

LA DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES VINCULADOS AL DELITO DE CONTRABANDO: A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN Nº 113-2013-AREQUIPA

Walther Javier DELGADO TOVAR *

[-]

Tema relevante

A juicio del autor, la Casación Nº 113-2013-Arequipa pretende dar una respuesta adecuada a las distintas interpretaciones en torno a la devolución de los bienes incautados en los procesos por delitos aduaneros. En tal sentido, sostiene que la emisión de un auto de sobreseimiento faculta al juez solo el “levantamiento” de la medida de incautación, mas no la “devolución” del bien, la que corresponderá decidir a la Administración Aduanera, previa verificación de si se ha configurado o no una infracción administrativa.

MARCO NORMATIVO

- Código Procesal Penal de 2004: arts. 318 inc. 3, y 320 inc. 1.
- Código Civil: art. 891.
- Ley Nº 28008: arts. 13, 35 y 39.
- Decreto Legislativo Nº 1053: art. 189.

I. Introducción

El artículo 13 de la Ley de Delitos Aduaneros, Ley Nº 28008, prevé como prohibición la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleado para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución dentro del proceso seguido por la comisión de delitos aduaneros. En el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral, queda prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargo en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor de estos.

Incluso, la citada norma prevé que esta prohibición alcanza al Ministerio Público, en los casos en que disponga el archivo de la investigación después de llevadas a cabo las diligencias preliminares, entendiéndose también que esta prohibición alcanza los supuestos de archivo de plano; precisando la norma que, en dichos casos corresponderá a la Administración Aduanera la evaluación de la devolución de estas mercancías, bienes, efectos, medios de transporte e instrumentos del delito, previa verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias aduaneras que amparen su ingreso lícito, internamiento, tenencia o tránsito en el territorio nacional.

El antecedente de esta norma se encuentra en la contradicción de criterios existente entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, a cargo de la investigación y juzgamiento, respectivamente, de los delitos aduaneros, y la Administración Aduanera, quien verifica el cumplimiento de las obligaciones aduaneras e impone sanciones administrativas ante la comisión de infracciones; pues, es materia de constante cuestionamiento por parte de la última de las devoluciones que efectúa el Ministerio Público o el Poder Judicial de los bienes vinculados al delito de contrabando; así que, lo que se buscó con la dación de dicha norma fue impedir o limitar que el Ministerio Público o el Poder Judicial disponga la devolución de dichos bienes sin el pronunciamiento de la administración aduanera.

Esto ha generado mayores conflictos, puesto que un cierto sector ha interpretado que dicha norma pretende otorgar facultades a la Administración Aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la investigación del delito que son solo competencia del Ministerio Público, resultando inconstitucional al significar una intromisión en competencias propias del Ministerio Público y pretender constituirla en un órgano revisor de sus decisiones.

En otros casos, ante la negativa del fiscal a disponer la devolución de los bienes, los afectados con la medida suelen acudir al órgano jurisdiccional vía reexamen de la incautación y obtienen la devolución de los mismos, una vez firme la resolución judicial, salvando el impedimento legal de devolución durante la investigación fiscal. Incluso, la propia interpretación literal de la norma habilitaría la devolución de los bienes en los casos en que exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme, aun cuando podría existir una infracción administrativa, susceptible de sanción.

Esta problemática ha sido materia de pronunciamiento por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación N° 113-2013-Arequipa, habiéndose establecido parte de sus fundamentos como doctrina jurisprudencial.

Como puede apreciarse, la norma en referencia no ha solucionado el conflicto, pues parece que la solución no es solo normativa ni jurisprudencial, sino más bien requiere que todos los operadores del sistema que intervienen en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, en un compromiso de lucha integral contra el contrabando, actúen en el marco de sus competencias, siendo conscientes que fenómenos delictivos como este requieren la aplicación integral y coherente de todo el ordenamiento jurídico.

II. La respuesta de la Corte Suprema

Antes de precisar los argumentos de la Corte Suprema, precisaremos los hechos objeto de discusión en dicho proceso penal. Así, un ciudadano fue procesado y acusado por el delito contra la fe pública, en la modalidad de falsedad ideológica, y por delito aduanero, en la modalidad de contrabando, por cuanto habría ingresado ilegalmente al territorio nacional un vehículo, alterándose la información registral para permitir su circulación en el país; en tal sentido, se trataba de un vehículo clonado.

Al momento de los hechos y formalización de investigación preparatoria la norma tipificaba como delito de contrabando, entre otros, los supuestos de ingreso ilegal de mercancía procedente del extranjero cuando el valor de la misma sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias; sin embargo, habiéndose formulado acusación fiscal, el artículo 1 de la Ley N° 28008 fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1111, publicado el 29 de junio de 2012, elevándose la cuantía a cuatro Unidades Impositivas Tributarias. Dado que el vehículo clonado (ingresado ilícitamente al territorio nacional) había sido valorado en un monto menor a dicha cuantía, el Fiscal solicitó el sobreseimiento del delito de contrabando, lo que fue amparado por el Juez

de Investigación Preparatoria quien además ordenó la devolución del vehículo incautado.

Formulado el recurso de apelación correspondiente por la Procuraduría, el superior jerárquico confirmó la resolución de vista sosteniendo que el impedimento de devolución del bien es solo

en la etapa prejurisdiccional, y que en este caso, al haberse formalizado la investigación preparatoria, la norma habilita al juzgador a devolver el bien, pues se trata de una resolución de sobreseimiento; siendo de aplicación el artículo 347 del Código Procesal Penal que prevé que en dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República ha sostenido en la citada Casación: "(...) el texto de la ley ha dispuesto que si un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, y al no haberse acreditado judicialmente el delito, este debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que este sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.), pues este vehículo al no tener D.U.A.

–Declaración Única de Aduanas–, no se puede determinar su lícita procedencia, en tal medida no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien, entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es el Estado Peruano, representado en este caso por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sunat; desarrollándose interpretativamente por extensión el artículo 320 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal cuando establece que "tratándose de bienes intrínsecamente delictivos no procede su restitución o devolución al procesado".

Siendo así, corresponde preguntar:

- ¿Las mercancías ingresadas ilícitamente al territorio nacional, que por su cuantía no constituyen delito sino infracción administrativa, tienen la calidad de bienes intrínsecamente delictivos?

- ¿El fiscal está habilitado a devolver las mercancías ingresadas ilícitamente o los medios de transporte y demás instrumentos empleados para la comisión del delito, al momento de pronunciarse sobre los hechos materia de investigación?

- ¿El juez está habilitado a devolver las mercancías ingresadas ilícitamente o los medios de transporte y demás instrumentos empleados para la comisión del delito, al momento de reexaminar la medida de incautación o pronunciarse sobre los hechos materia de acusación?

En tal sentido, en el presente trabajo se abordarán las instituciones vinculadas al tema materia de cuestionamiento, pretendiendo dar respuesta a las preguntas formuladas.

III. Incautación y decomiso penal 1. Incautación La **incautación** es la **medida cautelar** dictada sobre bienes o supuestos derechos patrimoniales, que se presume, constituyen **instrumentos, efectos o ganancias del delito**, o se trata de bienes por valor equivalente o de bienes pertenecientes a las organizaciones criminales, y por tal razón, llegado el momento, pueden ser objeto de *decomiso*. Excepcionalmente puede dictarse sobre el objeto del delito o infracción, cuando se trate del objeto del delito de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, o también cuando se trate de bienes cuyo reconocimiento de derechos reales sobre los mismos se encuentra sujeto a limitaciones o requisitos y no se cumple con dichos requisitos, como sería el caso de la tenencia de un arma de fuego. Pero claro, si se tratara de bienes intrínsecamente delictivos, directamente se realizará el decomiso (con fines de destrucción) sin que sea necesario y posible realizar previamente su incautación.

En otras palabras, es la medida cautelar dictada o ejecutada con la finalidad de asegurar el decomiso de objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito y otros bienes o activos que pueden ser materia de decomiso¹.

Como toda medida cautelar es de carácter provisional y al afectar un presunto derecho fundamental (derecho de propiedad en discusión)

requiere ser autorizado judicialmente, salvo los casos de peligro en la demora en la que puede disponerlo la Policía o el Ministerio Público, requiriendo posteriormente confirmatoria judicial.

2. Decomiso El decomiso es la pérdida de los efectos, ganancias e instrumentos de la infracción punitiva y el correlativo reconocimiento de la titularidad de estos a favor del Estado; medida que es dispuesta por la autoridad jurisdiccional, mediando un debido proceso con la observancia de todas las garantías legales correspondientes. A fin de que el juez pueda ordenar el decomiso, es necesario que el fiscal ejercite la pretensión de decomiso, lo que implica que al momento de formular su acusación debe requerir el decomiso de los bienes que tengan la calidad de objeto, instrumento, efecto o ganancia del delito; así como de los bienes mezclados, los bienes de las organizaciones criminales y los bienes equivalentes (decomiso por valor equivalente).

De otro lado, debe precisarse que también está previsto en nuestro ordenamiento el comiso administrativo, que se impone en calidad de sanción administrativa a los autores de infracciones (no constitutivas de delito)

a leyes especiales como la Ley de Delitos Aduaneros, las normas municipales y las relativas a la defensa de la propiedad intelectual, cuya competencia para su imposición corresponde a la Administración Aduanera, las Municipalidades y al Indec².1. Instrumentos del delito Como refiere Gracia Martín, "(...) son instrumentos (*instrumenta scaeleris*) los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución, como por ejemplo las armas con las que se haya ejecutado la muerte o lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de los que se haya valido el falsificador"². En tal sentido, constituyen instrumentos del delito todos aquellos bienes, objetos o medios con los que cometió el delito o intentó cometer; así, las máquinas empleadas en la falsificación de numerario, las armas de fuego empleadas en la comisión de delitos patrimoniales, etc.

El fundamento del decomiso de estos bienes se encuentra en la **peligrosidad objetiva de los instrumentos** (la que, sin embargo, en algunos casos deberá de vincularse con ciertos criterios subjetivos respecto a la conducta, intención o voluntad del agente), es decir, la posibilidad de que puedan ser utilizados en el futuro por el mismo agente o por terceros, para cometer nuevos delitos³. El medio o instrumento, puede pertenecer al propio agente del delito o a tercero, pues en ambos casos estará presente la peligrosidad, así por ejemplo, en los casos en que el tercero (propietario)

haya conocido o presumido el uso que iba darse al bien o lo deja abandonado, permitiendo su uso en actividades delictivas.

En el decomiso de instrumentos del delito, no existe vulneración al derecho de propiedad, por cuanto si bien es cierto, los instrumentos del delito generalmente tendrían un titular, incluso su adquisición puede ser legítima; sin embargo, como todo derecho fundamental no es absoluto, y en este caso, debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley; y, precisamente al ejercitarse dicho derecho de propiedad para vulnerar el ordenamiento jurídico, resulta legítima la pérdida del mismo a favor del Estado.

2.2. Efectos y ganancias del delito Constituyen efectos del delito (*producta scaeleris*) los objetos producidos mediante la acción delictiva. Se consideran efectos del delito, aun cuando en general se pueden confundir con las ganancias, al dinero o bienes que pueden obtenerse directamente de la comisión del delito, como el recibido por el sicario en un delito de asesinato, o las utilidades obtenidas de la venta de la droga o de las actividades fraudulentas configurativas de la estafa, o el dinero que recibe la persona a cambio de lograr que otra ingrese ilegalmente a un país extranjero, etc.

De otro lado, se considera ganancias a los efectos mediatos del delito; es decir, los bienes, "derechos" u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico)

que el agente hubiese obtenido a raíz de la comisión del delito, pero cuyo origen o génesis no está directa ni inmediatamente vinculado a la acción delictiva, sino solo de modo mediato; esto es, las ganancias constituyen frutos o rentas de un efecto directo. Estas no son directamente producidas por la acción delictiva. Así, son ganancias, el producto de las operaciones financieras realizadas sobre los efectos del delito, como en el caso de las operaciones realizadas con el dinero obtenido del tráfico ilícito de drogas.

En buena cuenta, las ganancias son frutos de los efectos directos del delito; estos frutos, como se sabe, pueden ser naturales, cuando provienen del bien sin intervención humana;

industriales, cuando son producidos por el bien con intervención humana; o civiles, cuando son producto de una relación jurídica de disposición, intercambio, arrendamiento, etc. (art.

891 del Código Civil), o cuando el propio bien produce una renta específica, como en el caso de los intereses, cuando se trata de dinero.

En el caso del supuesto “objeto del delito”

de contrabando, constituido por los bienes o mercadería ingresada al territorio nacional, estos no constituyen propiamente objetos de dicho delito. En efecto, una cosa es la mercancía fuera del territorio nacional, de donde, si no se lo hace ingresar lícitamente, no tendrá existencia para el mercado nacional;

y otra muy distinta, es la mercancía en el territorio nacional, con documentación falsa y puesta en valor en el mercado. La mercancía en el territorio nacional (como producto del contrabando), constituye un nuevo valor en el mercado, valor producido por la acción delictiva de contrabando⁴. Este valor, constituye un efecto o producto de distinta naturaleza al bien que se encontraba fuera del territorio, no de distinta naturaleza física o material pero sí de una nueva condición y naturaleza jurídica. Consecuentemente, la acción de contrabando produce efectos (mercancía ingresada subrepticamente, burlando los controles aduaneros) y sobre ellos procederá el decomiso sin problema alguno, pero no porque constituyan objetos del delito, sino porque configuran efectos del delito o infracción penal⁵.

2.3. Bienes intrínsecamente delictivos Por razones de seguridad, de protección de la salud pública, del medio ambiente o de ciertos derechos, el propio ordenamiento jurídico establece prohibiciones para adquirir cualquier derecho sobre determinados bienes, objetos, instrumentos o ciertos efectos del delito (*producta sceleris*) como los alimentos adulterados, la moneda o documentos falsificados, así como determinadas sustancias estupefacientes o psicotrópicas;

los que más allá de la utilidad económica o patrimonial que pudiesen significar para los agentes del delito o terceros, en sí mismos constituyen cosas perjudiciales para la sociedad, y su propia existencia implica un peligro para los bienes jurídico-sociales e individuales;

por ello el ordenamiento jurídico no permite su existencia o detentación en poder de las personas⁶. Una vez decomisados los bienes intrínsecamente delictivos, lo que corresponde es su destrucción ya que nadie, ni siquiera el Estado puede detentar algún derecho sobre los mismos.

Así por ejemplo, las drogas son incineradas;

los alimentos adulterados son destruidos, al igual que los billetes falsificados; en el caso, de las mercancías de contrabando su destrucción se producirá cuando se trate de bienes nocivos para la salud o el medio ambiente, aquellas que atenten contra la moral, el orden público y la soberanía nacional, bebidas alcohólicas y cigarrillos, las prohibidas y restringidas, entre otros, pues todos estos bienes no tienen ninguna utilidad para la sociedad, pues su propia existencia es negativa. Siendo así, en el caso de las mercancías ingresadas ilegalmente al territorio nacional, no pueden hablarse –per se– en todos los casos de bienes intrínsecamente delictivos, por cuanto existirán determinados bienes que no tienen una naturaleza delictiva o

perjudicial para la sociedad, a punto que de cumplirse con las normas aduaneras y el pago de los aranceles correspondientes estos podrían ingresar lícitamente al territorio nacional y circular en el mercados de bienes, en caso contrario pueden ser decomisados a favor del Estado y disponerse su remate.

3. ¿Los bienes incautados pueden ser devueltos a los afectados con la medida?

Es necesario precisar que el artículo 318.3

del Código Procesal Penal prevé que los bienes incautados, si no peligran los fines de aseguramiento que justificaron su adopción, pueden ser: a) Devueltos al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor;

o, b) Entregado provisionalmente al afectado, bajo reserva de su reversión en todo momento, para continuar utilizándolo provisionalmente hasta la conclusión del proceso.

Esto constituye un despropósito, puesto que los bienes se incautan con fines de decomiso, esto es, se cuestiona la licitud de su origen o su empleo en actividades delictivas, y esta procede en casos en que existen indicios razonables de que estos constituyen instrumentos, efectos o ganancias del delito; por lo que cualquier devolución o entrega provisional siempre afectará la finalidad de aseguramiento que justifica su adopción, o sea su posterior decomiso; a nadie se le ocurriría devolver las armas de fuego empleadas en secuestros o robos agravados a los titulares de las mismas, a cambio del depósito de su valor o la entrega de una caución, con el riesgo de que puedan emplearse en nuevos actos delincuenciales; mucho menos sería admisible devolver o entregar provisionalmente al lavador de activos las ganancias del delito;

pues se incautan, con la finalidad de que en la sentencia, el juez disponga su decomiso y con ello se reconozca la titularidad del Estado sobre estos, evitando que el agente del delito se beneficie con los bienes y activos procedentes de la actividad delictiva.

El único supuesto admisible es la devolución por el juez a solicitud del fiscal o de la parte (vía reexamen o sobreseimiento) y sin condicionamiento alguno, en el caso en el cual no exista ninguna evidencia de que los bienes incautados sean instrumentos, efectos o ganancias del delito; obviamente, previa investigación fiscal. Con la precisión de que tratándose de bienes vinculados al delito de contrabando corresponde pronunciarse en última instancia a la Administración Aduanera, conforme a las precisiones que a continuación se realizarán.

De otro lado, los medios de transporte empleados en la comisión del delito de contrabando constituyen instrumentos del delito y por ende susceptibles de incautación y posterior decomiso; incluso, la propia Ley de Delitos Aduaneros tipifica como delito de contrabando, el conducir en cualquier medio de transporte, hacer circular dentro del territorio nacional, embarcar, desembarcar o transbordar mercancías, sin haber sido sometidas al ejercicio del control aduanero.

Obviamente, a fin de eludir la responsabilidad penal y evitar el decomiso del medio de transporte, las mafias u organizaciones del contrabando suelen emplear vehículos inscritos a nombre de terceros, o se emplean empresas de transportes de carga o de pasajeros formales, quienes al momento de ser intervenidos, usualmente, alegan desconocimiento sobre el contenido de la carga o que al dedicarse al rubro de transporte de carga o de pasajeros no son propietarios de los bienes que trasladan estos o sus pasajeros; sin embargo, estos argumentos resultan sumamente cuestionables, incluso, desde la óptica de la responsabilidad penal, pues no se espera una respuesta distinta;

aún más, debemos ser conscientes que las grandes mafias del contrabando cuentan con los medios necesarios para realizar su conducta ilícita, contando con el aporte de testaferros o en el peor de los casos con la confabulación de transportistas que participan de la actividad delictiva. Incluso, para estos casos en los que se alega desconocimiento, la doctrina ha venido desarrollando como criterio de imputación subjetiva la ignorancia deliberada, por el que se

reclama un reproche penal igual al que corresponde a las conductas dolosas, a pesar de la ausencia del conocimiento o la representación de los elementos objetivos del tipo; así, en los casos en que el sujeto a pesar de que está en la posibilidad de acceder a la información y además de estar obligado a ello, no lo hace⁷;

esta posición doctrinaria podría asimilarse al dolo eventual, pues como afirma la jurisprudencia comparada: "(...) el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza el dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido"

8, o como señala la doctrina norteamericana del *willful blindness*, "quien no quiere conocer lo que ignora, en realidad conoce aquello que cree ignorar". Sin embargo, en la normativa internacional ha preferido tipificarse expresamente, equiparándolo con el dolo directo y el dolo eventual, a efectos del reproche penal; así, el artículo 2 del Reglamento Modelo de la CICAD prevé: "Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves".

De otro lado, desde el ámbito administrativo, la Ley de Delitos Aduaneros prevé en su artículo 35 como sanción administrativa, entre otras, la multa y el internamiento temporal del vehículo con el que se cometió la infracción.

Asimismo, el artículo 39 prevé que las personas que transportan mercancías vinculadas a la infracción administrativa tipificada en la citada ley, serán sancionadas con la suspensión de la licencia de conducir por un año, tratándose de persona natural, y una multa equivalente a dos veces los tributos dejados de pagar, si se trata de persona jurídica;

ahora bien, en el caso que la persona jurídica tenga por objeto social el transporte, adicionalmente, se le aplicará la suspensión de sus actividades por el término de seis meses.

Asimismo, conforme al inciso a) del artículo 41 de la citada Ley, se sanciona con el internamiento de los medios de transporte por un periodo de 60 días calendario, cuando las Empresas de Servicio Público de Transporte de Pasajeros o Carga a través de sus conductores, cualquiera sea el vínculo contractual, transportistas individuales o particulares, utilicen su vehículo para la comisión de las infracciones establecidas en la citada Ley.

Ahora bien, conforme al artículo 189 de la Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1053, estas infracciones se determinan de manera objetiva; es decir, basta que se identifique el supuesto de hecho examinado con la figura legal descrita como infracción para calificar que el referido hecho efectivamente constituye tal, por lo que resulta legalmente innecesario determinar si existe acuerdo o consentimiento por parte de la persona jurídica dedicada al transporte público para que su vehículo sea utilizado en la comisión de infracciones⁹.

Siendo así, si se cuenta con medios de transporte incautados que han servido para el ingreso ilegal de las mercancías al territorio nacional y si después de llevada adelante la investigación preliminar o preparatoria se corrobora que a pesar de que el bien ha sido empleado en la comisión del ilícito, no puede ser calificado como instrumento del delito al no darse los presupuestos necesarios¹⁰, correspondería dejar sin efecto la incautación judicial (en el caso de encontrarse en diligencias preliminares) o requerir que se levante la misma al Juez de Investigación Preparatoria (en el caso de requerirse el sobreseimiento);

aun cuando, esto no implica disponer la entrega inmediata del bien, puesto que es susceptible de aplicarse una sanción administrativa por parte de la Administración Aduanera, la que como ya se ha precisado prevé una responsabilidad objetiva¹¹; lo contrario implicaría no solo desconocer la norma especial (Ley N° 28008), sino sobre todo posibilitar la elusión a la potestad punitiva del Estado en el ámbito administrativo. Siendo así, lo correcto es que el Fiscal comunique de su decisión a la Administración Aduanera, la que legalmente se encuentra a cargo de la custodia del bien, a fin de que adopte las medidas que resulten pertinentes. Esto no

implica una intromisión en las competencias constitucionales del Ministerio Público, sino la aplicación de todo el ordenamiento jurídico (penal y administrativo)

a fin de prevenir y reprimir un hecho antisocial¹².

Ahora bien, en el caso de las mercancías que constituyen efecto del delito, debemos señalar que al tratarse de tales, corresponde su incautación y su posterior decomiso. En el supuesto en que no superen la cuantía para ser considerado como delito de contrabando (atipicidad) y el juez ordene el sobreseimiento, si bien conforme al artículo 320 del Código Procesal Penal, dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho; debe recordarse que, aun cuando se levante la medida de incautación en la vía penal, corresponde a la Administración Aduanera decidir el destino de las mercancías, después de verificar si existió o no una infracción administrativa;

siendo así, tampoco correspondería al Juzgado disponer la devolución o entrega inmediata de dichas mercancías aun cuando exista resolución judicial firme, sino solo levantar la medida de incautación judicial, correspondiéndole a la administración aduanera disponer las medidas que correspondan oportunamente;

por cuanto, no debe desconocerse la potestad de la Administración Aduanera para aplicar las sanciones que resulten pertinentes;

no tratándose en este caso de una excepción a la devolución por ser bienes intrínsecamente delictivos, sino por la aplicación sistemática de todo el ordenamiento jurídico.

IV. Conclusiones 1. No todas las mercancías ingresadas ilegalmente al territorio nacional constituyen bienes intrínsecamente delictivos, sino solo aquellas que no tengan ninguna utilidad en la sociedad, dado que su propia existencia es negativa, de forma que ni siquiera el Estado podría reclamar algún derecho sobre las mismas;

por ejemplo, las sustancias nocivas, las que atentan contra la soberanía nacional, la salud, el medio ambiente, las que se encuentren vencidas o en mal estado, etc.

2. La única posibilidad de que se pueda ordenar la entrega o devolución de bienes incautados es que se haya corroborado que dichos bienes no tienen la calidad de instrumentos, efectos o ganancias del delito;

devolución que debe efectuarse sin condicionamiento alguno; no resultando admisible en ningún caso la entrega provisional o devolución a cambio de depósito de su valor.

3. En el caso de delitos aduaneros, si bien el Fiscal o Juez puede disponer se levante la medida de incautación judicial, esto no debe implicar la entrega inmediata de los bienes vinculados al delito (medios de transporte o mercancías), por cuanto es competencia de la Administración Aduanera pronunciarse sobre la posible existencia de infracción administrativa y, en su caso, imponer la sanción que corresponda.

Esto no implica una injerencia en las competencias constitucionales del Ministerio Público o Poder Judicial, sino el reconocimiento de que ante un conflicto sociojurídico debe emplearse coherentemente todas las normas que el ordenamiento jurídico contiene.

Bibliografía CHOCLÁN MONTALVO, José. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancias*.

Dykinson, Madrid, 2001.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*. Pacífico, Lima, 2014.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*. Jurista Editores, Lima, 2013.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*. 2ª edición, Ideas Solución, Lima, 2015.

GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en el proceso penal*. Atelier, Barcelona, 2007, p. 158.

* Profesor de Derecho Penal en la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Fiscal Supraprovincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

1 Para mayores detalles, véase: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. *La pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano*. Jurista Editores, Lima, 2013.

2 GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones* 4 En esta línea, en el Decreto Supremo N° 093-2012-PCM, Reglamento de la Ley de Pérdida de Dominio, se prevé que se entenderá por efectos a los bienes o activos que se obtienen como producto directo de la actividad delictiva, incluyendo las mercancías materia de delito de contrabando y defraudación tributaria.

5 Véase GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. Ob. cit., p. 70 y ss.

de consecuencias jurídicas del delito. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 379.

3 “(...) la cosa se hace peligrosa cuando es tenida por el sujeto, pero no necesita ser intrínsecamente peligrosa”.

CHOCLÁN MONTALVO, José. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancias*. Dykinson, Madrid, 2001, p. 42.

4 En esta línea, en el Decreto Supremo N° 093-2012-PCM, Reglamento de la Ley de Pérdida de Dominio, se prevé que se entenderá por efectos a los bienes o activos que se obtienen como producto directo de la actividad delictiva, incluyendo las mercancías materia de delito de contrabando y defraudación tributaria.

5 Véase GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. Ob. cit., p. 70 y ss.

6 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Decomiso, incautación y secuestro. Perspectivas de lege lata y de lege ferenda*.

2ª edición, Ideas Solución, Lima, 2015, p. 94.

7 “(...) todo aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la

ignorancia respecto ellos". RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *La ignorancia deliberada en el proceso penal*. Atelier, Barcelona, 2007, p. 158, p. 158.

8 Sentencia del Tribunal Supremo español. Citado por RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. Ob. cit., p. 28.

9 Resolución del Tribunal Fiscal N° 05585-A-2010, recaída en el Expediente N° 2009011376. De igual forma, en la Resolución N° 04614-A-2010, recaída en el Expediente N° 2009009960, el Tribunal Fiscal señaló: "Que con relación a las alegaciones del recurrente, se debe indicar que las sanciones impuestas por la Administración están referidas al transporte de mercancías sin amparo legal conforme a las disposiciones de la Ley de los Delitos Aduaneros N° 28008, y no a la propiedad de las mismas, por consiguiente, la infracción en estudio no exige para su configuración que sea el dueño o propietario de las mercancías el sujeto infractor, siendo irrelevante por tanto que el infractor aduzca que se le pretenda atribuir la propiedad de las mercancías; Que las sanciones aplicadas son la consecuencia jurídica de la determinación objetiva de la infracción administrativa cometida por el recurrente en observancia de las disposiciones de la Ley de los Delitos Aduaneros N° 28008, conforme al mandato previsto en el artículo 102 del Decreto Supremo N° 129-2004-EF (esto es, independientemente de la existencia de intencionalidad o negligencia). Que, en tal sentido, no son causales eximentes de responsabilidad las alegaciones referidas a que en el presente caso debió probarse previamente su actuación ilícita, o que se señale que desconocía el contenido de la carga, o que su actividad económica solo esté referida al transporte de pasajeros lo que permitió ser autorizado a continuar su recorrido el día de los hechos, o que aduzca su precario situación económica. Que cabe agregar que para determinar en forma objetiva la comisión de una infracción se prescinde de los elementos de dolo o culpa, pues la infracción existe cuando simplemente se cumplen los supuestos de hecho planteados en la norma, por lo que las infracciones son calificadas únicamente por los hechos materiales que la constituyen, lo cual implica que es infractor aquel que incumple la norma aduanera independientemente que exista intención o no, o que haya obrado de buena fe; en ese sentido, la responsabilidad del recurrente en el presente caso se encuentra probada".

10 Esto requiere una actuación diligente de parte del fiscal, esto es, no debe limitarse a considerar que quien prestó el servicio de transporte no es propietario de la mercancía, sino que deberá verificar los vínculos concretos entre ambos, así podría verificar si el mismo vehículo ha sido empleado en otras actividades de contrabando, si existen relaciones familiares, comerciales o contractuales entre ambos, las circunstancias y forma en que ha sido acondicionada la mercancía, entre otros.

11 Responsabilidad que se centra en la deslealtad del sujeto frente a la norma que le impone deberes de declaración y pago.

