***La fuente legal extranjera del artículo 339º inciso 1 valida la posición hermenéutica asumida en el Acuerdo Plenario de 2010***

8º. La influencia directa de la reforma procesal penal chilena en la redacción del artículo 339º inciso 1 es plena y evidente. En efecto, al igual que la norma nacional, el literal a) del artículo 233º del Código Procesal Penal de Chile también establece que ***“La formalización de la investigación preparatoria producirá los siguientes efectos: a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal”***. Ahora bien, en el artículo aludido del texto fundamental del Derecho Penal sustantivo del vecino país del sur los efectos y causales de la suspensión de la prescripción de la acción penal están claramente diferenciados de los que corresponden a la interrupción: ***“Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él”***. Esto significa, sencillamente, que en Chile siempre la incoación de un proceso contra el autor de un hecho punible es causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y no de interrupción. Lo mismo ocurre ahora en el Perú desde la puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004. Por tanto, la interpretación hecha por el Acuerdo Plenario es correcta y tiene plena validez técnica y práctica.

§ 3. ***La suspensión e interrupción de la prescripción de la acción penal en el derecho penal histórico peruano han regulado siempre causales y efectos distintos***

9º. En el derecho penal histórico nacional, también los efectos y las causales de interrupción y suspensión de la acción penal han estado claramente estipulados sin que haya posibilidad alguna de confundirlos. Remitiéndonos únicamente al Código Penal de 1924 podemos constatar incluso que los artículos 121º sobre interrupción y el 122º sobre suspensión ponían en evidencia tales diferencias. Es más, en el segundo de los artículos citados, incluso se estipulaba que los efectos de la suspensión no alcanzaban a los plazos de la prescripción extraordinaria de la acción penal prevista en el párrafo *in fine* la primera de dichas normas: ***“Si el comienzo o la terminación del proceso dependiese de cualquier cuestión que deba resolverse en otro***

procedimiento, se considerará en suspenso la prescripción hasta que esté concluido, salvo lo prescrito en la última parte del artículo anterior". Importante salvedad que no fue reproducida por el actual artículo 84º del Código Penal vigente, demostrando con ello, una vez más, que no existe en la legislación vigente ninguna relación de identidad ni dependencia residual entre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal. De esta manera, desde el plano histórico, se vuelve a ratificar la pertinencia y solidez hermenéutica de lo acordado en el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§ 4. Las relaciones intrasistemáticas entre los artículos 83º y 84º del Código Penal de 1991, con el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 son de plena compatibilidad funcional

10º. Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente, las reglas contenidas en el artículo 83º de Código Penal vigente. El artículo 84º del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339º del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. ***Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.*** Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5º en sus incisos 1 y 2:

- “1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado.***
- 2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica que no la hubieren deducido”.***

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

§ 5. Necesidad de un plazo razonable para la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004

11º. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del **principio de plazo razonable** para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122º del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339º inciso 1, **no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo.** Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art. 96º), de octubre de 1984 (Art. 83º), de agosto de 1985 (Art. 89º) y de abril de 1986 (Art. 88º) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible.

III. DECISIÓN

12º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

13º. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos **6º** al **11º**.

14º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del citado estatuto orgánico.

15º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

S.S.

**SAN MARTÍN CASTRO
VILLA STEIN
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
SALAS ARENAS
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA
MORALES PARRAGUÉZ**

[Índice]

Prólogo.....	5
Presentación.....	9
Resolución Ministerial N° 0244-2013-JUS.....	13
Guía del Lector.....	15
Principio del Servicio Público.....	17
Abreviaturas.....	19

PRIMERA PARTE MATERIA PENAL (I): ACUERDOS PLENARIOS

TÍTULO I ACUERDOS PLENARIOS

1. Acuerdos Plenarios del 2005

1.1. Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22	
Ejecutorias supremas vinculantes.....	27
1.1.1. Recurso de Nulidad N° 224-2005.....	31
1.1.2. Recurso de Nulidad N° 1091-2004.....	33
1.1.3. Recurso de Nulidad N° 948-2005.....	36
1.1.4. Recurso de Nulidad N° 1538-2005.....	38
1.2. Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116	
Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado.....	40
1.3. Acuerdo Plenario N° 3-2005/CJ-116	
Intervención de tres o más agentes. Alcances del Artículo 297º. 6 del Código Penal.....	45
1.4. Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116	
Definición y estructura típica del delito de peculado, Artículo 387º del Código Penal.....	49

2. Acuerdos Plenarios del 2006

2.1. Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22	
Ejecutorias supremas vinculantes	57
2.2.1. Recurso de Nulidad N° 1450-2005/Lima.....	61
2.2.2. Recurso de Nulidad N° 1912-2005/Piura.....	66
2.2.3. Recurso de Nulidad N° 2448-2005/Lima.....	70
2.2. Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116	
Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes	76
2.3. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116	
Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información.....	83
2.4. Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116	
Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación ilícita para delinquir.....	91
2.5. Acuerdo Plenario N° 5-2006/CJ-116	
Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales.....	96
2.6. Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116	
Reparación civil y delitos de peligro	104
2.7. Acuerdo Plenario N° 7-2006/CJ-116	
Cuestión previa e identificación del imputado.....	109