12 Probablemente, la redacción del artículo 13 de la Ley N° 280008 no es la más correcta; sin embargo, no debería interpretarse como una intromisión en las competencias de los órganos de administración de justicia, sino que en realidad la razón fundamental de la norma es dejar sentado –normativamente– que dado que los hechos sometidos a investigación o proceso penal también pueden configurar infracción administrativa, corresponde al órgano administrativo decidir después de lo resuelto por el Ministerio Público y el Poder Judicial el destino de los bienes.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

SI NO SE DETERMINA LA PROCEDENCIA LÍCITA DEL BIEN INCAUTADO, ¿PODRÁ SER DEVUELTO EN CASO DE QUE SE SOBRESEA LA CAUSA? COMENTARIOS A LA CASACIÓN N° 113-2013-AREQUIPA

Jorge A. PÉREZ LÓPEZ *

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor concuerda con la Casación N° 113-2013-Arequipa, apoyando la tesis de la no devolución de los bienes incautados cuando sean intrínsecamente delictivos o cuando su procedencia sea contraria a la ley, aun cuando se haya establecido judicialmente el sobreseimiento de la causa. A su juicio, en estos casos no resulta razonable que los bienes le sean devueltos en propiedad al afectado (quien se vería beneficiado por su propia conducta ilícita), sino a quien tenga legítimo derecho sobre el bien, esto es, al Estado.

MARCO NORMATIVO

- Código Penal: art. 102.
- Código Procesal Penal de 2004: arts. 320 incs. 1 y 2, 347 inc. 2, 427 y 429 inc. 3.
- Ley N° 28008: art. 1.

I. Introducción

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con fecha 16 de setiembre de 2014, expidió la sentencia de Casación N° 113-2013-Arequipa, resolviendo una controversia en torno a la devolución de un vehículo incautado en el marco de un proceso por contrabando. Dicha instancia judicial señaló que en ninguna forma procede la devolución de un bien incautado al dictarse el auto de sobreseimiento respecto del delito de contrabando, pues, a pesar de que la cuantía del bien materia de contrabando era inferior como para ordenarse su incautación, devolver el vehículo incautado conforme a lo prescrito por el ordenamiento procesal penal vigente nos alejaría de una solución con criterio de justicia, en tanto con la devolución se estaría premiando al delincuente con un bien proveniente del contrabando.

Respecto a la figura de la incautación, es importante señalar que la criminalidad debe ser enfrentada mediante mecanismos procesales que conviertan al proceso penal en una herramienta eficaz para alcanzar los fines constitucionalmente declarados. La concreción preventiva del delito depende de la articulación de ciertos instrumentos que pueden neutralizar la producción de hechos punibles, prevención que no solo puede lograrse con los efectos jurídicos de la condena, sino también por anticipado, cuando los órganos de persecución solicitan la adopción de medidas preventivas de coerción real.

En efecto, las medidas reales, extienden su ámbito regulador a fin de cautelar la efectivización de la condena civil y, por otro lado, permiten ejercer controles efectivos sobre la criminalidad, neutralizando el delito en su faz de permanencia o continuidad antijurídica.

Además, estas medidas cumplen también una finalidad probatoria, que se materializa con la adquisición de los elementos u objetos que fueron utilizados para la perpetración del delito (*corpus delicti*)¹.

El profesor San Martín Castro enseña que son piezas de convicción o *corpus criminis* tanto los objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios, cuanto las cosas sobre las que recayó directamente el delito, es decir, todo objeto que puede servir para atestiguar la realidad de un hecho².

La incautación, como medida cautelar real³ debe ser entendida como la restricción de los derechos reales del procesado sobre su patrimonio, específicamente, sobre los bienes muebles e inmuebles relacionados con los hechos investigados penalmente. Se dirige al secuestro y conservación de los efectos provenientes del delito o de los instrumentos que fueron utilizados para la realización material del hecho punible. En el Código Penal vigente, esta figura la podemos relacionar al decomiso de bienes, previsto en el artículo 102. La *ratio* de la norma, es la de privar de las ganancias y utilidades que la actividad criminal hubiese generado, así como poner a buen recaudo los objetos que hayan servido de medio realizador de la conducta criminal⁴.

II. Antecedentes de la Casación N° 113-2013-Arequipa

El Fiscal de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa formuló requerimiento de acusación contra Lhuis Jhon Guevara Soto por el delito contra la fe pública, en la modalidad de falsedad ideológica, y por delito aduanero en la modalidad de contrabando, previsto en el artículo 1 de la Ley N° 28008 (Ley de Delitos Aduaneros), en agravio del Estado, representado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante, Sunat), en su calidad de actor civil.

Sin embargo, a raíz de la publicación del Decreto Legislativo N° 1111 que modifica la Ley N° 28008, la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa presentó un escrito solicitando el sobreseimiento del proceso respecto al delito de contrabando, sustentado en el hecho de que el valor del vehículo incautado no era superior a las 4 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) como lo prescribe el artículo 1 de la mencionada norma.

Así, en la audiencia de control mixto de la acusación se resolvió declarar fundado el requerimiento de sobreseimiento peticionado por la Fiscalía en favor del procesado, disponiéndose la devolución del vehículo incautado. Dicho pronunciamiento fue apelado por parte del Procurador Público Ad Hoc de la Sunat, empero, fue confirmado en todos sus extremos por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante resolución de fecha 21 de diciembre de 2012, que confirmó la resolución N° 12 de fecha 6 de setiembre del mismo año.

Contra el auto de vista mencionado en el párrafo anterior, el Estado representado por la Sunat, interpuso recurso de casación denunciando una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, invocó además la causal excepcional referida al desarrollo de doctrina jurisprudencial.

Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema señaló que si bien el legislador no previó ni se proyectó al supuesto de que un sobreseimiento solicitado por el fiscal y amparado por el juez, generase como consecuencia la devolución del bien incautado (que en el caso concreto se trataba de un vehículo clonado), este hecho no puede representar un umbral para la impunidad.

El colegiado consideró la devolución del bien incautado, que constituye el objeto material del delito de contrabando (despenalizado a través del Decreto Legislativo N° 1111, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de junio de 2012) no debe hacerse efectivo, en tanto el espíritu de la ley procesal penal no ha considerado al momento de ordenarse el levantamiento de las

medidas coercitivas, que el mencionado bien materia del delito sirvió para que se configurara el delito de contrabando.

A su juicio, proceder en sentido contrario, es decir, devolver el vehículo incautado conforme a lo prescrito por el ordenamiento procesal penal vigente, constituiría una mera interpretación literal, la que nos alejaría de una solución con criterio de justicia. En tal sentido, la Corte Suprema casó el auto de vista de fecha 21 de diciembre de 2012, que confirmó la resolución N° 12 de fecha 6 de setiembre del mismo año, revocando el auto apelado en el extremo en que disponía la devolución de un vehículo automotor incautado; y reformándolo, dispuso que el mencionado bien, que fuera materia del ilícito, sea entregado a la Sunat, para que esta proceda según sus atribuciones.

III. Fundamentos de la interposición del recurso de casación

El auto de vista emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha 21 de diciembre de 2012, que confirmó la resolución de primera instancia, en el extremo que dispuso la devolución de un vehículo automotor incautado al haberse sobreesido la causa, fundamenta su decisión en la aplicación del inciso 2 del artículo 347 del Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP), el cual señala lo siguiente:

“El sobreesimiento tiene carácter definitivo. Importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada. En dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado”.

La defensa del Estado, en este caso la Procuraduría de la Sunat, fundamentó su recurso de casación, amparándose en el inciso 3 del artículo 429 del CPP y en la causal excepcional contenida en el inciso cuatro del artículo 427 del mencionado cuerpo legal, sosteniendo como argumentos de agravio los siguientes:

a) El cuestionamiento de la aplicación restrictiva de la norma de carácter procesal penal, sin tomar en cuenta una norma de carácter especial como es el caso de la Ley N° 28008, con lo cual se estaría legalizando la mercancía cuyo ingreso al país ha sido de manera ilegal.

b) La necesidad de que exista pronunciamiento uniforme respecto a los casos generados luego de la dación del Decreto Legislativo N° 1111, que modificó la Ley N° 28008, ya que después de su entrada en vigencia son diversas las formas en que los magistrados están aplicando la retroactividad benigna a favor de los imputados, constituyendo el caso *sub examine* el primero en el que se ordena la devolución de la mercancía ilícita, pues en otros casos se ha dejado a salvo la facultad de la administración sobre dichos bienes; más aún cuando se trata del sobreesimiento de la causa, que tiene la autoridad de cosa juzgada, y que, aunque importaría solo en el extremo de la persecución penal, no pasaría lo mismo respecto de la facultad sancionadora que tiene la Administración Aduanera, ya que los hechos ahora constituyen una infracción administrativa.

IV. Fundamentos de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la República basa sus fundamentos en la doctrina Riggs vs. Palmer⁵, en la que la Corte Suprema del Estado de Nueva York tomó la decisión de no conceder la herencia a una persona que asesinó a su abuelo para que este no cambiara su testamento, sustentando su decisión en el principio del cual “nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito”⁶, resaltando los aspectos siguientes:

1. Nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito En efecto, el Derecho protege lo legal, que es todo lo **relativo** a la ley, opuesto a lo ilegal, que es lo que no se adecua a la norma jurídica. Lo legal es lo ajustado a Derecho, o sea al **conjunto** de preceptos jurídicos que un Estado establece a través de los órganos especialmente creados con tal fin. Las conductas que

no están permitidas expresamente por la ley, no son por ello ilegales, sino que para serlo, deberán estar expresamente prohibidas.

Rige la norma general de la **libertad** de acción, salvo que con esas conductas se perjudique derechos de terceros, o el orden o la moral públicas.

A través de las normas legales los órdenes sociales tratan de imponer conductas o abstenciones sin las cuales no sería posible la **convivencia** pacífica, y si bien estas conductas son en la mayoría de los casos establecidas por otras normas o reglas, como las morales o las jurídicas, la **necesidad** de garantizar su cumplimiento, obliga al legislador a establecerlas en forma compulsiva si el sujeto se niega a cumplirlas.

En el caso *sub examine*, el vehículo incautado fue obtenido de manera ilegal por el sobreseído, tratándose de un automóvil clonado, por lo que la devolución del bien mueble señalado por parte de las autoridades judiciales, generaría un beneficio contrario a Derecho, lo que constituiría una contradicción con los fines y valores que este persigue.

El Derecho debe de ser utilizado para el bien común y está conformado por un conjunto de normas que deben ser respetadas, he allí que el principio fundamental más importante en el ámbito del Derecho Penal sea el de legalidad, consagrado en el artículo II del Título Preliminar del Código sustantivo. Pastor Muñoz indica que, desde el punto de vista de la imputación objetiva, se podría decir que quien realiza una prestación ilícita o quien paga por ella sostiene una expectativa no jurídica respecto al pago; por consiguiente, el riesgo creado para la misma –o, con otro lenguaje, la puesta en duda de su vigencia– es irrelevante en el Derecho Penal, pues se trata de un riesgo atípico o, con otras palabras, se trata del cuestionamiento de una expectativa no vigente⁷. El sujeto que interviene en un negocio ilícito asume el riesgo de menoscabo económico, en la medida en que acepta el intercambio de un elemento patrimonial por una expectativa no jurídica y, en ese sentido acepta la pérdida del carácter “protegible” de la misma⁸.

Utilizando el criterio mencionado, el vehículo incautado no debería ser devuelto a la persona que contraviniendo la ley lo ha adquirido, motivando la apertura de un proceso por delito de contrabando, el mismo que fuera sobreseído, por los motivos señalados líneas arriba.

2. La ley dentro de un sistema constitucional de Derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial. La Corte Suprema observa que la ley procesal penal, en un nivel infraconstitucional, ordena la devolución del bien incautado (vehículo clonado) que constituye el objeto material del delito de contrabando, despenalizado a través del Decreto Legislativo N° 1111, pero que ello no debe hacerse efectivo en tanto el espíritu de la ley procesal penal no ha considerado al momento de ordenarse el levantamiento de las medidas coercitivas, que el mencionado bien materia del delito (vehículo clonado) sirvió para que se configurara el delito de contrabando. De modo que devolver el vehículo incautado conforme a lo prescrito por el CPP implicaría una mera interpretación literal, la que nos alejaría de una solución con criterio de justicia.

En el presente caso, el texto de la ley ha dispuesto que un vehículo que es incautado por estar incurso en un acto de contrabando, si no se acredita judicialmente el delito, debe ser devuelto; sin embargo, cuando el bien producto del contrabando (en este caso, el vehículo) es intrínsecamente, sustancialmente o constitutivo de un delito no resulta razonable que sea devuelto para su tráfico (comercialización, venta, alquiler, etc.).

Dicho vehículo no está respaldado por una Declaración Única de Aduanas (D.U.A), por lo que no se puede determinar su procedencia lícita, y en tal medida no puede ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino a quien tenga legítimo derecho sobre el mencionado bien. Entonces, necesariamente quien tiene derecho a que se le restituya o entregue el bien por las circunstancias del caso es el Estado peruano, representado en este caso por la Sunat. De este modo, se desarrolla interpretativamente, por extensión, el artículo 320 inciso 1 del CPP cuando establece: “tratándose de bienes intrínsecamente delictivos no procede su restitución o devolución al procesado”.

V. Pérdida de eficacia de la incautación

El inciso 1 del artículo 320 del CPP expresa que dictada la sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, **salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos**; y que el auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata.

Asimismo, cuando se establezca la inocencia del imputado, o se declare la extinción de la acción penal, las medidas de coerción que se hayan impuesto en contra del imputado o de un tercero, pierden validez y legitimidad. Por consiguiente, la situación jurídica descrita importa la inmediata reversión de las cosas, al estado anterior de la persecución penal.

Sin embargo, **tratándose de bienes de ilícito comercio, no serán devueltos.**

Por otro lado, el inciso 2 del artículo 320 del CPP señala que la restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar –cuando corresponda– el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas⁹.

VI. Conclusiones

En la Casación N° 113-2013-Arequipa, la Corte Suprema señaló que no procede la devolución de un bien incautado al dictarse el auto de sobreseimiento respecto del delito de contrabando, pues a pesar de que la cuantía del bien materia de contrabando sea inferior para ordenarse su incautación, devolver el vehículo incautado nos alejaría de una solución con criterio de justicia, pues con la devolución se estaría premiando al delincuente con un bien proveniente del delito.

La Corte Suprema sustenta su decisión en la doctrina Riggs vs. Palmer, en que la Corte Suprema del Estado de Nueva York tomó la decisión de no conceder la herencia a una persona que asesinó a su abuelo para que este no cambiara su testamento, basando su decisión en el principio del cual “nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito”; asimismo, el colegiado señaló que la ley dentro de un sistema constitucional de Derecho no puede ser utilizada para que un acto que la contraviene se cubra con un manto de legalidad a través de una decisión judicial.

En el supuesto objeto de casación, el vehículo incautado no contaba con Declaración Única de Aduanas (D.U.A), por lo que no se pudo determinar su lícita procedencia; en tal medida, no podía ser devuelto o entregado a la persona a quien se le incautó, sino solo a quien tuviera legítimo derecho sobre el mencionado bien, que en el presente caso, por las circunstancias concretas, era al Estado peruano, representado por la Sunat.

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con estudios de Maestría en la misma casa de estudios. Docente universitario de Derecho Penal, Derechos Humanos, Derecho Penal Internacional y Humanitario y Derecho de Ejecución Penal.

1 Ver PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del nuevo Código Procesal penal*. Rodhas, Lima, 2006, p. 821.

2 SAN MARTÍN, CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Grijley, Lima, 2001, p. 876.

3 Son diversos los objetos que pueden ser materia de incautación, al respecto, Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116

estableció que la incautación en cuanto medida procesal presenta una doble configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –propiamente,

medida instrumental restrictiva de derechos (artículos 218 al 223 del CPP), y como medida de coerción– con una típica función cautelar (artículos 316

al 320 del CPP).

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. Recae contra: (i) los bienes que constituyen el 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. Se puede entender por medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos a aquellos mecanismos que, mediante la restricción del ejercicio de un derecho constitucional, buscan hallar y asegurar el material probatorio referido a la realización de un delito y a sus presuntos implicados. Es decir, diligencias de averiguación directa de fuentes de información tendientes a la acreditación de las imputaciones e imputados, comportando limitaciones a derechos constitucionales, derivados directamente de la Constitución y sometidos a determinados principios.

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, aquel contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos –la droga en el delito de TID–.

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.

4 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 821.

5 Véase Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 11, 2007/2008, pp. 363-374. Disponible en: <<http://www.rtd.es/numero11/21-11.pdf>>.

6 Este principio, aclara Dworkin, es parte del ordenamiento jurídico, aunque nunca haya sido promulgado. Un principio no busca alcanzar ninguna meta económica, política o social, sino satisfacer la justicia y la moral; un principio no es una regla, no establece una solución o respuesta definida, no impide que el mismo principio inspire soluciones distintas, y no hay contradicción en que principios opuestos convivan, y a veces uno prevalezca sobre otro.

7 Esta solución contradice a la doctrina dominante en lo que se refiere a los casos de pago-no realización de la contraprestación ilícita.

8 PASTOR MUÑOZ, Nuria. “Estafa y negocio ilícito. Algunas consideraciones a propósito de la STS de 13 de mayo de 1997”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. Nº 2, Grijley, Lima, 2001, p. 386.

9 En concordancia con los artículos 302 y 497 del CPP.

NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN EN CASOS DE INCAUTACIÓN DE VEHÍCULOS POR PRESUNTO DELITO ADUANERO

Mario Hugo SILVA ASTETE *

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor pone de relieve la posición vacilante de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de devolución de bienes incautados en procesos penales por delitos aduaneros. A su juicio, la Casación N° 113-2013-Arequipa es, por un lado, objetable porque refuerza la idea de que la devolución del bien debe hacerse conforme a las reglas de la Ley N° 28008 (y no del CPP de 2004); y, por otro lado, plausible por orientar al juez al empleo de principios, reglas y directrices jurídicas, superando la simple aplicación literal de la ley.

MARCO NORMATIVO

- Código Procesal Penal de 2004: arts. 218, 222, 223, 316, 319 inc. 2, y 347 inc. 2.
- Código Penal: art. 102.
- Ley N° 28008: arts. 1 y 13.

I. Introducción

Hace algo más de un año (justamente cuando ejercía labores de magistrado) realicé un análisis jurídico de los procesos penales incidentales relacionados con las incautaciones de bienes y reexámenes de estas que se efectuaban con motivo de la presunta comisión de los delitos aduaneros (cuyo tipo penal se encuentra contenido en la Ley N° 28008), actos estos por cierto que se realizaban en estricta aplicación de procesos comunes delimitados con el nuevo Código Procesal Penal (NCP).

Pretendimos establecer una crítica respecto de la ley aplicable frente a un aparente conflicto de leyes, respaldando nuestra posición en la proscripción de la arbitrariedad y en el propio contenido de la Casación N° 45-2012-Cusco (expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), donde se establecía que el juez es el único llamado y facultado por ley a devolver los bienes incautados, que constituía doctrina jurisprudencial. Sin embargo, posteriormente nuestra Corte Suprema expidió las Casaciones N°s 136-2013- Tacna (de fecha 11 de junio de 2014) y 113- 2013-Arequipa (de fecha 16 de setiembre de 2014), donde cambia de criterio y precisa que, de acuerdo a la Ley N° 28008, el juez está prohibido de devolver los bienes incautados conforme a las pautas contenidas en la Ley N° 28008.

No obstante lo descrito, la Casación N° 113- 2013-Arequipa determina con acierto una pauta definida con lógica respecto a la verificación subjetiva que debe realizar un juez: nadie puede beneficiarse con su propio dolo ilegal, basándose en el pensamiento del jurista norteamericano Ronald Dworkin.

II. Antecedentes.

Situaciones presentadas El presente análisis tiene su génesis en la crítica efectuada a la Ley N° 28008 y su incompatibilidad con el NCPP. El eje central de nuestra apreciación son los procesos penales relacionados con los delitos aduaneros (contrabando, receptación y otros), cuya estructura tipológica se encuentra descrita en la Ley N° 28008 (Ley de delitos aduaneros).

Igualmente, en la referida ley, concretamente el artículo 13 (articulado ampliado por el Decreto Legislativo N° 1111), se indica que, a pedido del fiscal, se ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyen objeto del delito, así como de los instrumentos utilizados para la comisión del delito aduanero, los que serán custodiados por la administración aduanera en tanto se expida un auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario.

Aunado a ello, el segundo párrafo del referido artículo prescribe la prohibición, bajo responsabilidad, de disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los medios de transporte o cualquier otro instrumento empleado para la comisión del mismo, en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento proveniente de resolución firme que disponga su devolución.

Incluso esta normativa especial señala que en el caso de vehículos o bienes muebles susceptibles de inscripción registral está prohibido, bajo responsabilidad, sustituir la medida de incautación o secuestro de estos bienes por embargos en forma de depósito, inscripción u otra que signifique su entrega física al propietario o poseedor, es decir, ni siquiera se permiten las sustituciones o variaciones de estas medidas cautelares cuando recaen sobre bienes registrales.

En la línea descrita, debemos considerar las siguientes precisiones:

1. Respecto del delito de contrabando (que es el eje central postulado en la Casación N° 113-2013-Arequipa), tenemos la siguiente estructura tipológica (artículo 1 de la Ley N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111): “El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. La ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados, equivale a la no presentación”.

2. El artículo 319.2 del NCPP señala que las personas que se consideren propietarios de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin de que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad; empero, no es posible cumplir tal mandato por existir una norma especial aduanera que prohíbe tal devolución.

En atención a lo descrito precedentemente, se pretende destacar si corresponde en los procesos penales seguidos por la comisión de los delitos aduaneros en el contexto del reforma procesal –para establecer el procedimiento y/o trámite de la incautación– aplicar el NCPP o en su defecto la Ley N° 28008

(Ley de los delitos aduaneros).

Para ello debemos considerar la ratio, unidad, concentración y derogatoria de las leyes en virtud del espacio, temporalidad y validez. **En primer orden**, tenemos que advertir que antes de la vigencia del NCPP

(Decreto Legislativo N° 957, del 22 de julio de 2004) existía en el Perú un sinnúmero de procedimientos especiales penales que en paralelo se llevaban adelante, sin perjuicio de los lineamientos del Código de Procedimientos Penales. Teníamos el procedimiento ordinario establecido en este último código, el proceso sumario (Decreto Legislativo N° 124), procesos de sumaria investigación, procesos por delitos de aduanas y otros, todos ellos regulados por sus propias leyes, es decir, en ese momento el juez penal tenía que sujetarse y resolver cada caso de acuerdo a la ley especial que en ese momento existía.

En segundo orden, tenemos que posteriormente a la existencia de esta gama de procedimientos especiales (entre ellos, el de la Ley N° 28008), el legislador procedió a implementar un nuevo modelo procesal penal (NCPP), texto adjetivo que en extenso y de forma completa describe los múltiples procesos penales (comunes, especiales: terminación anticipada, querrela, contra altos funcionarios, entre otros), estableciendo, además, las medidas coercitivas personales y reales existentes, así como el procedimiento que debe seguirse para su imposición.

En tercer orden, la Ley N° 28008 contiene premisas normativas sustantivas (establecimiento de tipología de los delitos aduaneros) y normas adjetivas (procedimientos, medidas cautelares reales, la forma de la conclusión anticipada del proceso, entre otras), es decir, esta ley tiene notoriamente bifurcados dos aspectos, los cuales nos permiten distinguir si actualmente su aspecto procesal se contrapone o coincide con el NCPP (vigente en el 80% de los distritos judiciales del Perú).

3. La Ley N° 28008 –expedida el 18 de junio de 2003– contiene en estricto toda la tipología de los delitos aduaneros, los cuales no forman parte directa del Código Penal. Asimismo, dicha ley establece el procedimiento penal a seguir ante la judicatura, que es el del proceso sumario (Decreto Legislativo N° 124) conforme se detalla de la octava disposición complementaria, con las particularidades previstas para la investigación del delito y para la incautación de mercancías (véase Título II); es decir, esta ley es de carácter especial expedida en el contexto de la vigencia del Código de Procedimiento Penales.

El nuevo texto adjetivo, por su parte, es una herramienta jurídica que estructura adecuadamente la regulación de todo el proceso penal, destacándose la distribución de roles de todos los sujetos procesales, la forma de la investigación –diligencias preliminares e investigación preparatoria–, etapa intermedia y juzgamiento, detallándose las medidas de coerción (personales y reales), la dinamización de la búsqueda de pruebas y la restricción de derechos, tópico en el cual encontramos a la incautación (artículo 218 del NCPP) de bienes (la cual también se encuentra constituida como medida real: artículo 316 del NCPP).

Además, el nuevo código, expresa y tácitamente, deroga todos los procedimientos “especiales” (incluidos los temas cautelares y las medidas de coerción) regulados en leyes especiales, pues el NCPP monopoliza, concentra y unifica todos los procesos existentes, debiendo entenderse, por tanto, que en aquellos distritos judiciales donde se halle vigente esta herramienta legal, es aplicable para los procedimientos instituidos por la comisión de los delitos aduaneros.

III. Casación N° 45-2012-Cusco

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República al expedir la Casación N° 45-2012-Cusco (del 13 de agosto de 2013), con notoria precisión, estableció las siguientes premisas:

“(…) que el artículo décimo tercero de la Ley de delitos aduaneros señala que: ‘el fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por la administración aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria, proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario (…)’. Esto es, el referido artículo regula la incautación y secuestro de aquellos bienes que constituyan objeto de delito, y el procedimiento respecto a la custodia del mismo por parte de la administración aduanera, así como la posibilidad de su decomiso o devolución, luego de emitida una resolución firme en cada caso concreto.

De otro lado, debemos nuevamente analizar los artículos procesales relacionados con la norma anterior, como son el artículo doscientos veintidós del Código Procesal Penal, que señala: ‘El fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del juez de la investigación preparatoria.

Asimismo, podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito (…)’. Este artículo prevé que tanto el fiscal como la Policía tienen la facultad de devolver los objetos incautados a los agraviados, terceros o incluso al propio imputado, si no tuviera relación con el delito, disposición que debe ser puesta obligatoriamente en conocimiento al juez de la investigación preparatoria; lo acotado guarda concordancia con lo previsto en la parte *in fine* del segundo numeral del artículo doscientos dieciocho del mismo cuerpo legal que precisa que en todos los casos –relativo a la incautación sin pedido expresado al juez cuando existe flagrancia o peligro inminente de la perpetración de un ilícito– el fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la investigación preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria. En ese sentido, se tiene que **ambas normas precisadas, colisionan entre sí, pues mientras el primer enunciado estrictamente requiere que se haya emitido una resolución firme, ya sea de sobreseimiento, sentencia absolutoria o condenatoria, para que se determine la suerte del bien incautado –sea un orden de decomiso o la devolución del mismo–; el segundo enunciado se refiere a la facultad de devolver el bien cuando ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del juez de la investigación preparatoria**, empero, tiene concordancia con el artículo doscientos dieciocho del Código Procesal Penal (…)”.

Concluye la Sala Penal Permanente que el artículo 13 de la Ley de delitos aduaneros no abarcaba todo el procedimiento a seguir como consecuencia de la incautación de bienes objeto de delitos, ni hacía referencia a la responsabilidad que tiene el juzgador de confirmar la incautación que en un inicio dispuso el representante del Ministerio Público, conforme lo establece el artículo 218 del NCPP.

Entonces, “se tiene que los vehículos incautados si bien quedan bajo custodia de la administración aduanera por disposición del fiscal, ello debe ser así hasta que se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme que ordene su decomiso o disponga su devolución; limitándose la función de dicha entidad a la ‘custodia del bien’, no siendo esta quien determine el futuro del bien incautado, sino es el juez que reexamina y dispone la devolución del bien, quedando esto como doctrina jurisprudencial”.

Nótese que con esta casación se expone que la Ley N° 28008 no es aplicable en el extremo de la prohibición de devolución del bien incautado por parte del juez de la investigación preparatoria (entiéndase el reexamen o, incluso, la devolución directa que podría efectuar el propio fiscal con conocimiento del juez de investigación preparatoria), pues el NCPP precisa la legalidad de que sea el juez de investigación preparatoria (incluso el fiscal) quien tenga la facultad de evaluar, reexaminar y/o variar (según sea el caso) la medida de incautación prevista con motivo de la presunta comisión de un delito aduanero. Claro está que el juez de la investigación preparatoria deberá estudiar y analizar cada caso concreto, de forma objetiva y razonable, de acuerdo a la acreditación efectuada.

IV. Casación N° 136-2013-Tacna

Mediante la Casación N° 136-2013-Tacna expedida en la fecha 11 de junio de 2014 por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República (casi diez meses después de expedida la Casación N° 45-2012-Cusco), se resolvió una controversia relacionada con una incautación por delito aduanero y a la devolución del bien vía un procedimiento incidental de tutela de derechos.

Se estableció un criterio “ortodoxo” respecto a la aplicación de la Ley N° 28008. Para ello es necesario textualmente transcribir el fundamento 3.13 de la citada casación (...):

“En cuanto al agravio que denuncia la no aplicación del artículo 13 de la Ley N° 28008, Ley de los delitos aduaneros, debe indicarse que efectivamente dicha disposición normativa restringe la posibilidad de devolución de los bienes incautados relacionados con delitos aduaneros, a la concurrencia de una resolución firme que declare la absolución o el sobreseimiento de la causa, es decir, que exista un pronunciamiento de fondo respecto de la comisión del ilícito penal.

Existiendo regulación expresa a través de una norma especial, la devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que sean considerados como susceptibles de ser incautados por tener relación con delitos aduaneros, solo podrán ser devueltos cuando exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firme que así lo disponga, mientras no medien estas resoluciones permanecerán bajo custodia de la administración tributaria a pesar de no haberse confirmado la incautación”.

Este análisis nos permitirá efectuar algunas críticas. Esta decisión de la Corte Suprema parece contradecir su propia postura asumida mediante la Casación N° 45-2012-Cusco, la que en forma alguna se invoca o describe como antecedente en estos casos, limitándose tal solo a precisar que la Ley N° 28008 prohíbe al juez la devolución de mercadería y otros bienes incautados con motivo de la comisión de delitos aduaneros, en tanto no exista sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento definitivo. Asimismo, se destaca que en todo este íterin judicial corresponde a la Administración Tributaria la custodia del bien, aun cuando la incautación no haya sido confirmada judicialmente.

Además, esta casación no considera ni analiza las facultades esgrimidas en el NCPP para el juez penal en la medida en que es este a quien le corresponde el criterio funcional para decidir si procede o no la devolución de un bien incautado, al margen del contenido de la Ley N° 28008, la cual, reiteramos, se promulgó en momentos en los que no existía uniformidad de procesos penales. Tal apreciación sí fue asumida con racionalidad y razonabilidad por los magistrados que emitieron la Casación N° 45-2012-Cusco.

V. Casación N° 113-2013-Arequipa

Conforme a la Casación N° 113-2013-Arequipa, de fecha 16 de setiembre de 2014, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, pareciera que se estaría reforzando la tesis fundamentada por la autoridad tributaria (Aduanas) respecto a la validez y aplicación de la Ley N° 28008 y a la prohibición del juez o fiscal –de acuerdo a la etapa procesal respectiva– de devolver los bienes incautados en la medida en que no existiera sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

Es decir, el juez (entiéndase de investigación preparatoria o de juzgamiento) al haber conocido la existencia de una incautación efectuada por la autoridad administrativa y fiscal (con o sin confirmación judicial) recaída sobre el objeto material del delito, aun cuando este pertenezca a un tercero ajeno al proceso penal instaurado (es decir, sin participación alguna en la comisión del delito), no podrá aplicar las reglas facultativas contenidas en el NCPP para devolver los bienes al legítimo propietario que circunstancialmente ve afectado su derecho real, pues para ello el juez

tendrá previamente que verificar el dictado de un auto de sobreseimiento firme o una sentencia absolutoria.

Empero, lo central de esta decisión suprema se destaca en tres aristas claramente definidas:

i) Incumplimiento de los principios de razón suficiente y de no contradicción, existiendo una antinomia entre la Ley N° 28008 y el NCPP. La primera fue estructurada en un contexto donde no se definían con certeza y uniformidad los procesos penales, y además la tipología de los delitos aduaneros era ajena al contenido del Código Penal. Sin embargo, se contrapone con el contenido del NCPP, pues esta norma destaca y precisa las facultades genéricas del juez penal en los procesos penales regidos por esta norma adjetiva. Además, esta casación en su propio contenido es contradictoria en cuanto a su antecedente inmediato: la Casación N° 45-2012-Cusco, no exponiéndose las razones por las que al juez penal, a la luz del NCPP y conforme a las pautas de este texto adjetivo, no se le permite devolver bienes incautados por la comisión de delitos aduaneros, recurriéndose a la simpleza de invocar la prohibición expresa de la Ley N° 28008, la que justamente en la Casación N° 45-2012-Cusco se decía era contradictoria con el NCPP, priorizándose que el juez puede devolver el bien incautado, con reconocimiento de la autoridad administrativa respecto a la custodia de los mismos.

ii) Plenitud en la aplicación de la Ley N° 28008, respecto a la prohibición del juez penal –que tramita procesos penales a la luz del NCPP– para devolver bienes u objetos materia del delito, si es que previamente no existe un auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria; ello al margen de que el titular del bien haya tenido participación o no en el evento delictivo y de la plena demostración del derecho real.

iii) Empoderamiento del juez penal para la decisión judicial en su filosofía de “praxis interpretativa”, pues este es el arquetipo de la actividad jurídica, aplicándose ello en el proceso penal al margen del sistema positivo, los principios, reglas y directrices. Se nota que los jueces supremos destacan que, al margen de lo establecido en el NCPP respecto a la devolución de los bienes incautados –advírtase que esta situación puede ser invocada en cualquier proceso penal por cualesquier delito– motivados por la comisión de un delito, donde previamente se ha dictado auto de sobreseimiento definitivo (firme) o sentencia absolutoria, debe verificarse aún si el bien objeto de la acción (incautado) es legal o no (fin dikelógico¹ de la casación), pues al margen de la verificación de la existencia del delito, es menester consolidar y sentar posición de que el juez

frente a todo acto debe evitar la retórica de la simple aplicación de la ley, pues por encima de ello debe manifestarse la justicia, aun cuando la decisión judicial se base en una aplicación fáctica o jurídica no legislada (véase los casos norteamericanos conocidos como Henningsen & Bloomfield Motors y el caso Riggs & Palmer, donde notoriamente se destaca que nadie puede beneficiarse a costa de su propio delito).

Ahondando en el análisis de la Casación N° 113-2013-Arequipa, debe quedar claro que es pasible de incautación fiscal con fines de proceso penal todo aquel bien que es considerado como objeto material del delito, siendo por ello preocupante que la Corte Suprema haya establecido en su fundamento 14

que “la cuestión es establecer si un órgano jurisdiccional podría devolver un bien que por sí mismo constituye el objeto material del delito”; pues el artículo 218.1 del NCPP

prescribe: “Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la ley así lo prescribiera, el fiscal, solicitará al juez de la investigación preparatoria ordene su incautación (...)”; y el artículo 218.2 destaca la incautación en circunstancias de perpetración o descubrimiento de un delito flagrante, donde no se requiere previa autorización judicial.

Ambas circunstancias destacan que la incautación de bienes recae no solo sobre el objeto material del delito, sino también sobre todo aquello que guarde relación con este, por tanto, cabría preguntarse: ¿el bien incautado que no sea directamente el objeto material del delito, pero que guarde relación con él, es pasible de devolución por parte del juez

penal que tramita el proceso penal bajo las pautas del NCPP, aun cuando no exista auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria?

El Decreto Legislativo N° 1111, que modifica el artículo 13 de la Ley N° 28008, señala la prohibición de disponer la entrega o devolución de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, así como de los instrumentos empleados para su comisión, si es que precedentemente no existe auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria. De esta forma, se advierte que la referida Casación N° 113-2013-Arequipa es sumamente contradictoria y ambigua en cuanto a la aplicación de la Ley N° 28008 en relación con el NCPP.

Por otro lado, en la Casación N° 113-2013-

Arequipa, los jueces supremos destacan, en forma razonable, que el magistrado siempre debe optar por una decisión en que la justicia prevalezca frente a una deficiencia de la ley. Así, en el caso que se resolvió, es claro que el investigado (Luis Jhon Guevara Soto)

no ingresó en la estructura comisiva del delito aduanero de contrabando debido a que el bien (vehículo materia de incautación)

en su valor no sobrepasaba las cuatro UIT (Unidades Impositivas Tributarias), no obstante ello, existía una infracción administrativa relacionada con que dicho vehículo era uno clonado y su devolución directa "al presunto propietario" conllevaría un beneficio a todas luces ilegal y un perjuicio de terceras personas (entiéndase, el propietario del bien del cual se habrían clonado todos los datos administrativos).

Esta simple situación conllevó que los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (en primera y segunda instancia) al no verificar la comisión del delito aduanero (contrabando) que fue materia de imputación fiscal, procedan en forma literal a aplicar la parte *in fine* del artículo 347.2 del NCPP, que prescribe que la resolución que dicta el sobreseimiento dispondrá el levantamiento de las medidas coercitivas personales y reales que se hubieran dictado contra la persona o bienes del imputado.

Ergo, la decisión de estos magistrados arrastraba una vasta apariencia de legalidad, empero, se alejaban de la aplicación de la justicia, pues era inexplicable una devolución a todas luces ilegal (aunque no delictiva por la cuantificación valorativa del bien) a favor de una persona que con su conducta estaba dañando los intereses del propio Estado y de un tercero particular que legítimamente había obtenido permisos; por lo que se destaca la importancia de que todo magistrado, ante estas circunstancias, asuma la filosofía dworkiana, basada en principios, reglas y directrices, y se aparte de un mero y simplista positivismo, que no siempre es acorde con la realidad de los hechos.

VI. Conclusiones a) Se aprecia claramente que la Casación N° 113-2013-Arequipa adolece de argumentación sostenida en los principios de razón suficiente y no contradicción;

pues no se logra determinar un análisis mínimo del contenido de la Ley N° 28008

(que incluye las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1111)

y de los postulados contenidos en la norma procesal penal estructurados en el NCPP.

Se advierten así idas y venidas por parte de la Corte Suprema en la determinación certera de las facultades del juez dentro de un proceso penal instaurado bajo las pautas del NCPP y donde la tipología establecida es el de un delito aduanero (contenido típico previsto justamente en la Ley N° 28008), más aún cuando la Casación N° 45-2012-Cusco literalmente facultaba al juez penal a devolver un objeto incautado (vía reexamen) por la presunta comisión de un delito aduanero, siendo el magistrado quien determine el futuro del referido bien.

En cambio, con la Casación N° 113-2013-

Arequipa pareciera repotenciarse el contenido de la Ley N° 28008 respecto a las prohibiciones y limitaciones que tendría el juez en el contexto de devolver bienes incautados por la presunta comisión de delitos aduaneros (al margen si son objeto material del delito o similares y pertenecieran a una persona involucrada o no directamente en el hecho investigado); en concreto se desconocen las facultades del juez según los parámetros del NCPP.

b) Resulta inconsistente (ante un análisis de verificación de antinomia normativa que fácilmente puede resolverse con la aplicación de la argumentación por reducción a lo absurdo) que las intervenciones fiscales y aduaneras llevadas adelante en las diversas ciudades donde se aplica el NCPP se realicen aplicando esta norma (v. gr. las facultades del Ministerio Público y del agraviado, la búsqueda de pruebas y la restricción de derechos, las medidas de coerción reales, la propia confirmación judicial de la incautación), es decir, invocando dicho cuerpo normativo;

pero que al momento de realizarse pedidos de variación o reexamen de la incautación (realizadas a la luz del NCPP), se invoque la aplicación de la Ley N° 28008 en el extremo de la prohibición y devolución de los bienes incautados (inclúyase mercaderías, medios de transporte y otros) por parte de la autoridad judicial, en tanto no exista auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

c) Es consistente el análisis de los magistrados de la Corte Suprema en el sentido de invocar la aplicación de la teoría de la praxis interpretativa propuesta por Ronald Dworkin, pues debemos desterrar el facilismo al que recurren algunos jueces al aplicar la ley como tal (en el esquema:

el juez es boca de la ley), dejando de lado principios, reglas y directrices que permiten llegar a una decisión donde prevalezca la justicia. Más aún, el juez en su quehacer resolutorio debe considerar siempre que ninguna persona (sea cual fuere su condición de sujeto procesal) debe beneficiarse con la comisión de su propio delito o infracción, con lo que primaría un hecho ilegítimo que aparenta legalidad.

d) La validez del NCPP frente a la Ley N° 28008 se puede demostrar empleando el método interpretativo de la argumentación por reducción al absurdo. La argumentación por reducción al absurdo, también llamado argumento indirecto o apagógico, para Gascón Abellán y García Figueroa²

tiene lugar cuando “cierta interpretación de un texto normativo (prima facie posible) no puede hacerse porque conduciría a resultados absurdos, por imposibles, inaceptables o no deseables desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Su denominación se debe a que por su intermedio se conduce a quien niega la verdad de la tesis cierta, a consecuencias absurdas e inconvenientes.

Lo absurdo es aquello que viola las leyes lógicas, quebrantando el principio de no contradicción, pues establece la existencia de un fenómeno y su contradictorio en idéntico tiempo y lugar. Se daría en el caso de existir dos posibilidades de conclusión para una hipótesis ambas contradictorias, y, por tanto, imposibles de existir al mismo tiempo y en idéntico lugar. Luego la tesis será aquella que salve su existencia por posibilidad;

descartando la otra por haber sido reducida a la calidad de absurdo”. Ello es pues aplicable al caso de las incautaciones promovidas por delitos aduaneros donde se encuentra vigente el NCPP.

e) Debemos revalorar firmemente el contenido de las incautaciones promovidas a la luz del NCPP, invocando para ello el contenido del Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 (del 16 de noviembre de 2010). Al respecto, se debe precisar que la incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual:

como medida de **búsqueda de pruebas y restricción de derechos** –propia, medida instrumental restrictiva de derechos–

(artículo 218 al 223), y como medida de **coerción** –con una típica función cautelar– (artículo 316 al 320). 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 caso de la medida de búsqueda y restricciones de derechos, su función es primordialmente conservativa, esto es asegurar las fuentes de prueba material y, luego, definitivamente será probatoria.

En el caso de las medidas reales, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento o la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aun 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 frente a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102 del Código Penal.

Por su parte, la incautación instrumental (según el artículo 218 del NCPP) recae sobre **los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra 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 **i) por cuerpo del delito**, no solo a una persona –el cadáver en el caso del delito de homicidio–, pues comprende también al objeto del delito, es decir, aquel 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–, **ii) las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento**, son tanto las piezas de ejecución, como medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas piezas de convicción: entiéndase cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible, **iii) 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, etc.

Finalmente, debemos considerar que la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102 del Código Penal), por tanto, nótese que los bienes y objetos que pueden incautarse como privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal, cumplen eminentemente una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102 y siguientes del Código Penal (**esto justamente es la ratio de las incauciones para el caso de los delitos aduaneros**), y permite además su eficaz control para la acreditación del hecho punible – asegura su utilización por las partes y el juez como objeto de prueba–.

f) El objetivo del operador de justicia para circunstanciar su decisión, debe ser la verificación del 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. Por ejemplo, verifi-

car si se está en investigación preparatoria o intermedia, pues así se podrá establecer prima facie si el propietario o ostentador de algún derecho real sobre el bien incautado –que en la mayoría de casos pertenece a terceras personas ajenas a los sujetos procesales directos–, ha sido formalmente incorporado al mismo (v. gr. incorporación de persona jurídica, tercero civilmente responsable).

g) No debemos perder de vista que el NCPP

instituye las instituciones procesales de la variación y reexamen de la incautación como una forma de poder obtener de parte de la judicatura una verificación posterior sobre la incorporación de nuevos actos de investigación o de algún elemento de convicción, que modifique la situación que inicialmente generó la incautación. El artículo 318.3 del NCPP

prescribe que el bien incautado, si no peligran los fines de aseguramiento que justificaron su adopción, **si la ley lo permite** (entiéndase ello a la devolución de bienes lícitos, pues v. gr. la droga no podría ser devuelta bajo forma alguna, tampoco el arma de fuego de quien no cuenta con licencia de Sucamec a pesar de una sentencia absolutoria) puede ser:

a) Devuelto al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor; o, b) Entregado provisionalmente al afectado, bajo reserva de una reversión en todo momento, para continuar utilizándolo provisionalmente hasta la conclusión del proceso. En el primer supuesto, el importe depositado ocupa el lugar del bien;

y, en el segundo, la medida requerirá que el afectado presente caución, garantía real o cumpla determinadas condiciones.

h) Sin duda que todo juez debe razonar su decisión con base constitucional y legal (teniendo en cuenta la aplicación de la teoría de la praxis interpretativa), considerando que los sujetos procesales, instando tutela procesal efectiva, esperan la expedición objetiva de una resolución por un juez imparcial (árbitro).

i) Finalmente, cabe destacar lo esbozado por la Fiscalía de la Nación en el Oficio N° 970-2013-MP-FN-OAJ, del 24 de octubre de 2013, en el cual se precisa que el artículo 13 de la Ley N° 28008 se encuentra derogado tácitamente por el artículo 316 al 320 del NCPP, pues este nuevo texto adjetivo regula íntegramente los extremos de la incautación por cualquier delito (en él se incluye al delito aduanero).

Esta postura institucional del Ministerio Público incluso se encontraba argumentada y descrita en el SPIJ (Sistema Peruano de Información Jurídica) actualizado al mes de noviembre de 2013; sin embargo meses después, concretamente a la entrada del año 2014, procedió a dejar sin efecto tal posición institucional.

Asimismo, nuestra posición es compatible con la doctrina autorizada. Así, Gálvez Villegas (*Decomiso, incautación y secuestro*. Ideas, Lima, 2013, pp. 248-

250) manifiesta de manera categórica que erróneamente se viene considerando para la devolución de los bienes incautados producto de delitos aduaneros, el artículo 13 de la Ley N° 28008, modificado por el Decreto Legislativo N° 1111, norma esta que establece la prohibición 3 Obviamente, nos referimos a casos en que la incautación, por cualquier razón, no haya sido confirmada por el juez, puesto que de ser así solo este podrá levantarla y disponer la devolución de los bienes. Al respecto, ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. Jurista Editores, Lima, 2012, p. 937 y ss.

de disponer la entrega o devolución de los bienes incautados en tanto no medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento –ambos firmes– que lo ordene;

destaca este autor que tal prohibición estaría alcanzando igualmente a las disposiciones dictadas por el Ministerio Público, si luego de las diligencias preliminares se declara que no procede promover la acción penal o se disponga el archivo de la denuncia.

Sin embargo, sobre esta afirmación “legal”

advierte con absoluto tino que hay que diferenciar dos supuestos: **el primero**, referido a los **casos en que nos encontramos ante una investigación preparatoria conforme al**

NCPP, donde no cabe duda que tiene que ser el juez de la investigación preparatoria, quien deba levantar la incautación disponiendo la devolución de los bienes afectados, pues la investigación, como primera etapa del proceso, ya tiene un control jurisdiccional. El **segundo supuesto**, referido a los casos en que nos encontramos ante una investigación preliminar, sea conforme al NCPP o al sistema procesal antiguo, si en este estado el fiscal, luego de haber trabado la incautación, decide archivar la causa, el juez no tiene ninguna injerencia, lo único que queda es interponer el recurso de queja correspondiente ante el Fiscal Superior, y si este aprueba la decisión del Fiscal Provincial, el procedimiento habrá concluido, generando muchas veces la llamada cosa decidida (cuando se concluya que el hecho no es configurativo de delito o no es justiciable penalmente)³.

Nótese entonces, que en este último supuesto –expone Gálvez Villegas–, resulta excesivo el contenido del artículo 13 de la Ley N° 28008, en cuanto estipula que el fiscal no puede disponer la devolución de los bienes incautados, puesto que en estos casos, el fiscal es la única autoridad competente para resolver lo conveniente al respecto, no resultando conforme a la Constitución lo dispuesto en la ley anotada en cuanto pretende otorgar facultades a la administración aduanera para pronunciarse sobre actuaciones propias de la investigación del delito que solo son de competencia del Ministerio Público y de los jueces. Es además plausible (sin necesidad de coincidir con tal postulado, pues con mero control de legalidad el juez puede determinar la norma aplicable) la posición de Gálvez Villegas cuando precisa que la ley en cuestión no resulta aplicable por ser inconstitucional, en todo caso el afectado tendrá siempre la protección de los procesos de garantía, quedando los funcionarios de la administración aduanera sujetos a la responsabilidad correspondiente.

* Abogado con estudios de posgrado en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo. Diplomado en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Argentina.

Ex Juez Superior en la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Sullana.

1 En términos simples, esta función está determinada en la búsqueda de la justicia al caso concreto sometido a evaluación.

Con ella se pretende disminuir el divorcio existente entre la fría regulación estatuida por las normas jurídicas y la justicia, situación constante cuya presencia se torna en ininteligible para los justiciables comunes.

2 GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003, pp. 198-202

3 Obviamente, nos referimos a casos en que la incautación, por cualquier razón, no haya sido confirmada por el juez, puesto que de ser así solo este podrá levantarla y disponer la devolución de los bienes. Al respecto, ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. Jurista Editores, Lima, 2012, p. 937 y ss.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO A LA AGRAVANTE DE HABITUALIDAD EN EL DELITO (ARTÍCULO 46-C DEL CP)

Alexander Germán SÁNCHEZ TORRES *

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor, tras examinar las diversas modificaciones efectuadas sobre la agravante de habitualidad, propone como regla definidora de esta institución el enunciado: siempre que se configure la habitualidad existirá concurso real, pero no siempre que se configure un concurso real existirá habitualidad, precisando en este último caso las diferencias entre ambas categorías derivadas del número de delitos, las clases de habitualidad y la necesidad de condena en el concurso real retrospectivo.

MARCO NORMATIVO

• Código Penal: arts. 46 inc. 12, 46-C, 440 inc. 3, 441 y 444.

I. Introducción

La habitualidad, al igual que la reincidencia, es una institución muy polémica que desde su incorporación ha sufrido diversas modificaciones. Dichos cambios y la redacción del articulado esbozan una serie de interrogantes que este artículo tiene por objeto responder.

Las preguntas que se plantean son las siguientes: ¿en todos los casos en que se configure concurso real también concurrirá la institución de la habitualidad?, ¿qué sucede si al mismo tiempo concurre concurso real y habitualidad?, ¿si una persona comete 6 delitos en el lapso de 5 años se impone la habitualidad 2 veces?

II. Antecedente legislativo

El 9 de mayo de 2006, mediante Ley N° 28726, se reincorporó a nuestro CP las figuras de la reincidencia y habitualidad como agravantes genéricas y como agravantes cualificadas.

La habitualidad como agravante genérica se encontraba estipulada en el artículo 46, inciso 12, del CP, bajo la denominación “La habitualidad del agente al delito” y la agravante cualificada rezaba de la siguiente manera:

Artículo 46-C. “Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

El legislador mediante Ley N° 29407, el 18 de setiembre de 2009, modificó artículos del CP: el artículo 46-B (reincidencia) y el artículo 46-C (habitualidad). Modificó la reincidencia y habitualidad como agravantes cualificadas, y no así como agravantes genéricas.

La habitualidad se expresó en los siguientes términos:

Artículo 46-C: “Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados”.

Posteriormente, 11 meses y 7 días después de la última modificación, el legislador mediante Ley N° 29570, del 25 de agosto de 2010, modificó la figura de la habitualidad como agravante cualificada bajo el siguiente término:

Artículo 46-C: “Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en las modalidades agravadas de los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En esta circunstancia, no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en las modalidades agravadas de los delitos antes señalados”.

Mediante Ley N° 29604, del 22 de octubre de 2010, y en tiempo récord, se modificó nuevamente la figura de la habitualidad, cuyo tenor fue el siguiente:

Artículo 46-C: “Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 108, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos antes señalados”.

El 18 de julio de 2013, por Ley N° 30068, nuevamente se modificó la figura de la habitualidad como agravante cualificada, cuyo texto fue el siguiente:

Artículo 46-C: “Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-B, 121-

A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos

en el párrafo anterior, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta la cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes penales cancelados, salvo en los delitos antes señalados”.

Una vez más, por ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013, se modificó nuevamente la figura de la habitualidad, cuyo texto vigente reza de la siguiente manera:

Artículo 46-C: “Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar cancelados, salvo en los delitos antes señalados”.

Conforme lo mencionado en los párrafos precedentes, todas las modificatorias de la mencionada institución versaron sobre la habitualidad como agravante cualificada, mas no así a la habitualidad como agravante genérica. La dación de la Ley N° 30076, aparte de modificar la habitualidad como agravante cualificada, suprimió la mencionada institución como agravante genérica.

En este sentido, en nuestra legislación ya no contempla la habitualidad como agravante genérica, pero sí como agravante cualificada.

III. Concepto

Jiménez de Asúa considera que la habitualidad es más y menos que la reincidencia.

Más porque no es suficiente con la reiteración delictiva, pues esa persistencia al delito constituye costumbre y se incorpora al modo de ser o de obrar del sujeto¹. Menos porque no hace falta que se cumpla con la hipótesis de la reincidencia, es decir, condena previa, sino que solamente se requiere un conjunto de infracciones que constituyan un concurso real de delitos².

Por su parte, Agudo Fernández define como delincuente habitual al que hubiese sido condenado por tres delitos o más delitos dolosos que sean de la misma naturaleza en un plazo no superior a 5 años³. En efecto, en nuestra legislación, el plazo para ser considerado delincuente habitual es de 5 años; sin embargo, no es aplicable para la habitualidad que agrava aún más la pena –circunstancia de diferente nivel o grado–⁴. En el caso de faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, el plazo es no mayor de tres años, para ser considerado delincuente habitual.

En este sentido, el texto legal tiene una definición tanto para delitos como para faltas. A su vez, como es obvio, consigna un plazo de prescripción distinto. Por su parte, el artículo 46-C, del CP, refiere al delincuente habitual como aquella persona que nuevamente comete un delito doloso, siempre que se trate de por lo menos 3 hechos punibles que no excedan de 5 años.

En concreto, el mencionado artículo dispone lo siguiente:

Artículo 46-C: “Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. El plazo fijado no es aplicable para los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 297, 317-A, 319, 320, 321, 322, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo.

Asimismo, tiene condición de delincuente habitual quien comete de tres a más faltas dolosas contra la persona o el patrimonio, de conformidad con los artículos 441 y 444, en un lapso no mayor de tres años.

La habitualidad en el delito constituye circunstancia cualificada agravante. El juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, salvo en los delitos previstos en los párrafos anteriores, en cuyo caso se aumenta la pena en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional.

En los supuestos de habitualidad no se computan los antecedentes cancelados o que debieren estar, salvo en los delitos antes señalados”.

Antes de la Ley N° 30076, el 19 de agosto de 2013, podíamos hablar, conforme lo mencionados en el punto II, que la habitualidad podía ser considerada como agravante genérica y como agravante cualificada. Con la dación de la mencionada Ley se suprimió la primera agravante mencionada y continúa vigente hasta la actualidad la segunda agravante, cuya característica común es la creación de un nuevo marco de conminación penal, es decir, se aumenta la pena por encima del máximo legal fijado para el delito⁵.

IV. Presupuestos

No todo aquel que comete 3 delitos o más, será considerado delincuente habitual, para ello tiene que cumplir determinados presupuestos:

1. Concurrencia de delitos. Es indispensable que se cometan 3 delitos sin que medie condena previa. La habitualidad, a diferencia de la reincidencia, no requiere condena previa, solo necesita la concurrencia de tres o más delitos para que se configure la figura de la habitualidad. En suma, la concurrencia de tres o más faltas sin que exista condena previa también configura la habitualidad.

2. El delito cometido tiene que ser doloso.

Este presupuesto es similar a la institución de la reincidencia que descarta los delitos culposos. Para que la habitualidad se haga efectiva, se requiere que los tres delitos cometidos sean dolosos. Por ejemplo, si José comete un primer delito de homicidio simple, un segundo delito de lesiones graves seguidas de muerte y un tercer delito de homicidio culposo, no se puede aplicar la habitualidad, pues el tercer delito es culposo. De igual forma, es indispensable el dolo para el caso de faltas.

3. ¿Los delitos deben ser de la misma naturaleza? Como se hizo mención en los párrafos precedentes, la habitualidad requiere que se cometan 3 delitos dolosos, y, aunque la norma no lo expresa, para algunos juristas se requiere que además sean de la misma naturaleza. Es lo que se denomina la “habitualidad específica”. Es importante determinar ¿qué se entiende por

delitos de la misma naturaleza? Los delitos de la misma naturaleza son aquellos que se encuentran comprendidos en el mismo título del Código Penal, tienen similar denominación⁶ [similar identificación entre las tipologías penales del primer y segundo delito cometido] y que ataquen, del mismo, a idéntico bien jurídico⁷.

Ahora, si el primer, segundo y tercer delito cometido son análogos, esto es, vulneran el mismo bien jurídico, estamos ante una habitualidad específica. En estos casos, no siempre que concurren tres hechos punibles o más existirá habitualidad, pues para ello se requerirá que los delitos sean de la misma especie. Por ejemplo, si Juan comete delito de robo agravado, homicidio simple y lesiones graves. No puede existir habitualidad, debido que no existe habitualidad específica.

Por nuestra parte, consideramos que para que se configure la habitualidad se requiere que se cometa “un nuevo delito doloso”, en esta línea, el legislador no exige que los delitos cometidos sean de la misma naturaleza solo se requiere que sean dolosos, por lo tanto, la habitualidad puede ser, al igual que la reincidencia, “genérica” o “específica”.

4. Tiempo transcurrido. Este presupuesto nos expresa que el tiempo para ser considerado habitual es de 5 años. La pregunta es: ¿desde qué momento tiene que transcurrir los cinco años como lapso legalmente establecido? Consideramos que los 3 delitos o más tienen que cometerse dentro de los cinco años. Ello como regla principal. Esto es, que el primer, segundo, tercer delito se cometan dentro de los cinco años. Por ejemplo, si José cometió delito en el año 2006, en el 2009 perpetró otro delito y en el 2011 delinquiró nuevamente, se puede decir que es un sujeto habitual. Ahora, la novedad que trae la nueva regulación de esta institución es la excepción que plantea respecto al plazo de cinco años: el legislador considera que en determinados delitos –que según su concepción se deben considerar graves–

no debe operar el tiempo establecido. En el ejemplo anteriormente planteado, ¿qué sucede si Juan comete el tercer delito en el año 2013, delito que por cierto es de tráfico ilícito de drogas. En este caso, ¿se puede aplicar la habitualidad a Juan? La respuesta es afirmativa debido que en el caso de tráfico ilícito de drogas, al igual que otros que estipula la norma, no se considera plazo. Lo cual es discutible.

Por otra parte, el plazo, en caso de faltas, es de 3 años.