3. Acuerdos Plenarios del 2007

3.1. Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22	
Ejecutorias supremas vinculantes	117
3.3.1. Recurso de Nulidad N° 2090-2005.....	121
3.3.2. Recurso de Nulidad N° 496-2006.....	124
3.3.3. Recurso de Nulidad N° 1500-2006.....	128
3.3.4. Recurso de Nulidad N° 1920-2006.....	131
3.2. Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116	
Valor probatorio de la pericia no ratificada	133

3.3. Acuerdo Plenario N° 3-2007/CJ-116	
Pérdida de imparcialidad y proceso de habeas corpus o de amparo	138
3.4. Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116	
Desvinculación procesal. Alcances del Artículo 285º - A del Código de Procedimientos Penales.....	143
3.5. Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116	
<i>La non reformatio in peius</i> y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (Artículo 300º C.P.P.).....	150
3.6. Acuerdo Plenario N° 6-2007/CJ-116	
Suspensión de la prescripción cuando existe recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que ponen fin a la instancia	157
3.7. Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116	
Violación Sexual: alcance interpretativo del Artículo 173º.3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena	162
3.8. Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116	
Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal.....	168
3.9. Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116	
Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80º y 83º del Código Penal	172
4. Acuerdos Plenarios del 2008	
4.1. Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116	
Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena	179
4.2. Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116	
Alcances de la pena de inhabilitación	192

4.3. Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116	
Correo de drogas, delito de TID y la circunstancia agravante del Artículo 297º. 6 del Código Penal.....	205
4.4. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116	
Aplicación del Artículo 173º. 3 del Código Penal	213
4.5. Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116	
Nuevos alcances de la conclusión anticipada.....	221
5. Acuerdos Plenarios del 2009	
5.1. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116	
Rondas campesinas y derecho penal.....	247
5.2. Acuerdo Plenario N° 2-2009/CJ-116	
Regularización Tributaria	263
5.3. Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116	
Robo con muerte subsecuente y delito de asesinato. Las lesiones como agravantes en el delito de robo	276
5.4. Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116	
Determinación de la pena y concurso real	284
5.5. Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116	
Proceso de terminación anticipada: aspectos esenciales.....	298
5.6. Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116	
Control de la acusación fiscal	308
5.7. Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116	
Personas jurídicas y consecuencias accesorias.....	317
5.8. Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116	
La prescripción de la acción penal en el Artículo 46º - A y Artículo 49º del Código Penal.....	331
5.9. Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116	
Desaparición forzada.....	346

5.10. Acuerdo Plenario Nº 10-2009/CJ-116	
Ejecución de la pena de inhabilitación y recurso impugnatorio	360
6. Acuerdos Plenarios del 2010	
6.1. Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116	
Prescripción: Problemas Actuales	369
6.2. Acuerdo Plenario Nº 2-2010/CJ-116	
Concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel y determinación judicial de la pena	382
6.3. Acuerdo Plenario Nº 3-2010/CJ-116	
El delito de lavado de activos	388
6.4. Acuerdo Plenario Nº 4-2010/CJ-116	
Audiencia de tutela	415
6.5. Acuerdo Plenario Nº 5-2010/CJ-116	
Incautación	424
6.6. Acuerdo Plenario Nº 6-2010/CJ-116	
Acusación directa y proceso inmediato.....	432
7. Acuerdos Plenarios del 2011	
7.1. Acuerdo Plenario Nº 1-2011/CJ-116	
Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual.....	445
7.2. Acuerdo Plenario Nº 2-2011/CJ-116	
Alcances de la prescripción en delitos funcionariales	462
7.3. Acuerdo Plenario Nº 3-2011/CJ-116	
Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias típicas y penalidad	470

7.4. Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-I 16	
Relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las circunstancias agravantes del Artículo 186º del Código Penal	479
7.5. Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116	
La constitución del actor civil: requisitos, oportunidad y forma.....	489
7.6. Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116	
Motivación escrita de las resoluciones judiciales y el principio de oralidad: necesidad y forma.....	498
7.7. Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116	
Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales.....	509
7.8. Acuerdo Plenario N° 8-2011/CJ-116	
Beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada	520

8. Acuerdos Plenarios del 2012

8.1. Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116	
Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al Artículo 170º del Código Penal	535
8.2. Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116	
Audiencia de tutela e imputación suficiente.....	567
8.3. Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116	
Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el Artículo 339º inciso 1 del Código Procesal Penal 2004.....	573

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
LITHO & ARTE SAC
Jr. Iquique N° 046 - Breña
Octubre de 2013



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico
Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión
www.minjus.gob.pe

ISBN: 978-612-46283-3-7



9 786124 628337