5. Circunstancias personales e incommunicables.

Ello quiere decir que la habitualidad no es comunicable a los intervinientes en quienes no concurre dicha figura. Por ejemplo: “Momón” –quien ha cometido 3 delitos con anterioridad y sin condena previa– quiere cometer un robo a la entidad financiera “mucho dinerito”, y para no levantar sospechas persuade a dos personas: Juan y Pedro, quienes nunca en su vida han delinquido pero cansados de no conseguir trabajo deciden cometer el latrocinio; empero, para su mala suerte son capturados inmediatamente después.

En este caso, “Momón” es un delincuente habitual y los otros delincuentes primarios.

La imposición a “Momón” de la figura de la habitualidad no puede ser impuesta a Juan y Pedro (delincuentes primarios), por más que todos hayan delinquido, ya que la dicha circunstancia es personal e incommunicable.

V. Concurso real

Para Felipe Villavicencio, se produce concurso real de delitos cuando un mismo autor con pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que requiere unidad de acción), el concurso real presenta pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal⁸. El concurso real es una fórmula legal que es incorporada del artículo 108 del CP de 1924, cuya fuente es el

artículo 51, inciso 1 del CP de Holanda. El concurso real se encuentra contemplado en el artículo 50 del CP. El texto refiere lo siguiente:

“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente esta”⁹.

En este sentido, existe concurso real cuando un mismo sujeto comete pluralidad de acciones o hechos autónomos que constituye una pluralidad de delitos también independientes.

En otras palabras, cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes estamos ante un concurso real de delitos¹⁰. Ahora, las clases de concurso real, en nuestra legislación, son dos: el homogéneo y el heterogéneo.

Es homogéneo cuando la pluralidad de delitos guardan relación con infracciones de una misma especie. En efecto, las acciones cometidas por separado pueden realizar el mismo tipo legal y, constituir varios delitos de la misma especie¹¹. Por ejemplo: Juan cometió cinco robos en forma independiente.

El concurso real heterogéneo se da cuando la pluralidad de delitos guarda relación con infracciones de distinta especie. Es la contraposición del delito homogéneo que consiste en la realización de varias acciones constitutivas de delitos diferentes¹². Por ejemplo:

Pedro cometió un primer delito de lesiones graves, otro delito de robo, otro de daños, pero en forma independiente.

1. Presupuestos Es indispensable tener en cuenta que para que exista concurso real se requiere: a) Pluralidad de acciones independientes, b) Pluralidad de delitos autónomos, c) unidad de autor. Solo si concurren estos 3 componentes se puede hablar que estamos ante un concurso real de delitos.

A) Pluralidad de acciones independientes.

La fórmula legal “varios hechos punibles”

que alude el artículo 50 del CP, se refiere a cada acción cometida por el agente. Esto es, cada uno de los comportamientos cometidos por una persona debe ser considerado como una acción independiente. Ejemplo: el 2 de febrero de 2012, a las 11 de la noche, Pedro, en complicidad con su amigo, logra despojar de su teléfono celular a Alex, para lograr su objetivo emplearon cuchillo. El 3 de febrero de 2012, a las 2 de la mañana, los mismos sujetos aprovecharon que Mario se encontraba distraído para arrebatarse su billetera.

B) Pluralidad de delitos autónomos. El articulado emplea el término “que deban considerarse como otros tantos delitos independientes” para referirse a varios tipos penales que deban ser realizados mediante varias acciones. Ello quiere decir que existe independencia en las infracciones penales. Ejemplo: Pedro el 2 de mayo de 2013 comete delito de robo agravado y al día siguiente comete delito de peculado. En este caso, Pedro cometió 2 delitos independientes: robo y peculado.

C) Unidad de autor. La pluralidad de acciones o hechos autónomos que constituye una pluralidad de delitos también independientes tienen que ser realizados por una sola persona.

Una vez que se determina la existencia de concurso real de delito, se procede a determinar la pena a aplicar. Para ello se tiene que tener en cuenta el principio de acumulación, que refiere que frente a varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, la pena se sumará hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave,

no pudiendo exceder de 35 años. Conforme a lo expresado, para la determinación de la pena, en el caso de concurso real, podemos afirmar que existen tres supuestos: 1) cuando la pena no excede de 35 años, ni del doble del delito más grave;

2) cuando la pena no excede de 35 años pero sí del doble del delito más grave; 3) cuando la pena excede de 35 años, pero no del doble del delito más grave.

1. Primer supuesto Si Pedro comete delito de lesiones graves, y se le impone 5 años de pena privativa de la libertad; otro delito de robo y se le impone 8 años de pena privativa de la libertad; además comete daño agravado y se le impone 2

años de pena privativa de la libertad. En este caso, al sumarse las penas se tendrá como pena concreta 15 años de pena privativa de la libertad.

2. Segundo supuesto Pedro comete delito de homicidio simple, y se le impone 7 años de pena privativa de la libertad; violación sexual y se le impone 6 años de pena privativa de la libertad; y daño agravado y se le impone 5 años de pena privativa de la libertad. Al sumarse la pena se tendrá como resultado 18 años de pena privativa de la libertad; sin embargo, no se le puede imponer como pena concreta 18 años debido que supera el doble del delito más grave: el homicidio simple, con 7 años.

¿Qué se hace en este caso? Simplemente no superar el doble del delito más grave. Si el delito más grave en este caso es de 7 años, el doble será 14, por lo tanto, la pena concreta a aplicar es de 14 años.

3. Tercer supuesto José comete delito de robo agravado y se le impone 15 años de pena privativa de la libertad;

lesiones graves seguidas de muerte y se le impone 10 años de pena privativa de la libertad y asesinato y se le impone 25 años de pena privativa de la libertad. La sumatoria de penas, es de 50 años. En este caso: 1. Supera el doble del delito más grave y 2. Supera los 35 años. ¿Cómo se supera el problema? La norma es clara "la pena se sumará hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años". Por lo tanto, la pena concreta quedará en 35 años.

Es de precisar que la sumatoria de penas no se realiza con la pena conminada para cada tipo penal sino con la pena concreta fijada por el juzgador. Por ejemplo: José cometió tres delitos de hurto agravado, cuya pena conminada es no menor de 3 ni mayor de 6.

El juzgador le impone, como pena concreta, cinco años para el primer delito, cuatro y seis para el segundo y tercer delito, respectivamente.

La pena concreta será: cinco, cuatro y seis, esas penas se sumarán y tendremos el resultado de la pena final a imponer: 15 años.

La Ley N° 29409, del 16 de setiembre de 2009, incorporó al CP el artículo 50-A, que alude al concurso real de faltas, cuyo texto quedó redactado de la siguiente manera:

"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".

El mencionado texto fue ratificado, por fe de erratas el 29 de setiembre de 2009, de la siguiente manera:

“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 la libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”.

Conforme a la redacción del concurso real de faltas, podemos afirmar que tiene los siguientes presupuestos: a) Pluralidad de acciones, b) Pluralidad de faltas independientes, c) Pluralidad de personas perjudicadas, d) Unidad de autor.

La redacción, del concurso real de faltas, se presta a confusión, debido que la norma menciona que el que comete pluralidad de acciones será “sancionado como autor y se le impone la pena privativa de la libertad prevista para este”. En este sentido, cabe mencionar, en primer lugar, que la falta no está regulada con pena privativa de la libertad, en ningún caso. El libro tercero del CP es claro al señalar que las faltas están sancionadas, conforme al artículo 440, inciso 3, del CP, con penas restrictivas de derechos y multa. Sin embargo, como toda regla tiene su excepción, la única posibilidad para aplicar pena privativa de la libertad en falta (conversión de penas restrictivas o multa a pena privativa de la libertad, de conformidad con el inciso 3 del artículo 440, del CP) es que se cometa reincidencia en faltas (art. 441

del CP) o contra el patrimonio (art. 444 del CP). Situación que no es compatible con la habitualidad.

Como se mencionó líneas arriba, es difícil, por la propia redacción de la norma, un análisis dogmático sobre este tipo de concurso;

ergo, la aproximación al tema es la siguiente:

1. Es posible un concurso real en faltas homogéneo y heterogéneo, la norma así lo permite;
2. Si bien no se menciona cuántas acciones deben considerarse como faltas independientes, lo es también que al mencionar el término pluralidad de acciones, se puede concluir que es 2 a más acciones, por lo que la regla es la misma que en el concurso real de delitos;
3. Para la aplicación de la pena concreta se deben considerar las mismas reglas de concurso real de delitos: Se acumulen todas las penas concretas parciales aplicables a cada falta cometida por el que comete infracción penal y que perjudicaron a varios agraviados.

El resultado, como es obvio, no sobrepasará los límites genéricos de las penas de prestación de servicio a la comunidad (156 jornadas de servicios semanales, de conformidad con el art. 34 del CP) y de multa (180 días multa, conforme al art. 440, inc. 4, del CP); 4. No es aplicable, en consecuencia –por todo mencionado–, las penas privativas de la libertad, en faltas; salvo que se trate de habitualidad o reincidencia.

Resulta pertinente destacar la modalidad especial del concurso real: Concurso retrospectivo o posterior, cuyo texto es el siguiente, artículo 51 del CP:

“Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito”¹³.

En esta línea, existe concurso real retrospectivo cuando los delitos que componen el concurso no fueron simultáneamente juzgados en un solo proceso penal. En otras palabras, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le sometió a juicio y se le condenó secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron simultáneamente descubriendo¹⁴.

Los presupuestos del concurso real retrospectivo son: a) Pluralidad de delitos, b) Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso, c) Unidad de autor.

Una vez que se verifica el concurso real retrospectivo, se procede a determinar la pena. En este caso, la pena concreta total y final no debe ser superior que aquella que se hubiera aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente en un solo proceso por todos los delitos que cometió. La Ley, que incorpora el concurso real retrospectivo, acoge, para la aplicación de la pena concreta, las mismas reglas que las del concurso real. El juzgador deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes.

Luego de ello someterá el resultado a los límites que establece el artículo 50 del CP15.

VI. Aspectos problemáticos: concurso real y habitualidad Este punto tiene como objeto desarrollar los aspectos de la institución de la habitualidad en que surgen las mayores interrogantes y dudas al respecto. Para ello, en la introducción, se desarrollaron tres preguntas que, según nuestro entender, son importantes para el esclarecimiento de la habitualidad.

1. Respuesta a la primera pregunta:

¿en todos los casos en que se configure concurso real existe habitualidad?

Al ser la habitualidad un concurso real de delitos, de entrada, se podría señalar que en todos los casos que se configure concurso real existe habitualidad; pero, ello no es así.

Para contestar esta pregunta, debemos considerar dos puntos importantes: el número de delitos cometidos y las clases de habitualidad.

Mención aparte se tendrá con relación al concurso real retrospectivo.

A) Con relación al número de delitos cometidos Es de destacar que para la configuración del concurso real se requiere la concurrencia de por lo menos dos hechos punibles y la habitualidad demanda de la comisión de por lo menos tres delitos. En esta línea, no siempre cuando existe concurso real se configura la institución de la habitualidad. Puede ser que en determinados casos coincida la configuración del concurso real y la habitualidad, pero no siempre será así. Por ejemplo: Juan comete un primer hecho punible de robo agravado y luego comete un homicidio, pero en forma independiente. En este caso existe un concurso real; ergo, si Juan hubiese cometido delito de robo agravado, de homicidio y de lesiones, en forma independiente, coincidiría un concurso real con la habitualidad por el número de delitos. En este orden de ideas, siempre que concorra habitualidad habrá concurso real pero no viceversa, pues no puede haber habitualidad cuando se comete dos hechos punibles, así lo estipula la norma, pero sí concurso real. Similar conclusión se arriba con relación a habitualidad cuando se cometen faltas.

B) Con relación a las clases de habitualidad Como se mencionó líneas arriba, el concurso real puede ser homogéneo y heterogéneo.

Ahora, para los que consideran que la institución de la habitualidad es específica (cuando los delitos son de la misma naturaleza), entonces solo coincidirán ambas (concurso real y habitualidad) cuando el concurso real sea homogéneo (cuando la pluralidad de delitos, guardan relación con infracciones de una misma especie); sin embargo, para los que consideran, como nosotros, que la habitualidad puede ser "específica y genérica"

(similar a la reincidencia), entonces, puede coexistir con el concurso real homogéneo y heterogéneo. En este sentido, por la clase de habitualidad, podemos afirmar lo siguiente:

i) Para quienes consideran que la habitualidad es específica, puede concurrir la habitualidad y concurso real solo si la primera es específica y la segunda es homogénea.

ii) Para quienes consideran que la habitualidad es específica y genérica, puede concurrir la habitualidad y concurso real al cometerse cualquier delito “doloso”.

Similar conclusión se arriba con relación a habitualidad cuando se cometen faltas.

C) Con relación al concurso real retrospectivo Para que exista concurso real retrospectivo, tiene que existir una sentencia condenatoria y luego de ello debe descubrirse otro hecho punible cometido, antes de la sentencia, por el mismo condenado, caso en el cual se aplican las mismas reglas, para imponer una pena concreta, que el concurso real.

En el caso de la habitualidad, no tiene que mediar una sentencia condenatoria. Solo tiene que perpetrar tres hechos ilícitos –sin que preexista condena previa–. Por ende, es imposible que cuando exista concurso real retrospectivo se configure la habitualidad.

2. Respuesta a la segunda pregunta: ¿qué sucede si al mismo tiempo concurre concurso real y habitualidad?

Para responder esta pregunta, tenemos que considerar dos situaciones: cuando se trate de delito y cuando se trate de falta.

A) En caso de delito Es de insistir que la habitualidad es un concurso real de delitos, por lo tanto, cuando concurren al mismo tiempo ambas instituciones, la regla para imponer la pena al encausado serán las mismas que las del concurso real: 1) cuando la pena no excede de 35 años, ni del doble del delito más grave;

2) cuando la pena no excede de 35 años pero sí del doble del delito más grave; 3) cuando la pena excede de 35 años, pero no del doble del delito más grave (ya fue explicado con anterioridad).

B) En caso de falta Como se hizo mención líneas arriba siempre que exista habitualidad en falta habrá concurso real de faltas, pero no siempre sucederá a la inversa. Para la aplicación del concurso real en el que no concorra la habitualidad (esto es concurren dos delitos), no hay ningún tipo de problema, pues se aplica la misma regla que en el concurso real de delitos, esto es, se acumulan las penas concretas parciales aplicables a cada falta cometida y el resultado no puede sobrepasar los límites de las penas establecidas para la falta. En caso de que concorra concurso real de faltas y habitualidad, no se aplica la sumatoria de penas, pues, se impondrá la pena privativa de la libertad del delito aplicable, conforme lo estipula el artículo 440

inciso 3 del CP.

3. Respuesta a la tercera pregunta: ¿si una persona comete 6 delitos en el lapso de 5 años se impone la habitualidad dos veces?

La respuesta es negativa. Ello obedece a lo estipulado en la norma. La que expresa textualmente “(...) siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles (...)”. En este sentido, quien comete más de tres delitos será considerado habitual, independientemente si la persona cometa cinco, seis o más hechos punibles. Por ejemplo: si Juan comete ocho hechos punibles independientes será considerado habitual, al margen del número de delitos cometidos, solo es indispensable que se cometa tres o más delitos.

VII. Conclusiones 1. La habitualidad es un concurso real de delitos. En este sentido, siempre que se configure la habitualidad existirá concurso real pero no siempre sucederá a la inversa.

2. Cuando concurren al mismo tiempo habitualidad y concurso real de delitos, la regla para imponer la pena al encausado serán las mismas que las del concurso real de delitos. Sin embargo, cuando concurren al mismo tiempo concurso real de faltas con la habitualidad no se aplica la sumatoria de penas, pues se impondrá la pena privativa de la libertad del delito aplicable.

3. Quien comete más de tres delitos será considerado habitual, independientemente si la persona cometa cinco, seis o más hechos punibles.

Bibliografía AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique. *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. Universidad de Granada, Granada, 2005.

HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. 3ª edición, Sudamericana, Buenos Aires, 1958.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación de la pena y Acuerdos Plenarios*.

Idemsa, Lima, 2010.

SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán.

“Evolución y modificaciones de la reincidencia:

a propósito de la Ley N° 30076”.

En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2013.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

Derecho Penal. Parte general. Grijley, Lima, 2006.

* Abogado con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito*. 3ª edición, Sudamericana, Buenos Aires, 1958, p. 542.

2 Ídem.

3 Similar: AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique. *Principio de culpabilidad y reincidencia en el Derecho español*. Universidad de Granada, Granada, 2005, p. 441.

4 La circunstancia de diferente nivel o grado son aquellas que generan escalas punitivas diferentes ascendentes entre sí e identifican como tales a las circunstancias agravantes específicas. Con mayor detalle ver: SÁNCHEZ

TORRES, Alexander Germán. “Evolución y modificaciones de la reincidencia: a propósito de la Ley N° 30076”.

En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2013, p. 31.

5 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Determinación de la pena y acuerdos plenarios*. Idemsa, Lima, 2010, p. 141.

6 Ver STC N° 003-2005-PI/TC, f. j. 46.

7 SÁNCHEZ TORRES, Alexander Germán. Ob. cit., p. 29.

8 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 703.

9 Texto modificado por la Ley N° 28730, publicada el 13 mayo de 2006. El texto anterior era: "Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48".

10 HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011, p. 213.

11 *Ibidem*, p. 214.

12 *Ídem*.

13 Texto incorporado por la Ley N° 28730, publicada el 13 mayo de 2006.

14 Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 8. Ponentes San Martín Castro y Prado Saldarriaga.

15 Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009, fundamento jurídico. Ponentes San Martín Castro y Prado Saldarriaga.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

CRITERIOS PARA DETERMINAR LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES Y SU RELEVANCIA A EFECTOS DE IMPUTACIÓN PENAL

[-]

CONSULTA:

Se nos consulta acerca de cuáles son los criterios que permiten, en el ámbito de la imputación objetiva, determinar lo que es un "conocimiento especial" y bajo qué circunstancias un "conocimiento ajeno al rol" que desempeña el agente puede ser relevante jurídico-penalmente.

Respuesta:

Un conocimiento especial es, en términos generales, aquel que posee el sujeto activo a la hora de desplegar una conducta, pero que dista de aquel que ordinariamente se esperaría que tuviera. Deriva del rol social que desempeña el sujeto.

Siendo así, es necesario tener presentes dos aspectos. El primero, no hay conocimiento especial sin rol social. Esto se debe, principalmente, a que el rol social es la figura a partir de la cual ha de juzgarse cuándo un conocimiento es especial y cuándo es ordinario.

De no existir esta pauta, sería imposible realizar tal distinción.

El segundo, como regla general, no debe exigirse la aplicación de ningún conocimiento especial en el ejercicio de un rol social; este deriva del primero y supone que, siendo especial, aquel conocimiento ajeno al propio del rol social, no ha sido incluido dentro del conjunto de exigencias que el Estado impone a cualquiera que ocupe tal posición.

Entonces, es especial aquel conocimiento ajeno al rol social que el sujeto activo desempeña. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que, según la materia del conocimiento, lo que el autor sepa o ignore puede estar relacionado con su posición jurídica dentro del tráfico jurídico o puede no estarlo.

Esta es, pues, la primera distinción que debe hacerse: solo es especial aquel conocimiento que por su naturaleza puede predicarse como exento del conjunto de exigencias que el Estado impone a un determinado cargo en un sector del tráfico jurídico preciso.

Luego, para que un conocimiento pueda reputarse materialmente especial debe distar de aquel exigido para el cumplimiento del rol social a cualquiera que desempeñe dicho cargo tanto por la naturaleza como por el grado.

Es materialmente especial no solo el conocimiento ajeno al rol social por la naturaleza sobre la cual versa, sino, además, aquel que desborda el grado exigible de tal conocimiento para cualquier persona que desempeñe dicho rol.

Esto implica que, para que un conocimiento pueda derivarse de una determinada posición jurídica y, consecuentemente, sea exigible a cualquiera que desempeñe tal posición, se requieren dos aspectos atendiendo a la materia. Primero, que por su naturaleza esté vinculado en forma directa con el normal ejercicio de la posición que ocupa el autor; y segundo, que esté dado en el grado exigible a cualquiera que ocupa tal posición.

Por lo dicho, se entiende que un conocimiento especial es aquel que no perteneciendo a la posición que ostenta el autor al momento de actuar, o perteneciendo en un grado superior al común, es adquirido por vías que no emanan del ejercicio del mismo rol social, ni es accesible para el común de las personas, sino que requiere, a su vez, de una posición jurídica en la cual el autor tenga alto grado de especialización en esa materia.

Para que sea especial se requiere que no sea connatural a la posición jurídica o que, siéndolo, esté dado en un grado superior al estándar usado para determinar la responsabilidad penal en caso de su ausencia; y además, que sea adquirido por vías tales que solo una persona que ocupe un rol social distinto al que desempeña el autor al momento de la conducta le fuera accesible. Los dos primeros requisitos, dados de forma alternativa, suponen especialidad según la materia; el último, versa sobre la especialidad en cuanto a la forma de adquisición.

Bajo el criterio material y gradual del conocimiento, para determinar si es especial o no, se puede también sostener cuándo un conocimiento ajeno al rol puede revestir relevancia a efectos de imputación penal, partiendo de la forma en que el conocimiento particular en cuestión es adquirido.

Así, por lo general, la ausencia de un conocimiento materialmente especial nunca generará el reproche de un delito imprudente, es decir, en el delito imprudente la no aplicación del saber especial o aptitud especial a consecuencia de una falta de atención solo permite la imputación del resultado lesivo cuando compete el deber de aplicarlo. En sentido contrario, un conocimiento puede (y debe) incluirse dentro de la valoración hecha para determinar la violación al deber objetivo de cuidado si fue adquirido de forma no especial.

BASE LEGAL

Código Penal: arts. 10 y 11.

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA DURACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN

[-]

SUMILLA

La sentencia que impone una medida de internación contra un inculpable debe fijar un límite máximo, que es el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable (pena concreta). Tal límite se encuentra:

i) en la pena que fija el tipo legal perpetrado –las medidas de seguridad no pueden ser más gravosas que la pena aplicable–; ii) el grado de ejecución del delito y de participación del imputado; y, iii) las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir.

SUMILLA

El límite máximo fijado para la internación no es irreversible o inmodificable, pues su duración puede interrumpirse antes de su vencimiento cuando la recuperación o mejora de la salud mental del sentenciado permita la cesación de dicha medida, esto es, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad, lo cual corresponde verificar al Juez de la Ejecución, a través de controles sucesivos con los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su momento determinaron la internación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado : Omar Aarón Vignolo Pintado

Delito : Violación sexual de menor

Agraviado : Menor de iniciales V.D.R de la C

Fecha : 27 de marzo de 2015

REFERENCIAS LEGALES:

• Código Penal: arts. VIII. IX, 72, 73, 75 y 173 inc. 2.

SALA PENAL TRANSITORIA R.N. N° 3608-2014-PIURA

Lima, veintisiete de marzo de dos mil quince **VISTOS:** el recurso de nulidad interpuesto por la señora Fiscal Adjunta Superior de Piura contra la sentencia de fojas dos mil trescientos veintitrés del diecisiete de octubre de dos mil catorce, que condenó a Omar Aarón Vignolo Pintado como autor del delito de violación sexual de menor (artículo 173 inciso 2 del Código Penal, según la Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis), en agravio de V.D.R de

la C. a la medida de seguridad internación por el término de tres años, así como al pago de cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

Primero.- Que la señora Fiscal Adjunta Superior en su recurso formalizado de fojas dos mil trescientos sesenta y ocho insta se aumente el tiempo de duración de la medida de seguridad de internación. Alega que existen suficientes elementos de prueba para imputar los hechos al acusado; que cuando sucedieron los hechos el acusado no era ajeno a la realidad; que la medida de internación de tres años no es proporcional con lo sindicado en la acusación, con la pena que le hubiera correspondido de aplicarse por el delito cometido; que la internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones periciales.

Segundo.- Que la sentencia de instancia declaró probado que el día diecisiete de marzo de dos mil siete, como a las cuatro de la tarde, personal de radio patrulla, alertados por una llamada telefónica, intervino al encausado Vignolo Pintado, de veinticinco años de edad, quien se encontraba acompañado de dos menores de edad: V.D.R de la C. y V.S.R de la C., gemelos de doce años de edad, quienes habían salido de un hotel. El último de los menores expresó que minutos antes el imputado lo había sometido a acto sexual contranatura, a quien él y su hermano habían conocido hacia un mes en el chat de Hotmail, quien los invitó a la ciudad de Piura; que viajaron en la empresa Civa procedentes de Lima y llegaron a Piura el día de la intervención a las nueve de la mañana; que el imputado los recogió y los llevó a pasear y luego los llevó al Hospedaje San Ramón;

que fueron a una habitación y cuando V.S.R de la C. se encontraba duchando, el imputado Vignolo Pintado aprovechó para violar a V.D.R de la C., lo que este último no contó inmediatamente a su hermano por temor.

Tercero.- Que sobre la realidad del hecho punible consta en autos prueba suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia. En efecto, el imputado admite conocer a los menores y que estaba con ellos en Piura; agrega que los menores le pidieron ayuda para regresar a Lima, pero afirma que no ingresó a la habitación en cuestión y que no violó a la víctima [fojas nueve, cincuenta y nueve y mil ciento noventa y ocho].

El hecho punible se acredita: (i) con las declaraciones de los menores V.D.R de la C. y V.S.R de la C. de fojas catorce, trescientos nueve y mil doscientos cincuenta y seis, así como de fojas diecinueve, trescientos uno y mil doscientos cincuenta y nueve, respectivamente; (ii) con la declaración del policía captor Arellano Seminario de fojas ciento setenta y dos –él los capturó cuando los tres caminaban juntos, luego de salir del hostel–, versión confirmada por la de su colega el Suboficial Técnico de Tercera Policía Nacional del Perú Fernández Yovera de fojas ciento setenta y siete; (iii) con la declaración del administrador del Hostal San Ramón de fojas ciento setenta y cuatro y dos mil doscientos treinta y cinco, quien vio cuando los niños y el imputado ingresaban a la habitación doscientos uno, bajo el pretexto de solicitar los servicios de baño; (iv) con el mérito de las actas del registro personal de agraviado, su hermano y el imputado, que da cuenta de que los tres tenían celulares y que el teléfono del imputado estaba registrado por ellos, y que de este último se recibió varias llamadas telefónicas [fojas treinta, treinta y uno y treinta y dos, en concordancia con el acta de visualización del celular del agraviado de fojas treinta y seis y el informe de Claro de fojas doscientos cincuenta y tres]; (v) con la pericia médico-legal de fojas veinticuatro, ratificado en el acto oral a fojas mil doscientos tres, que da cuenta que el agraviado sufrió actos contranatura reciente y lesión contusa por mecanismo activo; y, (vi) con el certificado médico-legal de capacidad sexual de fojas novecientos noventa y cinco, ratificado a fojas mil cuarenta y cinco, que acredita que el imputado está en condiciones de causar las lesiones descritas en la pericia médico-legal; además, la pericia de fojas doscientos veintitrés revela que el imputado presenta capacidad eréctil conservada.

Cuarto.- Que, de otro lado, la falta de capacidad penal del imputado tiene pleno sustento pericial. En efecto, la pericia psiquiátrica de fojas cuatrocientos noventa y cuatro, ratificada a fojas setecientos setenta y ocho, reveló que el encausado presenta esquizofrenia paranoide crónica descompensada, y debería ser declarado inimputable.

Tal conclusión es coincidente con el informe médico para EsSalud de fojas mil quinientos cincuenta y cinco que indicó que el encausado tiene trastorno orgánico esquizofrénico permanente. En igual sentido se pronunció el informe del Hospital San Juan de Dios de fojas mil seiscientos tres; y, con contundencia, la evaluación psiquiátrica del Instituto de Medicina Legal de fojas mil ochocientos treinta y cinco, ratificado a fojas dos mil doscientos treinta y cinco y dos mil doscientos setenta y dos: el imputado sufre de esquizofrenia paranoide crónica y es peligroso. El informe médico del doctor Carlos Anticona Bringas de fojas mil novecientos treinta y cuatro y dos mil ciento cincuenta y cuatro concluyó que el imputado padece de esquizofrenia paranoide de evolución crónica e incapacidad laboral y social. Además, la sentencia del Séptimo Juzgado de Familia de Lima de fojas mil seiscientos cuarenta y cuatro declaró al encausado incapaz absoluto y le nombró una curadora.

Quinto.- Que el encausado Vignolo Pintado no solo padece de esquizofrenia paranoide crónica, en tanto trastorno de carácter orgánico. Tal condición permanente y la necesidad de tratamiento médico, por su peligrosidad –alta probabilidad de comisión de delitos–, que se evidencia con el hecho típicamente antijurídico cometido y el propio mal que padece, obliga a la imposición de una medida de seguridad de internación (artículos 72 y 73 del Código Penal).

Ahora bien, como existe peligro de que el imputado cometa delitos graves, cuyo indicio –y solo eso– es el gravísimo delito ya perpetrado que, a su vez, se proyecta hacia el futuro, es evidente la necesidad de la medida de internación. Prima, siempre, el efecto preventivo que demanda la peligrosidad del infractor, pero tomando en cuenta la necesidad de equilibrar la propia capacidad punitiva de la reacción estatal [HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011, p. 394]. La función limitadora de la intervención que desarrolla el principio de culpabilidad en la medición de la pena es asumido en las medidas de seguridad por el principio de proporcionalidad que se deduce ya del Derecho Constitucional [JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen II, Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 1202].

Sexto.- Que establecida la necesidad y cumplidos los presupuestos materiales que hacen viable la imposición de la medida de seguridad de internación, resta resolver la duración de la misma. Al respecto, conforme a su fuente parcialmente hispana, el primer párrafo del artículo 75 del Código Penal establece que: “La duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido”.

La sentencia correspondiente, por tanto, ha de fijar un límite máximo de la medida de internación –ese, en todo caso, es su límite objetivo– (Sentencia del Tribunal Supremo Español número dos mil ciento siete oblicua dos mil uno, del doce de noviembre). El criterio para la fijación de dicho límite es el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable; esto es, desde la dicción de la norma nacional, en función a lo prescrito en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que guía el fin de la medida de seguridad, y el artículo VIII del mismo Código, que menciona el principio de proporcionalidad desde los intereses públicos predominantes, debe tornarse en consideración la pena concreta.

Es de entender que tal límite se encuentra, primero, en la pena que fija el tipo legal concreto perpetrado –las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena aplicable al hecho cometido–; segundo, el grado de ejecución del delito y el grado de participación del imputado; y, tercero, las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir –siempre que estén desconectadas de aquellos por lo que se aplicó la eximente completa–. A nivel de la culpabilidad, salvo la capacidad penal que no se toma en cuenta, no se presentan marcadas circunstancias que permitan una supuesta penalidad por encima del mínimo legal, de por sí muy grave. Por tanto, si se aplica ese criterio, entonces, el límite máximo, visto el

conjunto del suceso histórico y su dañosidad social, no podrá ser superior a treinta años – que es la pena mínima prevista en el artículo 173 inciso 2 Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril de dos mil seis–.

Por ahora no puede fijarse un límite menor, aun cuando es de entender que las normas individualizadoras de los criterios que concretan la peligrosidad son estrictamente personales y no pueden transferirse de individuo en individuo, lo que funciona como un límite subjetivo que se concreta mediante un pronóstico judicial con base, entre otros, en la apreciación pericial psiquiátrica, más allá de todas las dificultades e inseguridad que ello comporta [VIVES ANTÓN, Tomás. *Comentarios al Código Penal español de 1995*. Volumen I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, página 64].

Debe quedar claro, en todo caso, que el hecho previo es solo una pauta orientativa concreta para examinar cuál sería una duración razonable de la internación; no es una base definitiva para la mensuración de la medida [ZIFFER, Patricia. *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, páginas 124 y 129]. No puede equipararse pena y medida de seguridad, por los distintos objetivos que persiguen.

Sétimo.- Que, con arreglo a los párrafos segundo y tercero del citado artículo 75 del Código Penal, el límite máximo fijado no es irreversible o inmodificable –por esto es solo máximo– sino que, por su propia naturaleza, permite que la duración de la internación acordada se interrumpa antes del vencimiento de dicho tope cuando la recuperación o mejora de la salud del anormal psíquico grave permita la cesación de dicha medida; esto es, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad –la medida de seguridad se fundamenta en la peligrosidad y está orientada a prevenirla–.

Este juicio en orden a la probabilidad de una conducta futura del interno socialmente dañosa, así como el convencimiento sobre el grado de remisión de la enfermedad, corresponde al Juez de la Ejecución, a través de controles sucesivos con los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión de la internación [Sentencia del Tribunal Constitucional Español número ciento doce oblicua mil novecientos noventa y ocho, del ocho de junio, y doscientos cuarenta y uno oblicua mil novecientos noventa y tres del veintiuno de enero].

La internación se cumplirá en un centro hospitalario especializado o, según las exigencias institucionales, por decisión del Juez de la Ejecución, en otro establecimiento especializado, con fines terapéuticos, siempre que se asegure el debido tratamiento y seguridad del interno. No cabe, por principio, una finalidad de mera custodia, porque la enfermedad crónica y orgánica que padece el imputado requiere de un tratamiento terapéutico sostenido.

El recurso acusatorio debe estimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil trescientos veintitrés del diecisiete de octubre de dos mil catorce, en cuanto condenando a Omar Aarón Vignolo Pintado como autor del delito de violación sexual de menor en agravio de V.D.R de la C., le aplicó la medida de seguridad de internación con fines de custodia y de tres años como tiempo de duración; reformándola en este punto: le **IMPUSIERON** la medida de seguridad de internación con fines terapéuticos hasta por el límite máximo de treinta años en un centro hospitalario especializado o, según las exigencias institucionales, por decisión del Juez de la Ejecución, en otro establecimiento especializado. **MANDARON** se remita la causa al Tribunal de origen para la ejecución procesal de la sentencia, conforme al artículo 75 del Código Penal y demás normas del Código de Procedimientos Penales, a fin de evaluar semestralmente la persistencia del trastorno y, fundamentalmente, si desapareció la peligrosidad del sujeto: probabilidad de comisión de nuevos delitos. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

SS. SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA, SALAS ARENAS, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

QUIEN ESPERA EN UN VEHÍCULO CON EL MOTOR ENCENDIDO A LOS AUTORES DEL ROBO TIENE LA CALIDAD DE CÓMPLICE SECUNDARIO

[-]

SUMILLA

La conducta del encausado consistió en esperar en su mototaxi con el motor encendido a los sujetos que, a pocos metros, despojaban de sus pertenencias a la víctima, para ayudarlos a emprender la huida, lo que en efecto hizo. Se trata de una intervención en calidad de complicidad secundaria en el delito de robo agravado, pues el agente intervino dolosamente prestando asistencia para consumar dicho delito, concurriendo la circunstancia agravante de haber actuado en pluralidad de sujetos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado : Gabriel Armando Ramírez Ortiz

Delito : Robo agravado

Agraviado : César Augusto Muñoz Almeyda

Fecha : 21 de enero de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

- Código Penal: arts. 23, 25, 188 y 189

SALA PENAL TRANSITORIA R.N. N° 955-2013-LIMA

Lima, veintiuno de enero de dos mil catorce **VISTOS:** el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del encausado GABRIEL ARMANDO RAMÍREZ ORTIZ contra la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, del nueve de enero de dos mil trece, que lo condenó como cómplice secundario del delito contra el patrimonio-robo agravado, en perjuicio de César Augusto Muñoz Almeyda, a cinco años de pena privativa de libertad; así como fijó en la suma de dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del agraviado. De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

CONSIDERANDO

Primero.- Que la defensa técnica del encausado Ramírez Ortiz, en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos cincuenta y dos, alega inocencia. Al respecto, sostiene que no se han valorado debidamente los elementos de prueba que obran en autos.

Asimismo, refirió que no existe sindicación alguna que acredite su participación en el hecho delictivo; que el día de los hechos solo pasó circunstancialmente por el lugar mientras conducía su mototaxi; que no conoce a los sujetos que le arrebataron sus bienes al agraviado.

Segundo.- Que según la acusación fiscal de fajas doscientos, el día doce de agosto de dos mil once, a las cero horas con treinta minutos, aproximadamente, cuando el agraviado César Augusto Muñoz Almeyda transitaba por la cuadra seis de la avenida Nicolás Ayllón, en el distrito de La Victoria, fue interceptado y reducido por dos sujetos, quienes mediante violencia física le arrebataron la suma de mil cuatrocientos nuevos soles, un teléfono celular marca Sony Erickson y sus documentos personales. En esos precisos instantes circulaba un patrullero de la Comisaría del sector, por lo que estos sujetos, al percatarse de la presencia policial, se dieron a la fuga. Uno de ellos abordó el mototaxi que lo esperaba a unos metros, el mismo que era conducido por el acusado Gabriel Armando Ramírez Ortiz; quien pese al llamado de los efectivos policiales para que se detenga, hizo caso omiso; no obstante, después de ser perseguidos durante cinco minutos, lograron capturar solo al imputado Ramírez Ortiz, pues el otro sujeto que iba dentro del vehículo menor huyó con dirección al cerro El Pino.

Tercero.- Que, en primer lugar, se debe precisar que esta grave noticia criminal fue conocida inmediatamente, tal como se acredita con el Atestado Policial de fojas dos, en el rubro "Información", en el que se dejó constancia que el día de los hechos –esto es, el doce de agosto de dos mil once–, a las cero horas con treinta y un minutos, personal policial de la DIROVE, a bordo de la móvil VL-cero nueve siete seis, cuando efectuaban rondas a la altura de la cuadra seis de la avenida Ayllón, en el distrito de La Victoria, con el fin de neutralizar el accionar delictivo, se apersonó el agraviado César Augusto Muñoz

Almeyda para manifestarles que había sido víctima de robo por parte de varios sujetos, quienes se encontraban en un vehículo menor y le despojaron de su billetera que contenía mil cuatrocientos nuevos soles, su teléfono celular y documentos personales.

Estos sujetos, al notar la presencia policial, se dieron a la fuga en diferentes direcciones; sin embargo, a corta distancia lograron interceptar al vehículo trimóvil donde intentaron fugar los demás sujetos y que era conducido por el acusado Ramírez Ortiz, quien fue reconocido por la víctima inmediatamente.

Cuarto.- Que la condena del encausado Ramírez Ortiz se encuentra justificada porque existe material probatorio idóneo y suficiente que acredita la responsabilidad que se le atribuye, sin haberse presentado el supuesto de ausencia de pruebas; pues, en efecto, de autos se advierte que el agraviado César Augusto Muñoz Almeyda, al rendir su manifestación policial –véase a fojas doce–, relató de manera detallada y coherente la forma y circunstancias como sucedió el evento delictivo. Que el día de los hechos, al bajar de un microbús por la cuadra seis de la avenida Nicolás Ayllón, se le acercaron cinco sujetos, quienes lo persiguieron y, cuando lo alcanzaron, le propinaron varios golpes; le arrebataron su billetera que contenía la suma de mil cuatrocientos nuevos soles, su teléfono celular y documentos personales. Estos sujetos, luego de cometer el robo, se dieron a la fuga en la mototaxi que era conducida por el acusado Ramírez Ortiz; sin embargo, en esos momentos apareció un patrullero, los efectivos policiales le prestaron apoyo, y así lograron capturar al conductor de la mototaxi –el imputado Ramírez Ortiz–, mientras que los demás sujetos lograron darse a la fuga con dirección al cerro El Pino. El agraviado fue categórico al sindicarse al procesado Ramírez

Ortiz como cómplice de los sujetos que lo asaltaron, pues su participación consistió en conducir el vehículo menor que esperaba a los sujetos que le robaron para darse a la fuga; sin embargo, su captura fue inmediata –véase a fojas doce–; versión que fue ratificada en sede sumarial, al rendir su declaración preventiva (véase a fojas trescientos cuarenta y uno).

Quinto.- Que, en efecto, el Tribunal de Instancia procedió correctamente al condenar al encausado Ramírez Ortiz, porque la sindicación uniforme del agraviado, en el curso del proceso, se encuentra reforzada con otros elementos de prueba e indicios suficientes que acreditan incuestionablemente la materialidad del delito y su intervención en este;

tales como la declaración testimonial del efectivo policial Marco Antonio Miranda Valdez, quien en sede sumarial señaló que cuando patrullaba por el lugar de los hechos, se percató que el agraviado César Augusto Muñoz Almeyda era asaltado por dos sujetos, quienes al notar la presencia policial, uno de ellos abordó una mototaxi que se encontraba con el motor encendido esperándolo.

Cuando intentaban darse a la fuga, a través del megáfono del patrullero se le solicitó que se detenga; sin embargo, el imputado hizo caso omiso y luego de unos minutos de ser perseguidos lograron interceptar el vehículo trimóvil, y se logró capturar al acusado Ramírez Ortiz, mientras que el otro sujeto huyó hacia el cerro El Pino –véase a fojas ciento veinte–; versión que se condice con lo declaración efectuada por el efectivo policial Edgar Chura Zamora, quien en sede sumarial señaló que el día de los hechos iba en calidad de copiloto del patrullero policial y presencié como ocurrieron los hechos; así como también agregó que el imputado, en todo momento, intentó cerrarles el paso para evitar su captura (véase a fojas ciento veinticuatro).

Sexto.- Que, por tanto, los elementos de prueba indicados en los fundamentos jurídicos precedentes de la presente Ejecutoria, revelan la conducta delictiva del encausado Ramírez Ortiz, pues su participación consistió en esperar con el motor encendido de la mototaxi que manejaba, a pocos metros del lugar donde se cometió el robo, y luego de que los sujetos despojaron de sus pertenencias a la víctima, iban a emprender la huida; lo que constituye que la conducta del acusado fue en calidad de cómplice secundario del delito de robo agravado, en agravio de César Augusto Muñoz Almeyda, pues participó dolosamente y prestó asistencia para consumir el ilícito penal, con la circunstancia agravante de haber sido realizado en pluralidad de sujetos; conducta subsumida en el inciso cuatro, del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal.

Sétimo.- Que, finalmente, se debe precisar que si bien el procesado Ramírez Ortiz durante el curso del proceso, alegó inocencia y señaló que el día de los hechos pasó por dicho lugar de manera circunstancial –véase sus declaraciones a fojas catorce, cuarenta y tres, y cuatrocientos trece, respectivamente–; sin embargo, tales declaraciones deben ser tomadas con las reservas del caso, en tanto que su responsabilidad penal quedó plenamente corroborada con los medios probatorios citados precedentemente; máxime si no resulta creíble que uno de los sujetos que asaltó a la víctima haya subido de manera intempestiva a su vehículo menor, y que este, sin mediar violencia ni amenaza, le indicó que avance; lo cual no se condice con el hecho de que el acusado, ante el llamado de los efectivos policiales, en lugar de detenerse, siguió su marcha.

Octavo.- Que, frente a lo expuesto, lo alegado por el recurrente en el sentido de que no se le encontró en poder de ninguna de las pertenencias sustraídas a la víctima; este argumento no resulta relevante en el caso de autos, en consideración a que la participación del acusado consistía en esperar a los sujetos que asaltaron al agraviado, a unos metros del lugar, con el motor encendido de su mototaxi para huir –lo que configura la complicidad secundaria–, lo que justifica que al momento de su intervención no se le haya encontrado en poder de ningún bien sustraído al perjudicado.

Noveno.- Que los demás agravios invocados, orientados a reclamar su inocencia, de modo alguno desvirtúan los argumentos probatorios esbozados en los fundamentos jurídicos que anteceden y, por lo tanto, no resultan atendibles.

Décimo.- Que para establecer el cuántum de la pena, se advierte que al acusado Ramírez Ortiz se le impuso una pena menor a la solicitada por el Fiscal Superior –quien solicitó quince años de pena privativa de libertad–, y si bien el Colegiado Superior debidamente concluyó que la participación del acusado fue en calidad de cómplice secundario –y no en calidad de autor,

como consideró el Fiscal Superior en la acusación escrita–, y por ello lo condenó a cinco años de privación de la libertad. Este Supremo Tribunal considera que el quántum fijado por la Sala de Juzgamiento debió ser fijado en mayor medida, en atención a la naturaleza del delito, la intensidad del injusto penal, la pluralidad de agentes y al comportamiento del encausado; sin embargo, en atención al principio de *non reformatio in peus*, la pena debe mantenerse al haber impugnado solo el imputado.

Décimo primero.– Que en cuanto a la cantidad fijada por concepto de reparación civil, se consideraron los criterios establecidos en el artículo noventa y tres del Código Penal –pues esta se rige en magnitud al daño causado, así como al perjuicio producido, protegiendo el bien jurídico en su totalidad–, así como los principios dispositivo y de congruencia que caracterizan esta institución, por lo que el monto impuesto resulta razonable y prudente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y seis, del nueve de enero de dos mil trece, que condenó al acusado Gabriel Armando Ramírez Ortiz como cómplice secundario del delito contra el patrimonio-robo agravado, en perjuicio de César Augusto Muñoz Almeyda, a cinco años de pena privativa de libertad; así como fijó en la suma de dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del agraviado. Y los devolvieron.

SS. SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA, RODRÍGUEZ TINEO, SALAS ARENAS, PRÍNCIPE TRUJILLO

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

EL ACOSO SEXUAL CALLEJERO REGULADO EN LA LEY N° 30314

Alonso R. PEÑA CABRERA FREYRE *

[-]

SUMILLA

A propósito de la reciente emisión de la Ley N° 30314 (Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos), el autor estudia los supuestos de hecho previstos en dicha norma administrativa y su virtual asimilación a las infracciones penales tipificadas como injurias, actos contrarios al pudor, exhibiciones deshonestas y faltas contra las buenas costumbres, lo cual revelaría una inadecuada doble tipificación que podría beneficiar a los “acosadores” al apartarlos de sanciones de carácter penal.

MARCO NORMATIVO

- Código Penal: arts. 176-A, 183 y 405 inc. 1.
- Ley N° 30314: arts. 9 y 12.a).

I. Esbozo preliminar

Nuestra sociedad refleja una serie de costumbres o prácticas, tanto ciudadanas como rurales, que se han ido cultivando con el paso del tiempo, de generación a generación, como son las muestras de caballerosidad frente a las damas o la solidaridad con el indefenso y el desvalido. Se trata de costumbres sostenidas en valores y que se asientan en los rasgos más importantes de toda civilización: una comunidad que desea convivir, no solo en respeto hacia sus bienes jurídicos fundamentales, sino también bajo patrones de ética y cordialidad.

Por ejemplo, una bella dama caminando podía dar lugar entre los caballeros a un galanteo o piropeo educado, mediante palabras corteses. Sin embargo, los tiempos van cambiando, y ahora se observan hombres con hábitos y actitudes que contravienen los valores elementales de una sociedad civilizada: se creen con derecho a ofender, degradar y hostilizar a otras personas mediante insultos, especialmente cuando la víctima es una mujer y los agravios son de contenido sexual.

Es costumbre de algunos individuos proferir frases de grueso calibre en contra de mujeres indefensas, alguna de ellas menores de edad, adolescentes, madres de familia, etc., provocando una situación ofensiva que trasvasa el umbral de la incomodidad, para penetrar en el ámbito más íntimo de la personalidad humana. Incluso, estas prácticas pueden derivar en agresiones sexuales, existiendo a veces un corto trecho entre la agresión verbal y la violación sexual propiamente dicha.

Estas graves ofensas o actos antisociales se han multiplicado en los últimos años y han sido puestos al desnudo mediante su registro a través de cámaras de seguridad. Es así que se ha podido observar en los medios de comunicación a depravados que realizan en su propio cuerpo actos obscenos y a otros más avezados que realizan tocamientos sobre las partes genitales de sus eventuales víctimas.

Es de verse, sin embargo, que las conductas descritas no son necesariamente constitutivas de un delito (injusto penal), pues para que esto suceda se requiere necesariamente la lesión y/o puesta en peligro de la libertad e intangibilidad sexual (intereses jurídicos penalmente tutelados), conforme las previsiones típicas comprendidas en el Título IV, Capítulo IX del Código Penal.

En principio, las agresiones verbales que profiere un ciudadano sobre otro, con aptitud ofensiva para generar un descrédito o deshonor, habrían de ser cubiertas por los delitos contra el honor (injuria, calumnia y difamación¹), no obstante, los efectos lesivos pueden repercutir de forma directa en el marco de la sexualidad del sujeto ofendido, definiendo una valoración jurídica singular.

Siendo así las cosas, el tema está por definir si esta clase de comportamientos merecen ser sancionados penalmente, o si el asunto requiere activar únicamente los derroteros del Derecho Administrativo sancionador, a fin de generar los efectos preventivos deseados.

A todo esto, se confronta el referente criminológico (acosadores sexuales por doquier) con los postulados garantistas de un Derecho Penal democrático. Resulta que el legislador, mediante la Ley N° 30314, del 26 de marzo de 2015, emitió la Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, disponiendo en su artículo 1 que: "La presente ley tiene por objeto prevenir y sancionar el acoso sexual producido en espacios públicos que afectan los derechos de las personas, en especial, los derechos de las mujeres".

Desde una mirada literal, se tiene un marco normativo encaminado a la prevención y sanción de conductas de acoso socialmente reprochables, de contenido sexual, que toma lugar en lugares públicos, teniendo preferentemente como víctimas a las mujeres.

No puede descartarse que un varón pueda ser objeto de estas agresiones, sin embargo, una cultura inclinada hacia el machismo y hacia posiciones sociales jerarquizadas hacen difícil este

tipo de denuncias. De hecho, según la redacción normativa, esto no se descarta, sin que ello soslaye el fundamento real de la incriminación, que es proteger a las mujeres frente a estas reprobables conductas de los hombres².

Dicho esto, el asunto pasa por analizar si las conductas que se describen en el artículo 6 de la citada ley, se encuentran ya recogidas en el Código Penal o, en su defecto, si es que merecen ser elevadas a rango de un verdadero injusto penal.

Llevar estas situaciones a una excesiva regulación normativa, con fines exclusivamente de comunicación y pedagogía social, no nos parece correcto, pues si en realidad se quiere prevenir y evitar que se produzcan se debe asegurar que las medidas normativas vigentes cumplan su función utilitaria y, a la vez, que se desplieguen tareas formativas elementales en las instituciones educativas y en la familia, promoviendo en los niños y adolescentes el respeto hacia las mujeres, a la par que se protege a la población más vulnerable³.

En tal sentido, en la Sección II del Título III de la Ley N° 30314 (artículo 9) se tiene como obligación del Ministerio de Educación “incluir en la malla curricular la enseñanza preventiva contra el acoso sexual en espacios públicos como forma de violación de derechos humanos”.

II. Concepto

La Ley define el **acoso sexual callejero** como la conducta física o verbal de naturaleza o connotación sexual realizada por una o más personas en contra de otra u otras, quienes no desean o rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad o sus derechos fundamentales.

Renglón seguido señala que el **acoso sexual callejero** puede manifestarse a través de actos, comentarios e insinuaciones de carácter sexual, así como de tocamientos indebidos o roces corporales en el transporte o lugares públicos y exhibicionismo.

III. Modalidades típicas

Un primer punto es que la conducta en cuestión puede tomar lugar a través de actos físicos o actos verbales. Los primeros puede recaer de forma directa sobre la víctima, v. gr. contacto corporal en sus partes íntimas, lo que podría constituir ya un delito de actos contra el pudor, siempre que medie violencia o amenaza⁴ cuando se trata de personas mayores de 14 años de edad.

La exigencia de violencia o amenaza hace que este delito no comprenda a las conductas que suceden en algunos medios de transporte público, definidos como de abuso sexual furtivo⁵, los cuales, sin embargo, merecen ser alcanzados por una pena, acorde a su sustantividad material.

En cambio, cuando la víctima es menor de 14 años, al ser la indemnidad sexual el objeto de tutela punitiva, no se necesita la concurrencia de violencia o amenaza, configurándose así el delito de actos contra el pudor de menores (artículo 176-A del Código Penal⁶).

Cuando el acto físico de contenido sexual lo realiza el agente sobre su propio cuerpo (v. gr. masturbación) o se ejecuta entre dos personas o más, da lugar al delito de exhibiciones deshonestas (artículo 183 primer párrafo del Código Penal).

Los actos verbales dan lugar a un entendimiento distinto, pues la ofensa en este caso se manifiesta a partir de frases lujuriosas, de palabras de grueso calibre, portadoras de contenido sexual, diferenciables de aquellas que lesionan el honor de las personas, por sus propias características y naturaleza.

Para predicar su ilicitud no puede tratarse de un simple piropo o de una frase mal construida, debe trasvasar el umbral de lo socialmente permitido e ingresar al plano de lo intolerable, por

su carácter infamante y grosero, en evidente menoscabo a la personalidad y a la dignidad humana.

Es acá donde se deben emplear ciertos criterios, estándares promedios o patrones sociales que indiquen su ingreso de la conducta evaluada al ámbito de protección de la norma, sin dejar de lado la perspectiva de la propia víctima; pues no será lo mismo el caso de la dama arraigada a determinados valores culturales o religiosos, que el de aquella que se ha desarrollado en un ámbito de sociabilidad más abierto, sin que ello suponga una inadmisibile tolerancia a las agresiones.

En el plano práctico, decirle a una mujer que es nuestro amor platónico o que es la más bella del planeta, no son conductas cobijadas en el precepto legal; sí en cambio, decirle que tarde o temprano la penetrará o realizará con ella actos de alto grado de erotismo. Esta última conducta puede encajar, como faltas, en el artículo 450.1 del Código Penal⁷, cuya sanción aplicable es una pena limitativa de derechos (no pena privativa de libertad).

Se observa, por tanto, una doble tipificación, que puede afectar el principio del non bis in ídem, que impide sancionar el mismo hecho más de una vez. El problema estriba en definir cuál de las conductas debe encuadrarse normativamente, al no existir mayores elementos que propongan una nítida diferenciación.

Con todo, es importante trazar cuotas de racionalidad legislativa. Un simple gesto, una mirada profunda o una guiñada de ojo no pueden ser catalogados como actos de acoso callejero, no solo por su permisibilidad social, sino por lo problemático que significaría su probanza.

No puede perderse de vista que la imposición de toda sanción, sea del Derecho Administrativo o del Derecho Penal, debe ir precedida de la observancia irrestricta de los principios del debido proceso y de la tutela procesal efectiva, recayendo la carga de la prueba sobre el órgano acusador y no sobre el agente infractor.

IV. Elementos constitutivos

Los elementos constitutivos son: el acto de naturaleza o connotación sexual y el rechazo expreso del acto de naturaleza o connotación sexual por parte de la víctima, salvo que las circunstancias del caso le impidan expresarlo o se traten de menores de edad.

Según lo antes dicho, el primer elemento estaría claro. El problema está en el segundo elemento, que condiciona la configuración legal de la conducta a una reacción de la víctima o a que esta exprese su rechazo hacia la ofensa sexual proferida por el agente. Nos preguntamos si las circunstancias descritas en la ley admiten semejante condicionamiento.

La situación que atraviesa la víctima provoca en ella un estado de afectación a su psiquis, que en ciertos casos pueden colocarla en un estado de *shock* nervioso o de pánico, los cuales pueden impedir que reaccione como una persona normal que es objeto de agresión, más aún si tiene al frente a un individuo que, ante su reacción, puede realizar una acción violenta.

Imaginemos el caso en el que son varias personas reunidas, las que despliegan el acto de acoso sexual premunidos de objetos punzocortantes.

¿Cómo se le puede exigir a la víctima que reaccione frente a ello? La exigencia de que se manifieste el rechazo es un total despropósito que dificulta la aplicación de la norma y que debilita la protección jurídica de las víctimas.

El hecho de que la norma exceptúe tal requerimiento, cuando las circunstancias del caso le impidan a la víctima expresar el rechazo o cuando se trate de menores de edad, no salva la crítica expuesta, pues esta situación será objeto de una interpretación, que a la luz de los hechos puede dar lugar a lecturas que no se ajusten a la ratio de la norma. Realmente es paradójico que el ámbito punitivo, no exija el rechazo de la víctima y sí lo haga una normativa

sancionadora como la contenida en la Ley N° 30314. En todo caso, solo las menores de edad podrán ser protegidas de forma adecuada por esta ley y no las mujeres adultas, lo cual quiebra el principio constitucional de igualdad.

Es de verse, por otro lado, que no solo se define normativamente la responsabilidad del acosador, sino también de terceros. Así, se señala en el artículo 7.a) del Título I de la ley, como competencia de los Gobiernos Regionales, Provinciales y Locales: “Establecer procedimientos administrativos para la denuncia y sanción del acoso sexual en espacios públicos mediante multas aplicables a personas naturales y personas jurídicas que toleren dicho acoso respecto a sus dependientes en el lugar de trabajo”.

Estamos ante especie de responsabilidad solidaria de personas o empresas⁸, que pese a saber que sus dependientes laborales ejecutan actos típicos de acoso sexual, no hacen nada para evitarlo, esto es, no toman medidas destinadas a impedir que tomen lugar tales conductas.

Se trata de una suerte de responsabilidad por omisión, condicionada a un conocimiento previo de la persona (natural o jurídica), lo cual se infiere del término “tolerar”.

V. Colofón

Es una tarea permanente del legislador observar aquellos fenómenos que se suscitan en la sociedad, en cuanto a conductas susceptibles de lesionar los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos.

Así sucede con los actos de hostilidad sexual que tienen como víctimas preferentes a las mujeres. Se trata de individuos que aprovechando estados de vulnerabilidad de sus víctimas, ejecutan actos físicos o verbales altamente nocivos para la integridad sexual de aquellas.

Estas situaciones generalmente se producen en espacios públicos y por la forma cómo toman lugar, son difíciles de erradicar, pese a que sus autores son plenamente identificables por las técnicas audiovisuales que registran los hechos.

Esta situación generó una grave alarma en la sociedad, que propició una reacción legislativa, materializada en la dación de la Ley N° 30314, Ley para prevenir y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, que regula de forma amplia las variadas formas en que puede manifestarse este fenómeno.

Sin embargo, revisando estas conductas, vemos que algunas son ya constitutivas de delito o falta, como actos contra el pudor y exhibiciones deshonestas y o la infracción regulada en el artículo 450 inciso 1 del Código Penal (falta contra las buenas costumbres).

En todo caso, pudo haberse procedido a incrementar los marcos penales de dichos injustos, así como de incluir el abuso sexual furtivo, ampliando así las bases de punibilidad y fortaleciendo el mensaje disuasivo de la norma (prevención general negativa); claro está, en armonía con las proyecciones preventivas que correctamente se han glosado en la Sección II de la referida ley.

Tal descripción de las cosas revela un exceso de regulación normativa, que no impide el robustecimiento de los mecanismos de control y prevención de estas conductas, correspondiendo al Ministerio del Interior elaborar el “protocolo de atención de acoso sexual”⁹.

Por último, estamos ante una manifestación sui géneris del Derecho Público sancionador, al definirse únicamente la conducta típica, mas no la sanción a aplicar, que por mandato del principio de legalidad, tiene que estar prevista de antemano y recogida en una norma con rango de ley.

Si la sanción es una multa, propia del Derecho Administrativo sancionador, tal como parece, los agentes se verán favorecidos, pues tales actos, según el texto penal, pueden ser sancionados con una pena privativa de libertad. Esto en vez de proteger a las víctimas, lo que hace es beneficiar injustificadamente a los infractores.

El artículo 12.a del Título VI de la Sección II de la ley, regula como obligación del Ministerio del Interior, incorporar en el Código Administrativo de Contravenciones de la Policía Nacional del Perú, como una contravención específica, los actos de acoso sexual en espacios públicos; asimismo, establece la obligación de fijar las medidas correctivas y sanciones que estime conveniente para estos casos.

Una posición en contrario, en cuanto a una doble sanción, tiene el escollo del non bis in ídem, es decir, ante actos típicos de actos contra el pudor en espacios privados se impone una pena privativa de la libertad, mientras que esa misma conducta en el marco de un espacio público, sería únicamente pasible de una multa u otra sanción administrativa.

* Profesor de la maestría en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Docente de la Academia de la Magistratura, Fiscal Adjunto Superior adscrito en la Primera Fiscalía Suprema Penal, título en posgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo-España).

1 Véase PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, 2ª edición, Lima, 2014, pp. 319-330.

2 Tampoco puede descartarse que sea una mujer la que emprenda la conducta descrita en la norma.

3 El artículo 8.a del Título II establece como obligación del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables incorporar en su plan operativo institucional la problemática del acoso sexual en espacios públicos.

4 Véase PEÑA CABRERA FREYRE. *Los delitos sexuales*. 2ª edición, Ideas, Lima, 2015, pp. 487-504.

5 *Ibidem*, pp. 823-825.

6 *Ibidem*, pp. 515-527.

7 Véase CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *Las faltas en el ordenamiento penal peruano*. Grijley, Lima, 2008, p. 80.

8 Considerando que de *lege lata* aún no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. na multa u otra sanción administrativa.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

LOS ACTOS DE SEGUIMIENTO, VIGILANCIA, ACOPIO O ENTREGA DE INFORMACIÓN COMO EXPRESIÓN DEL DELITO DE MARCAJE O REGLAJE CON FINES DE DIFAMACIÓN, CHANTAJE Y EXTORSIÓN: ¡RELEVANCIA PENAL DEL CASO DINI!

Fernando Vicente NÚÑEZ PÉREZ *

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor, tras destacar el carácter finalístico del delito de marcaje o reglaje y establecer su ámbito de aplicación, estudia la posibilidad de subsumir en él los actos de seguimiento o acopio de información realizado con fines de desprestigiar el honor de las personas o con fines de chantaje o extorsión. En tal sentido, luego de precisar los elementos típicos de estos últimos delitos, señala que dicha subsunción no sería viable en el caso de los atentados contra el honor ni en el delito de chantaje, aunque sí en el delito de extorsión.

MARCO NORMATIVO

- Constitución Política del Estado: art. 42.
- Código Penal: arts. VII, 12, 152, 162, 182, 200, 201 inc. 2, 296, 317-A, 321, 387, 388 y 417.
- Código Procesal Penal de 2004: art 12 inc. 3.
- Código Procesal Constitucional: art. 25 inc. 13.

I. El caso DINI A través de los distintos medios de comunicación se ha puesto a conocimiento y a consideración de la opinión pública, el descubrimiento de diversos comportamientos realizados ya hace un buen tiempo, que habrían sido efectuados y ordenados por funcionarios públicos del gobierno de turno, haciendo uso de agentes de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI)¹, hechos que podrían tener relevancia penal por medio del tipo penal de marcaje reglaje que se encuentra regulado en el artículo 317-A del Código Penal, modifi-

cado por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, ello sin perjuicio de los distintos actos de investigación y de prueba que el caso amerite realizar a fin de poder llegar a conclusiones procesales más solventes.

Casos de seguimientos, vigilancias, acopio, como el rastreo de los bienes muebles e inmuebles recabada de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, o de entrega de información referente a políticos adversarios o de la misma tendencia política, periodistas, empresarios, policías, militares, magistrados del Tribunal Constitucional, Poder Judicial y Ministerio Público, son las posibles víctimas de estas actuaciones irregulares, que trajo consigo la elaboración y existencia de los denominados “expedientes de rastreo”.

Una posible interrogante, desde el punto de vista penal, a fin de poder llegar a entender si los actos o hechos puestos a conocimiento de la opinión pública podrían tener o no relevancia penal, es: en caso se acredite, con la actuación probatoria idónea, que estos actos de marcaje o reglaje tuvieron como finalidad desprestigiar o dañar el honor de las personas seguidas o vigiladas, o condicionar sus actuaciones o actividades posteriores, ¿las conductas podrían ser subsumidas o no en el tipo penal materia de análisis?

En todo caso, no queremos limitarnos o restringirnos en analizar si los actos de marcaje o reglaje solo han sido motivados con fines políticos, ya que, haciendo diferencias claras, una cosa debe encontrarse referida a los actos de marcaje o reglaje para la obtención de información de políticos, lo que algunos pueden denominar como un reglaje con fines políticos que no se encontraría sancionado penalmente en nuestro país², y, otra cosa muy distinta sería el caso que habiéndose ya recabado u obtenido la información de los políticos esta sirva para después desprestigiarlos o condicionarlos, por lo que, nuestro interés de análisis va para el segundo apartado.

La idea central de las siguientes líneas será poner en relieve si, conforme se encuentra a la fecha estructurado nuestro tipo penal de marcaje o reglaje o de *lege lata*, es posible subsumir los actos objetivos de seguimientos, vigilancias, acopio o de entrega de información cuando estos mismos han tenido como fin poder desprestigiar personas concretas, es decir, de acuerdo a lo obtenido y recopilado, para poder en forma posterior injuriarlos, calumniarlos o difamarlos.

Así también y en esa misma lógica, si conforme se encuentra a la fecha estructurado nuestro tipo penal de marcaje o reglaje o de *lege lata*, es posible subsumir los actos objetivos de seguimientos, vigilancias, acopio o de entrega de información cuando estos mismos han tenido como fin poder condicionar las futuras actuaciones de las personas que hayan podido ser víctimas de estas formas de proceder, es decir, de acuerdo a lo obtenido y recopilado, para poder en forma posterior chantajearlos o en todo caso extorsionarlos.

Según se podrá apreciar, el único fin que tiene el presente aporte es poner a consideración nuestro punto de vista académico sobre los hechos que han sido materia de información, no desligándonos para nada ni del principio de legalidad penal ni de la teoría analítica del delito, soportes dogmáticos y teóricos que de todas maneras permitirán introducirnos en un mejor debate en el foro.

Todo lo que se sostenga es sin perjuicio de hacerse mención que la persona que se considere afectada por seguimiento irregulares, carente de justificación y de legitimidad, pueda interponer y fundamentar, en sede constitucional, un hábeas corpus de tipología restringida, de acuerdo a lo previsto en el artículo 25.13 del Código Procesal Constitucional, a fin de que se retire la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial cuando estos resulten arbitrarios o injustificados³.

Así también, la posible subsunción jurídica de los hechos que se comentarán a través del concreto tipo penal de marcaje o reglaje, es sin perjuicio de que se pueda acreditar en el devenir del proceso penal, en el caso en concreto, la comisión de otros delitos, como el delito de violación del secreto de las comunicaciones en la modalidad del delito de interferencia telefónica (artículo 162 del Código Penal), por haberse realizado diversas escuchas telefónicas sin que haya podido existir previamente alguna autorización judicial o razón justificada que haya permitido realizarla; o del peculado por utilización o de uso (artículos 387 y 388 del Código Penal)⁴, por haberse hecho uso de los servicios de inteligencia y de otros recursos del Estado para fines distintos a lo que realmente les corresponde.

II. La estructura típica del marcaje o reglaje como delito finalístico: la relevancia del dolo y de la tendencia interna trascendente⁵

Como regla general, conforme al artículo 12

del Código Penal, se entiende que los delitos que se encuentran regulados en la parte especial del mencionado cuerpo normativo así como en las leyes penales especiales son de comisión dolosa. Según esa norma, las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente en forma dolosa, por lo que si bien el dolo no se encuentra previsto en forma expresa en los delitos regulados en la parte especial del mismo Código Penal ni en las leyes penales especiales, se encuentra regulado en forma tácita o en forma implícita, siendo que las modalidades delictivas culposas siempre deben aparecer expresamente en el texto de la ley penal.

Si bien, desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, para el novedoso tipo penal del marcaje o reglaje se expresa a través de los comportamientos típicos del seguimiento, vigilancia, acopiando o entregando información relevante, así como colaborando con aquellos actos por medio del uso de armas, vehículos, teléfonos, como haciendo uso de cualquier otro instrumento o medio idóneo que pueda ser relevante al caso en concreto, sin dejar de ser importante, se debe tener presente que, conforme a una de las manifestaciones o concretizaciones del principio de culpabilidad del dolo o culpa, tales comportamientos deben ser complementados por la ineludible presencia de la tipicidad subjetiva a fin de poder negar y rechazar la mera responsabilidad objetiva o del mero resultado, la misma que se encuentra proscrita expresamente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

En ese sentido, se debe advertir que el delito de marcaje o reglaje por medio de sus diversos comportamientos típicos que se han hecho mención, no solo exige la presencia, como elemento subjetivo a tener en cuenta, del dolo, que se manifiesta con el conocimiento y la voluntad que debe tener el agente con respecto a los elementos que conforman el tipo objetivo (conocimiento y voluntad de realizar seguimiento, vigilancia, acopiando o entregando información relevante, así como colaborando con cualquier instrumento idóneo), sino que también se exige, como elementos adicional al dolo, el denominado elemento de la finalidad o de la intención, también conocido en la doctrina penal como la tendencia interna trascendente, que para efectos de la existencia de la consumación formal o del cumplimiento del verbo rector no es necesario que la finalidad que acompaña al dolo sea materializada en la realidad, aspectos posteriores que son más bien manifestaciones del agotamiento delictual (consumación material).

Conforme se desarrolla, se debe tener en cuenta que para la exigencia típica del marcaje o reglaje no basta, por tanto, que el agente actúe dolosamente para dar por cumplido la tipicidad penal del comportamiento que se pueda atribuir, sino que además se exige la presencia del elemento de la tendencia interna trascendente, de finalidad o de la proyección delictiva. Esto se aprecia cuando la norma penal prescribe lo siguiente:

“(...) El que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos (...)”.

De acuerdo a lo que se puede apreciar, esta novedad delictiva describe un elemento subjetivo que obviamente no es el dolo. De acuerdo a su naturaleza jurídica, podríamos decir que se trata de un plus al dolo. Este elemento subjetivo de tendencia interna trascendente implica una finalidad o un motivo que va más allá o que trasciende la realización del hecho típico⁶. Por ese motivo, debe considerarse al marcaje o reglaje como un delito mutilado en dos actos, en donde, si bien la finalidad o el resultado ulterior extratípico podrá ser realizada a futuro o en otro momento por el sujeto activo, sin embargo, en lo que a su consumación formal se refiere, basta la proyección delictiva y no la ejecución de lo intencionado.

El desvalor de la acción del delito doloso (que brinda la materia del tipo subjetivo)

puede no agotarse necesariamente en el dolo.

En algunos casos, como este del delito de marcaje o reglaje, se requiere (además del conocimiento y la voluntad de la realización de los elementos del tipo) que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un

determinado impulso. Esta finalidad en el agente es una meta por él perseguida, que está más allá de la realización del tipo objetivo⁷.

El elemento subjetivo redactado en esta nueva tipología delictiva del marcaje o reglaje con la palabra "(...) para (...) "⁸, es una subjetividad adicional de finalidad o de intención que acompaña al dolo. Para redondear la idea, debe destacarse que este elemento subjetivo de finalidad es lo que mueve el comportamiento doloso del sujeto activo del delito.

Por eso mismo, no debe confundirse los elementos que conforman la tipicidad objetiva del delito de marcaje o reglaje, que pertenece al mundo externo, con los objetivos de este injusto penal, que pertenece al mundo interior.

Este último expresa concretamente la finalidad o la intención del delito, como parte de su tipicidad subjetiva más allá del dolo.

Los comportamientos objetivamente apreciables deben estar concatenados con los aspectos subjetivos, es decir, con el dolo y con el propósito delictivo. De acuerdo con esta interpretación, las conductas dolosas de realizar los actos de acopio; de entrega de información;

de realizar los actos de vigilancia o de seguimiento de personas; o de colaborar con aquellos actos mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos o a través de otros instrumentos idóneos, deben tener, todas ellas, la intención o la finalidad de cometer o facilitar la comisión de los delitos que se encuentran especificados taxativamente en la ley penal, esto es, como delitos que son fin del marcaje o reglaje.

En nuestro ordenamiento jurídico, la presencia del elemento subjetivo de la tendencia interna trascendente dentro de la estructura de los tipos penales, no es una novedad. A guisa de ejemplo, podemos citar los siguientes:

- En el artículo 108.2 del Código Penal se establece que, como modalidad de asesinato-

homicidio calificado, la muerte se agrava cuando concurre la circunstancia para facilitar u ocultar otro delito.

- En el segundo párrafo del artículo 296

del Código Penal se establece que, como modalidad de tráfico ilícito de drogas, la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas será reprimido en tanto sea derivado para su tráfico.

- En el artículo 321 del Código Penal se establece que, como modalidad de delito contra la humanidad, cuando el funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sea físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o una información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, comete el delito de tortura.

- En el artículo 5 de la Ley N° 30096 del 22 de octubre de 2013, modificado por medio de la Ley N° 30171 del 10 de marzo de 2014, se establece que, como modalidad de delito informático, el que a través de Internet u otro medio análogo, contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, comete delitos que podrían poner en riesgo la indemnidad o la libertad sexual del menor.

En otro ejemplo, como una manifestación del Derecho Penal económico, conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1106

del 19 de abril de 2012, los comportamientos delictivos que expresan el proceso o las etapas del lavado de activos (conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, traslado)

requieren la finalidad o la tendencia interna trascendente de dificultar la identificación de su origen, su incautación o su decomiso. Esta forma de “dificultar” no es parte de su resultado lesivo para permitir su consumación formal, esto es, de su tipicidad objetiva, sino que debe ser considerado como un elemento subjetivo de finalidad adicional al dolo.

El principio de legalidad penal, también conocido como *nullum crimen, nullum poena sine lege certa, praevia, stricta et scripta*, informa que las conductas dolosas descritas por el delito de marcaje o reglaje deben estar ligadas necesariamente con la finalidad de cometer o de facilitar la comisión de los siguientes injustos penales: homicidio simple, parricidio, asesinato, homicidio calificado por la condición oficial del agente, lesiones dolosas graves, secuestro, trata de personas, violación sexual (incluido la seducción y los actos contra el pudor), hurto simple, hurto con agravantes⁹, robo simple, robo con agravantes y extorsión¹⁰.

La importancia de hacer destacar y efectuar el estudio del elemento subjetivo y distinto al dolo de la tendencia interna trascendente, radica por el hecho de que en el ámbito objetivo no existiría diferencia alguna entre los actos socialmente permitidos y los comportamientos prohibidos por el delito de marcaje o reglaje¹¹.

Citando un caso que ha sido materia de investigación bajo la modalidad delictiva del marcaje o reglaje, en donde se puede apreciar la relevancia e importancia que debe existir con respecto a la mencionada finalidad subjetiva criminal, dejamos un texto extraído de una Disposición de no haber mérito para formalizar denuncia penal, recaída en la Denuncia N° 469-2013, emitida por la Quincuagésimo Segunda Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, el 18 de noviembre de 2013: “5. (...)”

respecto a los actos de acopio de información –a los cuales estaría referida la presente denuncia–, se tiene que la información a que hace referencia el tipo penal, si bien puede ser extraída de una base de datos de dominio público, será la finalidad subjetiva criminal que tenga el agente para el uso de dicha información, la que tendrá relevancia para la estructura típica del delito (...)”.

Es oportuno resaltar que para la consumación formal de la novedad delictiva del marcaje o reglaje no se requiere de la verificación de algún resultado lesivo, por lo que, solo se necesita que el agente realice la conducta típica, siendo que por esa razón, debe ser considerado como un delito de mera actividad, perfilándose también como un delito instantáneo, pues no resulta relevante cuánto tiempo el agente se haya encontrado realizando los comportamientos delictivos, como tampoco se requiere confirmar la materialización de alguno de los delitos-fin¹².

De ese modo, si las conductas dolosas descritas se encuentran dirigidas hacia otra finalidad, esto es, a una intención distinta, tal hecho de la realidad no podría subsumirse, en términos de tipicidad penal, en el injusto penal de marcaje o reglaje. Por ejemplo: Si las conductas dolosas de marcaje o reglaje se encuentran dirigidas para la comisión de delitos contra el honor en la modalidad de difamación, para la comisión de violación a la intimidad, u otro delito diferente a los señalados expresamente en el tipo penal¹³, como el caso de cometer a futuro una denuncia calumniosa, tales actos preparatorios no podrán adecuarse o subsumirse en el delito de marcaje o reglaje. Para que tales comportamientos adquieran relevancia penal, tendrían que haberse materializado en la realidad los actos difamatorios, de violación a la intimidad o de cualquier otro delito que se haya pretendido cometer.

Anteriormente habíamos citado la disposición de no haber mérito para formalizar denuncia penal, emitida por la Quincuagésimo Segunda Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, en la Denuncia N° 469-2013. Observemos ahora otro fundamento esgrimido por el defensor de la legalidad, esta vez atinente a los delitos considerados como “delito-fin” en el marcaje o reglaje: “9. Que, finalmente, del tenor del Oficio de fojas 04, el Congresista denunciante refiere además que la información que habrían obtenido los imputados de los Registros Públicos ‘podría

terminar siendo parte de denuncias falsas', entendiéndose que con ello, el denunciante alude a que el ilícito denunciado tendría como delito-fin el delito contra la función jurisdiccional – denuncia calumniosa–, el (...) que no se encuentra comprendido como uno de los delitos-fin del tipo penal del marcaje o reglaje”.

Tampoco se configurará el delito en comentario si el acto de marcaje o reglaje tiene la finalidad de cometer una falta o una infracción administrativa. Lo mismo puede decirse de los eventuales actos de vigilancia, seguimiento, acopio o entrega de información que podrían realizar los periodistas o detectives privados, justamente por carecer de la tendencia interna trascendente para cometer a futuro los delitos finalísticos que se encuentran especificados, como parte de su tipicidad subjetiva, en el injusto penal del marcaje o reglaje. En otras palabras, la irrelevancia penal en que puedan recaer los actos que realicen los mencionados periodistas o los detectives privados se debe, no porque no se encuentre la presencia del dolo, que en el caso en concreto puede existir, por el hecho de saber y querer realizar aquello que conforma la tipicidad objetiva, sino por la no presencia del elemento finalístico de la tendencia interna trascendente.

En consecuencia, estos actos deben ser considerados como socialmente permitidos, neutros, cotidianos o de carácter estereotipados, es decir, carentes de relevancia penal. Castigarlos por su solo actuar, sin apreciar el elemento de la tendencia interna trascendente, que es parte integrante de la tipicidad subjetiva, sería una manifiesta violación del principio de proscripción de la mera responsabilidad objetiva que se encuentra regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal.

Una situación interesante se presentaría en el siguiente supuesto: ¿qué ocurriría si, tal como está la normativa penal hoy en día, se comprobase, atendiendo la tipicidad objetiva, que se han cometido las conductas típicas del marcaje o reglaje con la finalidad de poder realizar a futuro el delito de feminicidio?

Debe recordarse que el delito de feminicidio, regulado en el artículo 108-B del Código Penal conforme lo establecido por la Ley N° 30068 del 18 de julio de 2013)¹⁴, no se encuentra previsto expresamente en el artículo 317-A del Código Penal como uno de los delitos finalísticos que se pretende evitar con la sanción del marcaje o reglaje.

En consecuencia, en plena observancia del principio de legalidad, tal comportamiento no se podría adecuar en el tipo penal analizado, a pesar de existir tipicidad objetiva y de haberse actuado en forma dolosa.

Sin embargo, a fin de poder evitar una laguna de punibilidad, debe hacerse mención que si bien no se encuentra previsto en forma expresa, penalmente hablando, los actos de marcaje o reglaje con fines de feminicidio, que es una modalidad especial de homicidio, tal comportamiento podrá ser reconducido sin ninguna problemática adicional, en términos de subsidiariedad, a las modalidades genéricas de marcaje o reglaje, esto es, a las finalidades de homicidio simple o de asesinato.

En términos similares podemos hacer mención que si bien, dentro de la estructura típica del marcaje o reglaje, no se encuentran previstas las modalidades especiales de lesiones graves agravadas cuando la víctima sea un menor de 14 años de edad (artículo 121-A del Código Penal), ni las lesiones graves agravadas por violencia familiar (artículo 121-B del Código Penal), sin embargo, en un caso en concreto, los actos de marcaje o reglaje podrán ser reconducidos, otra vez en términos de subsidiariedad, a la modalidad genérica de marcaje o reglaje con fines de lesiones dolosas graves.

III. Los actos de seguimiento, vigilancia, acopio o entrega de información como expresión del delito de marcaje o reglaje con fines de desprestigiar el honor de las personas Conforme se sostuvo en líneas anteriores, comulgando ello con el principio de legalidad penal, la finalidad o la tendencia interna trascendente de los actos de marcaje o reglaje siempre deben tener como intención la comisión de los siguientes delitos concretos:

homicidio simple, parricidio, asesinato, homicidio calificado por la condición oficial del agente, lesiones dolosas graves, secuestro, trata de personas, violación sexual (incluido la seducción y los actos contra el pudor), hurto simple, hurto con agravantes, robo simple, robo con agravantes y extorsión.

Con lo detallado, si en un caso en concreto los actos de marcaje o reglaje tienen como finalidad el desprestigiar el honor de las personas, sean estas naturales o jurídicas¹⁵, carecerán de relevancia penal, ya que, de acuerdo a lo que se puede apreciar, el artículo 317-A del Código Penal en ningún momento hace mención expresa como finalidades delictivas los artículos 130, 131 y 132 del Código Penal, que son los articulados que agrupan a los delitos contra el honor en sus modalidades de injuria, calumnia y difamación. En todo caso, estas actuaciones para que tengan relevancia penal y no queden en meros actos preparatorios impunes, tendrán que iniciarse la ejecución de tales comportamientos delictivos, como el caso de la publicación, a través de los medios de comunicación o del Internet, de algún hecho, conducta o cualidad que vaya a afectar el honor de las personas.

Por tanto, para que un comportamiento pueda subsumirse o encuadrarse en el delito de marcaje o reglaje, no solo tiene que cumplirse con la tipicidad objetiva (realizar actos de acopio de información; realizar actos de entrega de información; realizar actos de vigilancia o de seguimiento de personas; y, la colaboración en los actos del marcaje o reglaje mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos para tal fin), sino que en forma neurálgica también tiene que cumplirse con la tipicidad subjetiva (dolo y la tendencia interna trascendente), por lo que, si en el caso en concreto, faltase alguno de sus elementos, simplemente tal comportamiento no podrá tener relevancia penal por carecer justamente de tipicidad.

El hecho de que un comportamiento no tenga relevancia penal, por ejemplo por carecer de la finalidad o de la tendencia interna trascendente delictiva en el delito de marcaje o reglaje, no siendo punible por ello, no significa que en un caso en concreto sí se pueda acreditar la existencia de un daño que deba ser necesariamente resarcido (reparación civil).

Para ello debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 12.3 del nuevo Código Procesal Penal¹⁶, el juez de la investigación preparatoria o el juez penal de juzgamiento (unipersonal o colegiado), puede imponer el pago de la reparación civil a pesar de que a un imputado se le ha absuelto o se le ha sobreesido, bajo el entendido que si bien la pena es consecuencia de un delito, sin embargo, la reparación es consecuencia de un daño así no sea o no se pruebe el delito (absolución-sobreesimiento y condena del mismo hecho)¹⁷.

Dentro de esas consideraciones, se debe tener en cuenta de que si bien pueden existir y probarse actos de seguimiento o de vigilancia pero sin finalidad delictiva, ello no exime a que tales hechos pueden producir daños materiales e inmateriales que deberán ser necesariamente resarcidos. Con esta concepción se debe asumir que la reparación civil no es accesoria de la pena, sino que debe mantener su autonomía e independencia, consecuencia jurídico de carácter económica que podrá ser invocada e impuesta para el caso que es materia de análisis.

IV. Los actos de seguimiento, vigilancia, acopio o entrega de información como expresión del delito de marcaje o reglaje con fines de chantaje 1. La estructura típica del delito de chantaje conforme al artículo 201 del Código Penal Conforme a la estructura típica del delito de chantaje que se encuentra regulado en el artículo 201 del Código Penal¹⁸, como una modalidad concreta de los delitos contra el patrimonio, este se configura como un delito común que consiste en hacer saber a otro, como una forma de amenaza, que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta cuya divulgación podría perjudicarlo personalmente o a un tercero con quien esté estrechamente vinculado, tratando de determinarlo o determinándolo a comprar su silencio.

Según nuestro parecer académico, esta figura delictiva del chantaje es una forma concreta y especial de extorsión, por los siguientes considerandos:

- Para que se configure el delito de chantaje se debe hacer uso de la amenaza, de la intimidación o del anuncio de un mal, que se manifiesta con los términos de hacer saber a otro que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente o a un tercero con quien esté estrechamente vinculado, por lo que, si bien en el tipo penal no se hace mención expresa de la amenaza, esta es parte integrante, en otros términos, similares o análogos, de su tipicidad objetiva.

Conforme veremos luego, si bien en el delito de extorsión, que es una modalidad más genérica, se puede hacer uso de amenaza como medio delictivo, también se puede hacer uso de la violencia.

- Para que se configure el delito de chantaje se requiere por lo menos tratar o intentar de determinar a comprar el silencio a la víctima, por lo que, el sujeto activo de este delito debe actuar con ánimo de lucro a fin de que le compren su silencio, es decir, al precio de un sacrificio pecuniario.

Conforme veremos luego, si bien el que comete el delito de chantaje debe actuar con la finalidad de poder obtener una finalidad lucrativa o patrimonial, también calificado como de desprendimiento patrimonial, en el delito de extorsión, que es una modalidad más genérica, se puede tener finalidades económicas o no económicas, por lo que, algunos sostienen en forma certera que el delito de extorsión ha dejado de ser un delito exclusiva o solamente patrimonial. Si en un caso en concreto se llega a determinar que el agente actuó sin la intención que la víctima compre su silencio, sino que existió una finalidad distinta o diferente, el delito de chantaje no podrá verificarse¹⁹.

Además, se puede apreciar que cuando el sujeto activo en el delito de chantaje, el mismo que pretende la obtención de una ventaja lucrativa, hace saber a otro que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente o a un tercero con quien esté estrechamente vinculado, es irrelevante si el hecho o conducta que se pretende divulgar es o no falso.

Para la consumación formal del delito de chantaje no se requiere que la víctima haga entrega del beneficio patrimonial exigido por medio de la amenaza, bastando para ello que el sujeto activo anuncie que se dispone a publicar, denunciar o difundir el hecho o cualidad que lo puede perjudicar, en tanto no se le haga entrega del beneficio lucrativo que se exige.

2. La no existencia del tipo penal de marcaje o reglaje con fines de chantaje, ni la existencia del delito de chantaje con fines ajenos a la obtención de un beneficio patrimonial En el caso que es materia de análisis, sin perjuicio de hacer entender que conforme se ha advertido al inicio de la presente, que uno de los objetivos de los actos de seguimiento, vigilancia, acopio o entrega de información realizados, posiblemente, por los agentes de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI), ha sido la de poder condicionar las futuras actuaciones de las personas que hayan podido ser víctimas y no propiamente en poder obtener una ventaja económica por parte de la persona marcada o reglada, es también pertinente hacer mención que el _____

* Magíster en Ciencias Penales por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor de los cursos Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Delitos contra la Administración Pública, así como Responsable Académico en la Especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Docente en la Academia de Práctica Forense del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2005-2015). Diploma de Título de Especialización en "Teoría del Delito" otorgado por la Universidad de Salamanca-España.

1 Con fecha 24 de marzo de 2015 salió publicada en la página web del diario *Perú21* la siguiente nota periodística:

"11 casos de seguimientos y 'chuponeos' en el Perú. La intervención a la sala de reuniones del PPC-AP se convirtió en el último episodio que involucra delitos de este tipo. Desde el 2013,

han salido a la luz una serie de denuncias de seguimientos e intervenciones telefónicas a opositores políticos y periodistas. **El ‘chuponeo’ a la sala del PPC-AP**, revelado este martes por *Perú21*, y la entrada de personas extrañas a la oficina del legislador Víctor Andrés García Belaunde son los dos últimos episodios de este tipo. Caso Rospigliosi **(9 de junio de 2013)**.

Un informe de *Cuarto Poder* difundió imágenes de una agente de Inteligencia de la Policía en plena labor encubierta frente a la oficina del analista político y **exministro del Interior Fernando Rospigliosi**, quien es justamente el que ha denunciado las prácticas ilegales de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINI). A pesar de que el gobierno ha negado la versión de Rospigliosi, las imágenes difundidas sobre las “tareas” que cumplía la agente Wendy Paola Toro Gonzales en el malecón Cisneros, en Miraflores, el pasado 29 de mayo, requieren una inmediata explicación, como sostiene el programa periodístico. Caso Marisol Espinoza **(3 de noviembre de 2014)**. La vicepresidenta y congresista Marisol Espinoza sería víctima de reglaje por parte del mismo gobierno.

El programa *Sin Medias Tintas* reveló dos notas policiales que dan cuenta de que la **nacionalista era vigilada por la DINI**. El pasado 3 de noviembre, los agentes Jhony Huamán y Raúl Pianto fueron intervenidos por el escolta personal de Espinoza, Wilbert Achancncray, ya que ambos estaban sospechosamente en un auto con lunas polarizadas frente a la casa de la vicepresidenta. Caso Patricia Robinson (noviembre de 2014). Una de las personas que denunció directamente que era ‘chuponeada’ por el Congreso fue la **ex asesora de Víctor Isla, Patricia Robinson**. En noviembre del año pasado, ella señaló que su “intimidad” comenzó a ser vulnerada desde que Ana María Solórzano asumió la presidencia del Legislativo. Durante esos días se hizo pública una fotografía de Robinson junto a Isla en un avión y, según la exasesora, la imagen fue sustraída de su correo personal. Asimismo, también se difundió una conversación privada entre los mismos personajes. En este caso Robinson asegura que fue ‘chuponeada’, ya que la conversación la mantuvo en su oficina dentro del Congreso. Caso **reglaje a opositores (15 de enero de 2015)**. Una investigación de la revista *Correo Semanal* señaló que agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional hizo reglaje a opositores del actual Gobierno al menos desde marzo de 2014. Uno de los objetivos de este reglaje habría sido **el ex premier Jorge del Castillo**, en cuya oficina de Magdalena del Mar hubo vigilancia permanente. Según el reportaje, el espionaje lo hicieron agentes en actividad de la DINI y suboficiales de la Policía desde autos ubicados cerca de las casas u oficinas de los “enemigos” políticos del gobierno.

Caso **reglaje a Tapia (20 de enero de 2015)**. En una entrevista el exjefe de la Presidencia del Consejo de Ministros, Salomón Lerner Ghitis, confirmó que el Gobierno de Ollanta Humala hizo un **seguimiento al analista político Carlos Tapia**, cuando este se desempeñó como asesor de la PCM. “Sí, es verdad que hubo un documento en el cual se analizaba lo que cada uno de los asesores estaba trabajando”, aseguró Lerner Ghitis uniéndose a las críticas que recibía el Gobierno por las denuncias de reglaje y ‘chuponeo’. Caso **Renovar (23 de enero de 2015)**. Miembros del grupo Renovar, la facción de choque del APRA, también fueron víctimas de reglaje por parte de la DINI. Según documentos revisados por *Perú21*, los seguimientos fueron realizados los días 28 y 29

de marzo de 2014 a **Lizandro Pachas, secretario general de Renovar en Magdalena**; y Rolando Jiménez

Borra, dirigente aprista y excandidato a la alcaldía de Surquillo. En ese contexto, el congresista **Yonhy Lescano también denunció** haber sido espiado. “Vehículo del Mininter, placa EGJ-353 haciendo reglaje cerca de mi domicilio. Escapó cuando iba a ser intervenido por personal. Hay testigos. Explique ministro del Interior”, dijo entonces el legislador a través de su cuenta en Twitter **Caso Alan García (enero 2015)**. Días más tarde las acusaciones continuaron apuntando a un solo objetivo: La Dirección de Inteligencia Nacional. Un programa periodístico afirmó que efectivos de inteligencia trataron de ‘chuponear’ las llamadas del expresidente Alan García. Como pruebas, el programa presentó informes de inteligencia que señalaban que el operativo montado para adquirir información **sobre García se denominó ‘Operación Alex’**. El mecanismo utilizado por la DINI, según la denuncia, fue intentar captar la frecuencia del celular del expresidente desde un hotel ubicado a dos cuadras de su casa. Caso **fiscales**

Nadine (**febrero 2015**). A comienzos de febrero, el fiscal provincial de Lavado de Activos, Marco Cárdenas, denunció que junto con el magistrado César Rojas, **a cargo del caso Nadine Heredia**, también son víctimas de amedrentamiento de parte de agentes de DINI. “Desde que se abrió investigación a Nadine Heredia, al fiscal Rojas y a mí nos están siguiendo. Fuentes de la DINI me han alertado y me han dicho que tengamos cuidado”, denunció en ese entonces Cárdenas a *Perú21*. Caso reglaje a periodistas(**marzo 2015**).

Un grupo de reconocidos periodistas locales también estuvo bajo la lupa de la DINI. Según reveló la revista *Correo Semanal*, la entidad pública rastreó sus bienes inmuebles y vehículos con **información recabada de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos** (Sunarp). Además, también revisaron sus datos en la central de riesgo Infocorp, como sus antecedentes policiales, penales y médicos, según reveló la investigación periodística.

La investigación también incluyó a empresarios, políticos, militares, policías y miles de ciudadanos. A partir de agosto de 2011, cuando Ollanta Humala asume la Presidencia, que los rastreos de la DINI se volvieron frenéticos, según informa *Correo Semanal*. Caso **‘Vitocho’ (marzo 2015)**. Extraños ingresaron entre la noche del último lunes y la madrugada de este martes a la **oficina del congresista Víctor Andrés García Belaunde**, quien ha acusado al gobierno de turno sobre este hecho. La última de estas denuncias referida al rastreo de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI). El acto delictivo se habría realizado de forma premeditada aprovechando que todo el personal había asistido al velorio de la madre del legislador. Es la segunda vez que entran a su oficina.

Caso ‘chuponeo’ al PPC (**marzo 2015**). El mismo día en el que se conoce que extraños entraron a la oficina del congresista Víctor Andrés García Belaunde, la sala de reuniones de la bancada del **Partido Popular Cristiano-**

Alianza para el Progreso (PPC-APP) en el Congreso fue clausurada tras una denuncia de ‘chuponeo’ durante una reunión privada del bloque parlamentario”. En: <[http://peru21.pe/politica/11-casos-seguimientos-y-chuponeos-](http://peru21.pe/politica/11-casos-seguimientos-y-chuponeos-peru-2215047)

[peru-2215047](http://peru21.pe/politica/11-casos-seguimientos-y-chuponeos-peru-2215047)>. Información obtenida con fecha 1 de mayo de 2015.

2 CERNA, Cecilia. “El reglaje con fines políticos no está sancionado penalmente en nuestro país. A propósito de las denuncias sobre espionaje a políticos”. En: <[http://laley.pe/not/2101/el-reglaje-con-fines-politicos-no-estasancionado-](http://laley.pe/not/2101/el-reglaje-con-fines-politicos-no-estasancionado-penalmente-en-nuestro-pais)

[penalmente-en-nuestro-pais](http://laley.pe/not/2101/el-reglaje-con-fines-politicos-no-estasancionado-penalmente-en-nuestro-pais)>. Información obtenida con fecha 22 de enero de 2015.

3 Véase: CERNA, Rosa. “¿Cómo evitar los seguimientos o la vigilancia ilegal en tu domicilio? Cuando usar el habeas corpus restringido”. En: <<http://laley.pe/not/1815/-como-evitar-los-seguimientos-o-la-vigilancia-ilegal-entudomicilio->

[domicilio-](http://laley.pe/not/1815/-como-evitar-los-seguimientos-o-la-vigilancia-ilegal-entudomicilio-)>. Información obtenida con fecha 22 de enero de 2015.

4 A fin de poderse diferenciar el peculado por utilización con respecto al peculado de uso, SALINAS SICCHA, Ramiro. “La estructura típica del delito de peculado según la Ley N° 29758”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*.

N° 39, Gaceta Jurídica, setiembre de 2012, p. 217, sostiene que si bien el artículo 388 del Código Penal regula, concretamente, la modalidad del peculado de uso, conducta típica que podría pensarse que es idéntica a la modalidad del peculado por utilización que se encuentra prevista en el artículo 387 del Código Penal (que también se denomina como peculado por distracción), sin embargo, con el fin de poder aclarar este conflicto interpretativo de la ley penal, es pertinente tener en cuenta que la diferencia entre ambos tipos penales radica por el hecho de que el peculado por utilización se refiere en forma genérica a la utilización de efectos o caudales públicos (patrimonio público), en tanto que el peculado de uso está referida

específicamente, como objeto material del delito, a vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, por lo que, se deberá invocar la aplicación típica del peculado por utilización siempre que el patrimonio público no esté representado por los instrumentos de trabajo de la misma administración pública, en tanto que si estos fueran los bienes, conforme al principio de especialidad y a fin de poder resolver este conflicto interpretativo, se deberá tipificarlo conforme al peculado de uso. Como punto adicional, debe tenerse presente que, conforme al verbo rector o típico de la utilización, es posible que el objeto material del delito recaiga sobre bienes inmuebles.

5 Con respecto al análisis del tipo penal de marcaje o reglaje pueden verse nuestros siguientes aportes académicos:

“El acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado por medio de la Ley N° 29859”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 35, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2012, pp. 145-155; y “El delito de marcaje o reglaje. Una manifestación del adelantamiento de la punibilidad”. Ideas Solución, Lima, enero de 2015.

6 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 7ª edición, B de F, Julio César Faira Editor, Montevideo-

Buenos Aires, 2005, p. 281.

7 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2004, p. 325.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 121, comentando este término llega a la siguiente conclusión: “(...) Estos elementos (...) de tendencia interna trascendente (ultrafinalidades, usualmente destacadas en los tipos legales con la preposición para o con el fin de), en los que no es necesario que la finalidad u objetivo ultratípico se obtenga. Por ello suelen llamarse también delitos cortados de resultado”.

9 Si bien, en principio y como regla, para que una conducta ilícita de hurto sea considerada como delito, el valor del bien mueble debe ser mayor de una remuneración mínima vital, sin embargo, de acuerdo a la posición mayoritaria asumida por el Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011 (asunto: relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186 del CP), cuando una conducta de hurto recae sobre un bien mueble cuyo valor en el mercado es menor a una remuneración mínima vital, pero que el mismo haya sido cometido bajo la presencia de alguna de las circunstancias agravantes (por ejemplo, por el concurso de dos o más personas o en inmueble habitado), esta conducta ilícita deberá ser considerada como un delito de hurto agravado. Conforme a esta posición mayoritaria, se busca prescindir el criterio de la cuantía del valor del bien mueble para calificar un delito como hurto agravado. El fundamento central por el cual nuestra Corte Suprema ha asumido tal decisión es por considerarse que tal conducta presenta una mayor lesividad, manifestándose como una conducta de carácter pluriofensiva que afecta varios bienes jurídicos, evitándose con ello la impunidad. Por otro lado, de acuerdo a la posición minoritaria, tal conducta deberá ser considerada como una falta de hurto.

10 En la doctrina nacional, MADRID VALERIO, Cecilia y PALOMINO RAMÍREZ, Walter. “Aproximación crítica sobre las recientes acciones frente a la inseguridad ciudadana”. En: <<http://www.oreguardia.com.pe/media/>

uploads/boletines/Boletin-39.pdf>, p. 21, información obtenida con fecha 8 de setiembre de 2012, realizan la siguiente crítica pertinente: “Así, nos preguntamos: ¿qué diferenciaría a un ‘marca’ que lleva a cabo actos de seguimiento a una determinada persona, de un profesional de la comunicación dedicado al periodismo de investigación y que, con la finalidad de conseguir una noticia, sigue a un personaje público? En el plano objetivo somos de la opinión de que no habría diferencia alguna. Por ello, habría que recurrir al plano subjetivo para averiguar la especial intención del supuesto sujeto activo, realizándose con ello una difícil

distinción entre comportamientos que en el plano objetivo son muy similares y que podrían configurarse como conductas inocuas. Además, se resquebraja el criterio metodológico en virtud del cual antes de examinar el aspecto subjetivo (dolo) del agente ha de observarse si este realizó o no una conducta de riesgo no permitido”.

11 PALOMINO RAMÍREZ, Walter. “El delito de marcaje como expresión de un ‘sistema penal de la exclusión’.

Comentarios a propósito de los Proyectos de Ley N°s 2056/2012-CR y 2100/2012-PE”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 48, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2013, p. 321.

12 En esos términos PÁUCAR CHAPPA, Marcial. “El delito de reglaje o marcaje: Un análisis dogmático sobre sus motas esenciales”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2013, p. 145.

13 PÉREZ LÓPEZ, Jorge A. “El delito de marcaje o reglaje incorporado en el artículo 317-A del Código Penal por la Ley N° 29859”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 36, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2012, p. 19.

14 Con respecto a los elementos que configuran la estructura típica del delito de feminicidio, deben apreciarse los siguientes aportes académicos: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “El delito de feminicidio basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino conforme a su nueva regulación normativa”. En: *Cuestiones actuales de Derecho Penal y Procesal Penal*. Libro de Ponencias – X Congreso Nacional de Derecho Penal y Procesal Penal – Conadepc Perú (Libro Homenaje a Raúl Santos Peña Cabrera), 2013, pp. 13-38; BENDEZÚ BARNUEVO, Rocci. “Comentarios a la Ley N° 30068 que incorpora el nuevo tipo penal de feminicidio”. En:

Actualidad Jurídica. Tomo 237, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2013, pp. 131-132; CERNA SALAZAR, Daniel Ernesto. “El delito de feminicidio: crítica a los fundamentos político-criminales que lo sustentan”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 237, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2013, pp. 133-134; CONSULTAS PENALES Y PROCESAL PENALES. “No constituye feminicidio si la muerte de una menor no se produjo por su condición de mujer”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 237, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2013, pp. 155-156.

15 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “La persona jurídica como sujeto pasivo de los delitos contra el honor y como portadora de derechos fundamentales”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 40, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2012, pp. 107-120.

16 Con respecto a la posibilidad que brinda el Nuevo Código Procesal Penal con respecto a la absolución-sobreseimiento y condena del mismo hecho, la doctrina especializada se ha pronunciado de la siguiente manera: IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. “La constitución del actor civil como parte del Código Procesal Penal del 2004:

requisitos, forma y oportunidad”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 29, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2011, p. 193: “Por otro lado, podemos apreciar una autonomía de decisión; efectivamente, de acuerdo a las reglas normativas del Código de Procedimientos Penales, el tratamiento que se le daba a la acumulación de pretensiones era bajo una relación de accesoriedad, de la civil a la penal, al punto que la determinación de la obligación resarcitoria dependía de la existencia de una sentencia condenatoria. En el actual ordenamiento adjetivo penal, el artículo 12.3 señala que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impiden al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda, resaltando así su autonomía”; CHINCHAY CASTILLO, Alcides. “La víctima y su reparación en el proceso penal peruano”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2011, p. 292: “En ambas partes se entiende que el texto no quiere decir solamente que un juez civil (o laboral o de paz, etc.) no estará impedido de imponer el pago de una indemnización, así el hecho haya sido materia de sobreseimiento o absolución en el fuero penal; sino que también significa que si un juez penal abre proceso para avocarse a determinar la responsabilidad penal y también la

reparación civil, el que emita una absolución o sobreseimiento por lo primero, no implica que deba dejar sin pronunciamiento lo segundo, incluso para imponer el pago de una reparación civil, si corresponde de acuerdo con el ordenamiento jurídico”. Así también véase: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Ara Editores, Lima, 2010, pp. 72-73.

17 El Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 (asunto: constitución del actor civil, requisitos, oportunidad y forma), sobre este punto hace mención concreta lo siguiente: “7. (...) 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 12, 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”.

18 Para el análisis dogmático del delito de chantaje véase: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte especial*.

5ª edición, Grijley-Iustitia, Lima, 2013, pp. 1238-1245.

19 *Ibidem*, p. 1242.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

PRECISIONES EN TORNO A LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE ATENTADOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

[-]

CONSULTA:

Tras el archivo definitivo de una causa por delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, se nos consulta cuál sería la función y alcances de los elementos típicos “deliberadamente” y “habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas de seguridad y salud en el trabajo”, a que se refiere el artículo 168-A del CP.

Respuesta:

Mediante el artículo 2 de la Ley N° 30222, publicada el 11 julio de 2014, se modificó el artículo 168-A del CP, estableciéndose una serie de exigencias irrazonables para la configuración de este tipo penal que prácticamente la hacen inoperativa en la realidad.

Al parecer, la función de los dos elementos típicos, objeto de consulta, es la de obstáculos normativos para atajar la responsabilidad penal de los obligados a adoptar las medidas de seguridad y salud laborales, a costa de la desprotección de los bienes jurídicos de los trabajadores y operarios.

Veamos.

Un primer obstáculo es la exigencia de una actuación “deliberada”, en virtud de la cual no sería suficiente que la imputación subjetiva se refiera a la creación de una conducta riesgosa *ex ante*, fundada en los conocimientos exigibles a quien emprende una actividad productiva generadora de riesgos laborales, asumiendo por este hecho una posición de garante sobre la seguridad del personal a su servicio.

Más bien, la redacción normativa sugiere que sería necesaria una cualificación a nivel de tipo subjetivo: probar una –insondable en este ámbito– actuación “intencional” o “a propósito” del agente, a manera de un dolo directo de primer grado (este elemento estaba ausente en la redacción anterior y ha sido incorporado sin sustento alguno).

Un segundo obstáculo es la exigencia de que la autoridad competente haya constatado y notificado al agente –previamente al suceso de posible imputación– la verificación de que no ha adoptado las medidas previstas por las normas de seguridad y salud en el trabajo.

Conforme a ello, no podrá considerarse típica la conducta de quien ha infringido –conociendo o habiéndose representado el peligro– las medidas de control de riesgos, ocasionando incluso graves afecciones a los bienes jurídicos de un trabajador, si es que antes no fue notificado por la autoridad administrativa (Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo) de su conducta renuente a ejecutar las medidas adecuadas de control de riesgos.

Este requisito es injustificado, en la medida en que cualquier empleador ni bien da inicio a sus actividades económicas está ya de plano –sin necesidad de verificación o notificación alguna– obligado a adoptar las medidas y ajustes que sean necesarios para evitar peligros para sus trabajadores; de lo que se concluye que la función de esta exigencia no es otra que la de blindar a los empresarios de toda posible responsabilidad penal por este delito, trasladando el conflicto jurídico a la órbita civil y administrativa.

BASE LEGAL

Código Penal: art. 168-A.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

ROBO AGRAVADO: ¿ES CÓMPLICE SECUNDARIO QUIEN RECIBE Y OCULTA EL BIEN QUE ACABA DE ROBAR EL AUTOR?

[-]

SUMILLA

La intervención de un cómplice secundario se restringe a la prestación de un aporte para la realización del delito, que si bien es relevante no es trascendental para el éxito del evento delictivo, lo cual la dota de fácil fungibilidad; es por ello que el reproche penal es menor que el del cómplice primario o del autor. Así, será cómplice secundario el agente que si bien no perpetra el robo, es intervenido en flagrancia delictiva ocultando bajo su ropa el bien sustraído.

SUMILLA

El encausado recibió del coacusado la cartera que este había sustraído mediante la fuerza a la agraviada, lo cual importa que, en la fase de ejecución del delito, el autor se apoyó en dicho cómplice para lograr la consumación y la disposición plena de lo robado, pues, ante la inminencia de su persecución, necesitaba librarse de los bienes a fin de no ser vinculado con el delito. Dicha conducta evidencia la intención del agente –cómplice secundario– de colaborar con la realización del delito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado : Rodolfo Raúl Arredondo Calle

Delito : Robo agravado en grado de tentativa

Agraviada : Sandra Linett Ramírez Espinoza

Fecha : 23 de enero de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

- Constitución Política del Estado: arts. 2 inc. 24 literal e), y 139 inc. 10.
- Código Penal: arts. 23, 25, 188 y 189 incs. 2 y 4.

SALA PENAL PERMANENTE:

R.N. N° 2437-2013-LIMA NORTE

Lima, veintitrés de enero de dos mil catorce.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Rodolfo Raúl Arredondo Calle, contra la sentencia de fecha diez de mayo del dos mil trece, de fojas trescientos cuarenta y tres, que lo condenó como cómplice secundario del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa en agravio de Sandra Linett Ramírez Espinoza, a tres años de pena privativa de libertad efectiva y se fijó cien nuevos soles por concepto de reparación civil. Interviniendo como ponente el Señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO

Primero.- Fundamentos del recurso 1.1. La defensa técnica del sentenciado Rodolfo Raúl Arredondo Calle, fundamentó su recurso de nulidad a fojas 358, argumentando que: 1) no ha tenido participación en los hechos imputados, siendo su única intervención la de recoger la cartera que fue tirada al piso por el sentenciado Miguel Ángel Valenzuela, quien ha declarado en juicio que no lo conoce, asimismo, habría señalado que actuó solo en el hecho, y b) que en su declaración la parte agraviada ha señalado que no ha visto al recurrente al momento del hecho, solo cuando fue intervenido por la policía.

Segundo.- Hechos imputados 2.1. Según la acusación fiscal, de fojas doscientos uno, se inculpa al encausado Rodolfo Raúl Arredondo Calle, que el día cinco de febrero del dos mil siete aproximadamente a las diecinueve horas con veinte minutos, habría intervenido en la sustracción de las pertenencias de la agraviada Sandra Linett Ramírez Espinoza, en circunstancias en que esta se encontraba por inmediaciones del paradero de servicios públicos en la primera entrada de Pro, cruce de la avenida Panamericana norte del distrito de Comas, en ese momento el sentenciado Miguel Ángel Vargas Valenzuela mediante el uso de la fuerza sustrajo su cartera color gris, para luego emprender la huida y después de cruzar la pista, entregó el bien sustraído al imputado Rodolfo Raúl Arredondo Calle, quien procedió a esconder dicha cartera debajo de su polo, circunstancias en las que fue intervenido por personal de la Policía Nacional.

Tercero.- Fundamentos de la decisión 3.1. El artículo ciento treinta y nueve, inciso diez, de la Constitución Política del Perú, dispone que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial”.

Esta exigencia constitucional importa que para la imputación de responsabilidad penal, debe anteceder a la condena un proceso, en el cual se investiguen los hechos imputados;

se acopie material probatorio útil, idóneo y pertinente; se efectúe una acusación; se realice un juicio donde se actúen los medios de prueba admitidos y se logre el convencimiento del juez, en grado de certeza, respecto de la ocurrencia de los hechos y la vinculación de estos con el procesado. Al respecto, Luigi Ferrajoli señala que: “(...)

si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido, el principio de jurisdiccionalidad al exigir, en su sentido lato, que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación, postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena”¹.

3.2. La garantía antes descrita está vinculada directamente con la de presunción de inocencia, prescrita en el artículo 2, inciso 24), párrafo “e”, de la Constitución. Según la cual, todo ciudadano que es imputado de la comisión de un delito, debe ser considerado inocente hasta que no se declare su responsabilidad penal a través de una sentencia definitiva.

Respecto de esta garantía señala B.

J. Maier, que: “(...) su contenido, al menos para el Derecho Procesal Penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución”².

3.3. El delito atribuido está previsto en el artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal, el cual al momento de los hechos –cinco de febrero del dos mil siete– tenía la siguiente redacción: “La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años, si el robo es cometido: (...) 2. Durante la noche o en lugar desolado. (...) 4. Con el concurso de dos o más personas”.

3.4. Del análisis de los hechos imputados y las pruebas actuadas, debe determinarse la participación delictiva del recurrente, quien alega no haber tenido intervención alguna, no obstante ha sido considerado como cómplice secundario en la realización del delito en grado de tentativa.

El delito de robo agravado ha quedado acreditado en autos con la declaración de la agraviada –de fojas cincuenta y dos– quien habría indicado que el imputado Arredondo Calle no es la

persona que le arrebató la cartera pero que fue a quien detuvieron en posesión de la misma, con el acta de registro personal del sentenciado Arredondo Calle –de fojas diecisiete– a quien se le habría encontrado la cartera de la agraviada y con el acta de entrega de los bienes sustraídos –de fojas dieciocho–.

3.5. En cuanto a la participación del imputado en la realización del delito, debe considerarse previamente que la intervención de un cómplice secundario, se restringe a la prestación de un aporte para la realización del delito, el mismo que si bien es relevante no es trascendental para el éxito del evento, lo cual dota de fácil fungibilidad la intervención del cómplice secundario, es por ello que el reproche penal es menor que el del cómplice primario o del autor.

En el presente caso se imputa al recurrente el haber recibido del sentenciado Vargas Valenzuela (autor del delito) la cartera conteniendo los bienes de la agraviada Sandra Linett Ramírez Espinoza, lo cual importa que en fase de ejecución del delito, el autor se apoya en otra persona para lograr la consumación y tener disposición plena de los bienes de los cuales se ha apoderado, y ante la inminencia de la persecución buscaría librarse de los bienes a efectos de no poder ser vinculado con el delito. En ese sentido, las alegaciones plasmadas en el recurso no son atendibles, en razón de que, al haber visto al sentenciado Vargas Valenzuela correr con la cartera en manos y tirarla cerca de su ubicación, debió advertir que se trataría de un bien sustraído ilegítimamente que simplemente no le correspondería a la persona que ostentaba su posesión, siendo que al tomar la cartera y ocultarla debajo de su ropa, se evidencia la intención de colaborar con la realización del delito, no obstante, de no haberse consumado.

3.6. El referido encausado Arredondo Calle, ha sido detenido en flagrancia con las pertenencias de la agraviada ocultándolas entre su ropa, de lo cual se puede inferir, que tenía conocimiento de la ilicitud del proceder de dicho bien, el cual le fue entregado en plena etapa de ejecución del delito, hecho que se le imputa a título de complicidad secundaria como se ha realizado en el presente proceso.

3.7. En ese sentido, la sentencia venida en grado debe ser confirmada en todos sus extremos, al haberse acreditado suficientemente que el imputado ha tenido participación en el delito, no siendo amparables los argumentos de la impugnación, por lo que la condena en cuanto a pena y reparación civil es acorde al reproche penal originado, habiéndose desvanecido con las pruebas actuadas el estado de inocencia que ostentaba el imputado.

DECISIÓN Por estos fundamentos, declararon:

I. **NO HABER NULIDAD** en sentencia de fecha diez de mayo del dos mil trece, de fojas trescientos cuarenta y tres, que condenó al imputado Rodolfo Raúl Arredondo Calle como cómplice secundario del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa en agravio de Sandra Linett Ramírez Espinoza, a tres años de pena privativa de libertad efectiva y se fijó en cien nuevos soles la reparación civil que deberá pagar a favor de la agraviada;

con lo demás que contiene, y lo devolvieron.

SS. VILLA STEIN, PARIONA PASTRANA, BARRIOS ALVARADO, NEYRA FLORES, CEVALLOS VEGAS

1 FERRAJOLI, Luigi. Título original *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Traducción: *Derecho y razón-Teoría del Garantismo Penal*. Primera edición española, Editora Trotta, Madrid, 1995, p. 549.

2 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos, segunda edición, Editores del Puerto. Buenos Aires, 1995, p. 495.

LA NO DEVOLUCIÓN DE LOS BIENES DEJADOS EN GARANTÍA POR FALTA DE PAGO DEL CRÉDITO NO CONFIGURA DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

[-]

SUMILLA

El agraviado, quien solicitó un préstamo de dinero al acusado entregándole en garantía diversos bienes muebles, alega que, pese a haber cancelado la deuda, aquel se niega a devolvérselos, por lo que habría incurrido en el delito de apropiación ilícita.

Sin embargo, no se ha acreditado que el agraviado haya pagado la suma de dinero objeto de crédito, por lo que no se puede afirmar en el imputado la “obligación de devolver” los bienes dejados en garantía mobiliaria.

SUMILLA

En caso de que se haya dado un incumplimiento contractual por parte del agraviado (es decir, que este no haya pagado el crédito otorgado), el imputado no tendrá el deber de restituir los bienes dejados en garantía por aquel, lo cual convertirá dicha conducta en atípica al carecer de un elemento de tipo penal (señalado en el artículo 190 del Código Penal) como es “la obligación de devolver”, que no se habría generado ante el referido incumplimiento del pago.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado : Walter Quispe Vilcatoma

Delito : Apropiación ilícita

Agraviado : Félix Eduardo Huamán Morote

Fecha : 11 de febrero de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

- Constitución Política del Estado: arts. 2 inc. 24 literal e), y 139 inc. 10.
- Código Penal: art. 190.

SALA PENAL PERMANENTE R.N. N° 2280-2012-AYACUCHO

Lima, once de febrero del dos mil catorce.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el imputado Walter Quispe Vilcatoma, contra la sentencia de fojas trescientos ochenta y dos, mediante la cual se confirma la resolución de fecha veintiuno de mayo de dos mil diez, que condenó al acusado como autor del delito de apropiación ilícita, en agravio de **Félix Eduardo Huamán Morote**, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años y el pago de quinientos nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar a favor del agraviado;

interviniendo como ponente el señor Juez

Supremo Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO

Primero.- Fundamentos del recurso 1.1. El imputado Walter Quispe Vilcatoma, fundamentó su recurso de nulidad a fojas 398, argumentando que: 1) se ha efectuado una errónea apreciación de los hechos imputados, por cuanto, el imputado no se ha negado a la devolución de los bienes entregados por el agraviado, sino que ante la suscripción de un contrato de préstamo de dinero (mutuo) con garantía inmobiliaria (sic), los bienes le serán devueltos al agraviado cuando este cumpla con el pago de la suma de dinero que le fue prestada por el acusado.

Segundo:

De la imputación fáctica 2.1. Según la acusación fiscal de fojas 267, se le inculpa al imputado, que el 17 de septiembre de 2008, el agraviado Félix Eduardo Huamán Morote se constituyó al domicilio del acusado a solicitarle un crédito por la suma de mil ochocientos nuevos soles en la primera ocasión y de trescientos nuevos soles posteriormente, habiendo dejado en garantía del crédito diversos bienes muebles.

Siendo que el día quince de diciembre del año dos mil ocho, cuando el agraviado acudió al domicilio del imputado a efectos de cancelar la deuda y recoger sus bienes, este le habría señalado que dos celulares y una cámara digital le habrían sido sustraídos.

No obstante, el agraviado a efectuado varios requerimientos para la devolución de sus bienes, previo pago del crédito, habiéndose mostrado esquivo el imputado con la finalidad de apropiarse de los bienes.

Tercero.-

Fundamentos de la decisión

3.1. El artículo ciento treinta y nueve, inciso diez de la Constitución Política del Perú dispone que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial". Esta exigencia constitucional, importa que para la imputación de responsabilidad penal, debe anteceder a la condena un proceso, en el cual se investigue los hechos imputados, se acopie material probatorio útil, idóneo y pertinente, se efectúe una acusación, se realice un juicio donde se actúen los medios de prueba admitidos y se logre el convencimiento del juez, en grado de certeza, respecto de la ocurrencia de los hechos y la vinculación de estos con el procesado. Al respecto Luigi Ferrajoli señala que: "(...) si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a "frena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad -al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación-postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena"¹.

3.2. La garantía antes descrita está vinculada directamente con la de presunción de inocencia prescrita en el artículo dos inciso veinticuatro parágrafo “e” de la Constitución.

Según la cual, todo ciudadano que es imputado de la comisión de un delito, debe ser considerado inocente hasta que no se declare su responsabilidad penal a través de una sentencia definitiva. Respecto de esta garantía señala B.J. Maier que: “su contenido, al menos para el derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado.

Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución”² .

3.3. El delito atribuido está previsto en el primer párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, el cual al momento de los hechos, tenía la siguiente redacción: “(...)El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

3.4. De lo actuado, se puede verificar que se ha acreditado que el agraviado ha realizado la entrega al imputado de los muebles en calidad de garantía inmobiliaria (sic), por el préstamo realizado –por la suma de dos mil cuatrocientos nuevos soles–, de los cuales, solo se habría pagado la suma de seiscientos nuevos soles.

3.5. No se ha logrado acreditar que el agraviado haya pagado la suma restante del crédito otorgado, no habiéndose hecho referencia en ninguna de las sentencias a medio probatorio alguno que acredite el pago efectivo del crédito otorgado, lo cual generaría en el imputado la obligación de devolver los bienes dejados en garantía inmobiliaria (sic), caso contrario, ante incumplimiento contractual por parte del agraviado, no se genera en el imputado 1a obligación de devolver los bienes, lo cual convierte la conducta imputada en atípica al carecer de un elemento del tipo penal como es “obligación de devolver”, lo cual no se ha generado ante el incumplimiento del pago.

3.6. La atipicidad de la conducta imputada implica que no existe reproche penal en el comportamiento del procesado, quien deberá ser absuelto de los cargos formulados por el representante del Ministerio Público.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. HABER NULIDAD en la sentencia de fojas trescientos ochenta y dos, mediante la cual se confirma la resolución de fecha veintiuno de mayo de dos mil diez, que condenó a Walter Quispe Vilcatoma como autor del delito de apropiación ilícita, en agravio de Félix Eduardo Huamán Morote, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años; con lo demás que contiene; y reformándola **ABSOLVIERON** a Walter Quispe Vilcatoma de los cargos formulados en su contra en la acusación fiscal; en consecuencia, **ORDENARON** el archivo definitivo de 10 actuado, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; interviniendo el señor juez

Morales Parraguez por vacaciones de la señora juez Barrios Alvarado; y los devolvieron.

SS. VILLA STEIN, PARIONA PASTRANA, NEYRA FLORES, MORALES PARRAGUEZ, CEVALLOS VEGAS

1 FERRAJOLI, Luigi. Título original. *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal*. Traducción: *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*. Primera edición española, Editora Trotta, 1995, Madrid, p. 549.

2 MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I - Fundamentos, segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 495.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA Y LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

La omisión como modalidad del encubrimiento personal

Análisis del tercer párrafo del artículo 404 del CP

Espitz BETETA AMANCIO *

[-]

TEMA RELEVANTE

A juicio del autor, el delito de encubrimiento personal realizado por funcionarios y servidores públicos (tercer párrafo del artículo 404 del CP) constituye un delito de infracción del deber de garante, configurado como de comisión por omisión u omisión impropia, el cual se diferencia del delito de omisión de actos funcionales (artículo 337 del CP), en razón de que en aquel se exige la valoración normativa del resultado imputable a la conducta (el hecho de “sustraer” a una persona de la persecución penal).

MARCO NORMATIVO

• Código Penal: arts. 13, 377 y 404.

I. Planteamiento de la cuestión

En la administración de justicia son dos los desenlaces que se quieren evitar: por un lado, la arbitrariedad, y por otro, la impunidad. Es así que los operadores del sistema de justicia, especialmente aquellos que forman parte de las agencias de control [v. gr. policía, fiscal o juez] están prácticamente sometidos al cumplimiento estricto de ciertos deberes adquiridos como garantes de una correcta administración de justicia. Se entiende, en ese sentido, que el cumplimiento estricto de los deberes de cuidado a ellos asignados tiene como finalidad, a efectos del artículo 404 del CP, evitar la sustracción irregular de la persecución o ejecución penal a través del entorpecimiento u obstaculización de la justicia en favor de terceros¹.

A este espacio le vamos a dedicar solo uno de los aspectos que dentro de la administración de justicia se pretenden evitar; y este aspecto es aquel que precisamente tiene que ver con el de la "impunidad". Por ello, pretendo en esta parte hacer una somera descripción del problema ubicado en este segmento del sistema judicial; atendiendo específicamente a la labor eficiente que se le exige al operador que investiga y persigue al presunto autor de la comisión del delito, aclarando que la jurisprudencia ya ha establecido que el objeto de la acción de la justicia no es condenar o absolver sino, en sentido estricto, garantizar un procedimiento razonable y un amplio esclarecimiento de la imputación, sin admitir entorpecimiento alguno a ese cometido, lo que constituye su presupuesto; entonces, es indiferente a tal finalidad que la persona favorecida con el comportamiento del encubridor sea absuelta o condenada.

En ese sentido, nuestro sistema procesal confiere la labor de investigación y persecución de una causa a la Fiscalía y, en su caso, a la Policía, pudiendo estas, de conformidad a sus deberes, decidir sobre la situación judicial o penal del justiciable, de manera que bajo ese esquema es posible admitir dos escenarios antagónicos: el primero atendiendo a la conformidad y adecuación al Derecho de los deberes realizados por el operador; el segundo atendiendo a que la conducta del funcionario o servidor público se traduce en la defraudación de la expectativa que se tenía sobre él, generando de esta forma una obstrucción o entorpecimiento de la persecución penal, debiendo considerarse dichos verbos [obstaculizar y entorpecer] cuando así se demostrase, como un resultado que puede leerse dentro del requisito "sustraer" al que hace referencia el artículo 404 del CP.

Es así que resulta una situación aún inconclusa, por qué razón debe responder un fiscal o policía por el delito de encubrimiento personal, o lo que es aún más interesante, cuál es el análisis dogmático que debe hacerse para que de manera objetiva se pueda atribuir el delito de "encubrimiento personal" al fiscal o policía que estando a cargo de la investigación o de la custodia de un sujeto sometido a persecución penal, genere, a través de la lesión y no cumplimiento de sus deberes, el resultado típico que exige el 404 del CP.

II. Alcance normativo del artículo 404 del CP peruano

La descripción típica redactada en el último párrafo del artículo 404 del CP peruano extiende la figura de **encubridor personal** a los funcionarios y servidores públicos encargados de investigar un delito o de la custodia del delincuente². Bajo esta idea, uno de los elementos normativos del tipo precisa de la existencia de funcionario o servidor público a cargo de cualquiera de las dos situaciones antes referidas; por lo que es jurídicamente posible que la calidad de agente activo del delito recaiga sobre el titular de la acción penal. Máxime, si este resulta ser **el encargado de la investigación del delito**, lo que hace precisamente que el delito pueda analizarse a través de la infracción del deber³.

El alcance normativo de la figura descrita en el artículo 404 del CP tiene como exigencia finalista [resultado] la sustracción de una persona que es pasible de persecución penal⁴; esto es, no se agota en la omisión de un **foco de deberes**, sino que exige la producción de un resultado.

A efectos de no incurrir en errores de interpretación, debemos precisar y explicar cómo debe leerse a la luz del artículo 404 del CP la idea de **persecución penal**, ello atendiendo a lo establecido en el artículo 339 del Código Procesal Penal, que restringe el inicio de la persecución penal en sentido estricto, a la emisión de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria a efectos de computar el plazo de la prescripción de la acción penal.

En ese sentido, y atendiendo además que la investigación del delito no solo comprende la realización de actos póstumos a la dación de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, debemos precisar que el artículo 404 del CP también opera sobre los actos de recolección de elementos de convicción que se desarrollen en el marco de las primeras diligencias de la investigación [artículo 321 y ss. del CPP de 2004]⁵.

Es así que la figura típica del artículo 404 del CP alcanzaría a quienes estando encargados de la investigación o custodia de un tercero, dirijan su conducta de forma final a la sustracción de este de la persecución penal; se entiende, al respecto, que puede ser incluso desde los primeros actos de investigación.

Por lo que ahora cabe referirnos al alcance normativo de cómo debe entenderse **la sustracción** a un tercero de la persecución penal, por parte del agente a quien se le encargó su investigación o custodia.

La forma de redacción del tipo penal en mención traslada el elemento **sustraer** descrito literalmente en el primer párrafo del artículo 404 implícitamente al segundo y tercer párrafo. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la Ejecutoria del 1 de setiembre de 2008, R.N. Nº 1776-2008-Lima:

“Cabe indicar que el delito de encubrimiento personal tiene como verbo rector el sustraer que constituye una conducta de hacer positivo, por ser un delito de acción, cuyo objetivo está constituido finalísticamente para evitar todo tipo de actividad o ayuda prestada a los autores o partícipes de un delito para que eludan la persecución penal –la investigación o acción de la justicia– o la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, por cualquier medio –ocultamiento, facilitación de fuga, etc.–”⁶.

Aquí vale hacer un análisis de dos cuestiones puntuales: la **primera cuestión** referida a saber si –valorativamente– la inobservancia de las potestades funcionales exigidas –de forma normativa– en el marco de la investigación y persecución, constituyen actos de obstaculización y entorpecimiento a la administración de justicia; y una **segunda cuestión** referida a saber si es que, siendo la “sustracción” el presupuesto final del tipo [resultado], debemos elaborar una cualificación en virtud de la cual se pueda precisar el momento en el que se ha producido el resultado “sustracción de la investigación” a favor de un tercero, investigación que teleológicamente abarca desde las primeras diligencias preliminares.

Así las cosas, esta agravante que precisa el tercer párrafo del artículo 404 del CP, a diferencia del primer párrafo que se dirige a todo aquel que no califique como funcionario o servidor público, es por decirlo así un delito especial impropio⁷. El primer párrafo supone una lesión al deber general común a todos a través del **dominio organizacional**, y por tanto la modalidad comisiva es a través del “hacer” en sentido estricto; en cambio, el tercer párrafo debe leerse a la luz de la infracción de deberes positivos o del **dominio institucional**, que dan como consecuencia la producción de un resultado no deseado, debiéndose reiterar que la norma procura y garantiza una investigación y procedimiento que apunte al esclarecimiento de la imputación, sin admitir comportamientos, activos u omisivos, orientados al entorpecimiento y obstaculización de la administración de justicia.

Por eso que cuando analizamos el tercer párrafo del artículo 404 del CP, se deben tomar en cuenta aspectos propios de lo que constituye una investigación, así como en qué momento aparece la **sustracción** a través de la defraudación de la expectativa de conducta en mérito de la lesión de los deberes **institucionales** objetivos de cuidado, que se exige sean realizables para que la existencia del funcionario o servidor público encubridor aparezca.

1. Comportamiento relevante del encubridor personal atendiendo al tercer párrafo del artículo 404 del CP

El primer análisis que se debe realizar para establecer, con grado de certeza, si se está ante un hecho con relevancia penal es sin lugar a dudas **la acción**. Por eso bien hace el profesor Zaffaroni en señalar que “el delito debe ser una conducta humana, de modo que el sustantivo del concepto del delito es la conducta humana, un sustantivo al que se le añaden tres sustantivos:

típica, antijurídica y culpable”⁸. La terminología con la que comúnmente se refiere a la conducta humana es **acción**, asumiendo y sumándonos a la posición de que a través de este

sustantivo se comprende también a la **omisión**, siempre y cuando tal situación, por principio de legalidad, desemboque en un resultado penalmente relevante⁹.

La descripción hecha por el legislador en el tercer párrafo del artículo 404 del CP

peruano restringe la autoría a los funcionarios y servidores que a través de su **conducta** procuran la **sustracción** de un tercero que se halla investigado o custodiado por la comisión de un delito.

Al estar dicho párrafo condicionado al cumplimiento de deberes, no solo negativos de no hacer, que se entiende son realizables a través de un “hacer objetivo”, sino también a los positivos de procurar, conservar y promover, que se realizan a través de un “no hacer normativo valorativo”, debería entenderse que en este tercer párrafo se hace mención expresa a un delito de **infracción de deber** por la posición de garante¹⁰, asumida por el agente en atención al foco de peligros que debe evitar^{11 12}, habida cuenta que únicamente podrá cometerse solo si se establece objetivamente que la conducta del agente –siempre funcionario o servidor– dio lugar al “resultado”

exigido por el tipo; lo que ayudaría además a descartar aquellas situaciones en las que la sustracción de la persona se da a través del “dominio de hecho” por parte de un tercero¹³

[diferente al funcionario o servidor], que utilizando **medios indeterminados** da lugar a la producción del resultado exigido, de manera que ya no se aplica el tercer párrafo para el agente cualificado, sino el primer o segundo párrafo referidos a todo aquel que no reúna las cualidades exigidas por el tercer párrafo.

Se asume que el tercer párrafo del artículo 404 del CP solo puede imputarse objetivamente en tanto que la infracción de deberes genere un resultado típicamente relevante que además de ser típico sea consecuencia del objetivo [**normativo**] incumplimiento de deberes especiales ligados a la función, únicamente por parte del agente y no de terceros.

No se descarta la posibilidad de que el resultado típico pueda causarse **a través de medios indeterminados** por la intervención de un tercero diferente al funcionario o servidor público; en mérito a ello cabe aclarar que el resultado exigido debe obedecer única y exclusivamente al agente cualificado, de no ser así y habiéndose causado el resultado **por persona diferente a la del agente cualificado**, a través de medios indeterminados estaremos ya no ante un supuesto del tercer párrafo, sino del primer o segundo párrafo [según corresponda] del artículo 404.

Por eso, si deseamos tener éxito en la tipificación del párrafo en mención, analizaremos el comportamiento relevante de acuerdo a las exigencias de los delitos realizados por “omisión”

que lesionan deberes conferidos al autor. Es así que tomaremos como una variable el “**concepto social de acción**”¹⁴, en atención al cual se puede caracterizar al ser humano como un ente con capacidad para dirigir cursos causales alterando la realidad. De acuerdo al concepto social de acción, “una omisión existe cuando de conformidad con las **normas del Derecho** o la Moral, así como las reglas de la costumbre o la experiencia, era de esperar un hacer activo que no tiene lugar a pesar de que este hubiera sido posible a través de la puesta en marcha de la finalidad”¹⁵.

La posibilidad de que a través de la omisión se pueda entender que la persona ha dirigido todo un suceso final debe hacerse –atendiendo además– al juicio normativo de un comportamiento exigido, lo que normativamente se conoce como “**expectativa de comportamiento**”¹⁶. Esta forma de acción no puede unificarse al resultado a efectos penales en un nivel ontológico sino normativo, toda vez que la omisión no es una finalidad en sí misma, sino que la finalidad viene condicionada a que existe una exigencia que la norma hace del comportamiento, de manera que la expectativa defraudada es la que pone en marcha la finalidad.

La unificación de la finalidad y la expectativa del comportamiento solo resulta ser posible a través de un carácter “valorativo”

que haga situacionalmente relevante el comportamiento del sujeto atendiendo a su entorno¹⁷. Así lo entiende también nuestra Corte Suprema al establecer que: “Nuestro CP vigente le confiere relevancia jurídica tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión”¹⁸.

Así que, a diferencia de los comportamientos cuyos resultados son producto del análisis óptico-valorativo [v. gr. homicidio, violación sexual, etc.] el resultado de la omisión relevante para el artículo 404 del CP peruano debe hallarse a través del análisis normativo-

valorativo, sin cometer la torpeza de no referir antes de cerrar esta idea que actualmente el análisis normativo-valorativo viene calando posición en los niveles de análisis que se realizan sobre la totalidad de tipos penales; referirnos a ello en este reducido espacio nos llevaría a terminar por no explicar la idea que pretendemos dar a conocer.

Así, la “**conducta humana**” resulta ser el comportamiento en respuesta de la exigencia de una situación “**reconocida**” o por lo menos “**reconocible**” para el agente; un ejemplo de lo primero se da cuando la norma establece el catálogo de deberes a realizar de una forma determinada, de manera que el agente reconoce los deberes impuestos, y ante la no realización de la **exigencia** del Derecho, termina produciéndose el resultado típico¹⁹;

en el caso del segundo diremos que responderá por homicidio aquel que conduciendo su automóvil en horario escolar, pese a que era reconocible, **atendiendo a su entorno**, de que transitaría por una calle donde se ubica un colegio y se representa el resultado, le es indiferente a la realización de una respuesta –**acción**– que el Derecho **esperaba** de él²⁰.

La **sustracción de un sujeto en el marco de una investigación**, constituye una “**modalidad de conducta**” que a su vez, en el sentido del 404 del CP, resulta ser la definición con la cual se describe el resultado jurídicopenalmente relevante para el Derecho. Tal descripción no hace más que citar un concepto social de acción, máxime si cerramos los contornos de la definición al grupo determinado de posibles autores; de manera que la “**modalidad de conducta**” se encuentra vinculada a la posición de garante en la que se halla el agente. Por lo que recién a partir de tal situación es que entre al autor y el resultado se ubica el foco de roles y deberes exigibles al garante, de manera que la expectativa del comportamiento quedará excluida [**defraudada**] al materializarse la producción del resultado típico.

Estando la “**sustracción**” condicionada a la debida observancia “**cognoscible**” de los deberes exigibles al agente, resulta un tanto más complicado subsumir típicamente la **sustracción** producida a través de un no hacer [omisión] que la que resulta de un hacer [activo], aclarando que normativamente ambos resultan compatibles con el concepto social de acción; toda vez que cuando se presenta la **sustracción** a través de un hacer “**activo**”, basta verificar el nexo causal del proceso impulsado por la voluntad que tiene efecto en la realidad, concretándose en la producción del resultado. Por otra parte, y un tanto más compleja, la **sustracción** producida a través del quebrantamiento de deberes solo puede atribuírsele al portador de tales deberes, pudiendo darse tal resultado al omitir el cumplimiento de las expectativas conferidas en los roles, que no son otra cosa que el aspecto formal de los deberes²¹.

2. ¿Cuándo la omisión constituye una “sustracción” a efectos del tercer párrafo del artículo 404 del CP?

Bajo el esquema antes expuesto nos ocuparemos ahora de la **relación causal** que resulta ser relevante para imputar a la **conducta** del agente, el resultado “**sustracción**” exigido por el artículo 404; en ese sentido, ahora toca justificar la **omisión**, en tanto “**transcendencia social**” referida a la relación existente entre el agente y su entorno competente.

En el artículo y párrafo en comentario vamos a restringir la posibilidad de ser autor, solo a efectos didácticos, al representante del Ministerio Público en el marco de la investigación.

No obstante, cabe precisar que los criterios dados –a través de la figura del fiscal como nuestro autor– pueden, cuando resulte coherente, ser aplicables a todos los funcionarios y servidores públicos a quienes se refiere el tercer párrafo del citado artículo.

En el párrafo del delito tantas veces citado resulta posible atribuir el título de “**encubridor**”

al fiscal que en el ejercicio de sus funciones, orienta su **conducta** a través de la **actividad o inactividad**, de manera que finalmente materializa el resultado “**sustraer**”, el cual constituye un presupuesto normativo del tipo. La finalidad de la conducta, que es en este caso la de “**sustraer**”

no puede explicarse ontológicamente sino normativamente, de manera que la actividad o inactividad conductual del agente debe valorarse, atendiendo a las expectativas que normativamente se han establecido para relacionar al sujeto con el círculo de deberes positivos que indican un actuar en sentido jurídico-penal.

Así las cosas, resulta ser **normativamente** posible imputar al funcionario o servidor público [en este caso fiscal] que omite a través de la defraudación de la expectativa –**normativa**– de comportamiento que sobre él se tenía, de manera que responderá por el resultado “sustraer” exigido por el tipo.

Cuando el resultado es causado por una conducta de hacer “activa” por el agente, sigue –a nuestro criterio– dogmáticamente la fórmula elaborada para el primer y segundo párrafo del artículo 404 del CP; lo que no ocurre si el resultado es causado por una conducta de hacer “omisiva”, que a nuestro parecer solo será penalmente relevante si tal “omisión” es entendida a través del “**concepto social de acción**” en cuanto haya capacidad de acción.

No obstante, si **faltase la capacidad de acción social** en el agente no podríamos imputar dicho resultado, pese a que este resultado importe la defraudación de una expectativa, ello porque tal defraudación no se produjo a través de la infracción de deberes, aquí la inactividad del agente no responde a él, sino a otro que hace imposible el cumplimiento de los deberes del agente.

Por ejemplo, “si el único funcionario de vigilancia nocturna es reducido y encerrado en una celda por un preso de modo que no pueda evitar su huída, decae la posibilidad de aplicar tipo penal, al poder negarse aquí la capacidad de acción”²². Aquí de todas formas el delito aparece, pero no se le puede atribuir al funcionario, sino al reductor que dirige su comportamiento “activo” a la producción del resultado típico, configurándose el tipo base del artículo 404 del CP.

Para que la omisión resulte ser jurídicopenalmente relevante, además de la defraudación a la expectativa del comportamiento que de él se tenga de forma normativa, debe observarse un estricto cumplimiento de los deberes conferidos al cargo, y que el no cumplimiento de estos deberes obedezcan a la “**no realización**” de una “**conducta exigible**”, estando el agente siembre en la **posibilidad de realizarlo**.

De esta manera resulta ser –**valorativamente**–

el comportamiento omisivo un comportamiento con transcendencia social, exigible y realizable normativamente. Por ejemplo, un funcionario a cargo de una investigación que está en la posibilidad de realizar ciertas diligencias exigibles y necesarias para procurar la correcta administración de justicia, pero no cumple con emprender la acción esperada [**que de forma normativa se le exige**], dando como resultado el archivo de una causa. El resultado típico “**sustracción**”

se presenta en este caso a través de la conducta de hacer “**omisiva**” y con ello el delito imputable al funcionario.

Por ese motivo para que la omisión pueda considerarse a efectos de imputación al funcionario y servidor público de conformidad al artículo 404 del CP, debemos hacer unas precisiones de carácter general.

La primera de ellas es que cuando estamos ante la comisión de delitos, cuya consumación únicamente se encuentra condicionada a la omisión de deberes de cuidado estamos ante una omisión pura; esto sucede por ejemplo en los tipos que se dirigen hacia fines determinados bajo la fórmula “el que omite” o “el que no haga”, que obligan al sujeto a un comportamiento activo y sancionan a quien no actuó de esa forma.

Se trata de la infracción de deberes generales que funcionan como medios para evitar la realización de resultados finales, sin embargo, para estos casos la sola omisión perfecciona por se la conducta típica, no siendo el resultado final el objeto de protección de la norma sino el puro no hacer, por lo que resulta irrelevante que se verifique en la realidad si la omisión a la conducta exigida por la norma desemboca finalmente en un resultado típico. Por ejemplo: “en la omisión de actos funcionales se protege el deber de buena conducta, infringiéndose a través de esta norma el deber de correcto funcionamiento”.

Por otra parte, cuando estamos ante tipos penales que, además de la omisión de ciertos comportamientos, exigen la producción de algún resultado, estamos ante comisiones por omisiones u omisiones impropias; esto es, ante delitos de resultados que igualmente pueden producirse a través de un comportamiento “activo u omisivo”.

Aquí el resultado exigido por el tipo puede darse a través de una norma prescriptiva pero que al mismo tiempo es prohibitiva, de modo que no solo se responde por la omisión al deber, sino por la producción del resultado que se exige para su consumación. Por ejemplo, “el que **sustraer a una persona** de la custodia, investigación, persecución, o ejecución de pena de la administración de justicia”

[artículo 404 del CP] o “el que mata a otro” [a propósito del “caso Utopía”, la omisión que desencadenó el resultado muerte se lee a la luz de la omisión impropia] son normas que establecen un comportamiento dirigido a la producción final de un resultado.

Por eso la dogmática afirma que hay **comisión por omisión**²³ cuando ya no solo se infringe un deber, sino que además se produce un resultado y, por tanto, se atribuye la misma responsabilidad al que realiza el resultado cometiéndolo que a aquel que lo realiza omitiéndolo.

La omisión relevante a la exigencia del resultado requerido por el artículo 404 del CP, es aquella que importa la realización del tipo a través de la fórmula descrita en el artículo 13 del CP peruano, “el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer”. Por ello, cuando en la omisión de forma comisiva, además del apartamiento de los deberes exigibles al sujeto, importa la concreción del resultado exigido por el tipo, debe entenderse que tal sujeto ha cometido el delito descrito en la ley de forma omisiva.

Cuando el tercer párrafo del artículo 404 del CP exige la causación del resultado “sustraer a tercero”, entendemos que, a diferencia del tipo base, ya no es un delito a cometer con medios indeterminados, sino que se reducen los medios a través de los cuales puede cometerse el delito, resumiéndose al no cumplimiento de los deberes confiados a él; por lo que su conducta, “activa u omisiva”, siempre va consistir en el alejamiento de la expectativa de comportamiento que de él se tenía. El criterio antes dado obedece a la presencia de los elementos “encargado” y “custodio”, exigencia normativa que condiciona necesariamente el resultado “sustraer”

a la lesión de deberes a ellos conferidos; por lo que además cabe remarcar que si el agente no se hallase en calidad de encargado o custodio del tercero, no podría serle aplicable el tercer párrafo del citado artículo, sino el primero o el segundo según correspondiese.

III. Encubrimiento personal y no omisión de actos funcionales Ahora bien, si el resultado típico en el delito de encubrimiento personal se origina por medio de la omisión de comportarse de acuerdo a la función que emana del deber, el que tiene como aspecto formal al rol, ¿debería ser la figura adecuada la de omisión de actos funcionales y no la de encubrimiento personal?

Recapitulando lo antes señalado para hacer la diferencia entre delitos omisivos puros y los de comisión por omisión, vamos ahora a orientar el sentido de la explicación a las razones por las cuales no consideramos que la infracción del deber en este contexto sea típica a efectos del artículo 377 del CP, que se refiere a la “omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales”.

Dicho ello, empecemos por precisar que en el delito previsto en el artículo 404 la omisión no constituye una finalidad en sí misma, sino que ella constituye de manera normativa el medio por la cual camina la conducta del agente hacia un resultado exigido por el tipo. Mientras que en el artículo 377 el tipo no exige un resultado final, sino que la sola omisión constituye per se la realización del injusto, habida cuenta de la presencia de una omisión pura para su configuración es lo que hace de esta descripción diferente a la omisión realizada en el sentido del artículo 404, por lo que mal se haría en comprender la omisión concretada en un resultado exigido, por el tipo a la omisión pura que no exige la producción de ningún otro resultado de forma final.

Otra de las razones por las cuales no debe confundirse la omisión realizada en el sentido del artículo 377 con la del artículo 404

es atendiendo a la finalidad que justifica la existencia de dichos tipos penales en el CP;

mientras que para la primera descripción el legislador tuvo como objetivo ajustar la conducta del agente a procurar una correcta Administración Pública, en la segunda descripción la finalidad no se agota en el mero ajuste de la conducta del agente a los deberes conferidos por el cargo, sino que además se pretende evitar la producción de resultados concretos que valorativamente importan de manera concreta una incorrecta administración de justicia.

Cabe indicar que el delito de encubrimiento personal tiene como verbo rector “sustraer”, lo que no solo constituye un no hacer negativo, sino un hacer positivo, por lo que su estructura está constituida finalísticamente para evitar la concreción de un resultado a través de la infracción de deberes exigibles al agente. Así las cosas, es claro de que la estructura típica del delito regulado en el artículo 404 del CP es diferente a efectos penales de aquel descrito en el artículo 377; máxime si conforme a la elaboración político-criminal de tales tipos cada uno de ellos fue motivado por diferentes objetos que merecen gozar de tutela jurídico-penal:

mientras que para el uno era el correcto funcionamiento de la Administración Pública a través del fiel cumplimiento de deberes, para el otro era la correcta administración de justicia a través de la evitación de determinado resultado, sin el cual no se podría configurar tal delito.

IV. La imputación normativa a la conducta omisiva del encubridor El elemento normativo de la imputación a la conducta del agente se halla en las expectativas de comportamientos no realizables por el sujeto; lo que posteriormente da lugar a llenar de contenido cognitivo de la conducta para fundamentar la relevancia del resultado.

La expectativa no realizable pone en marcha la finalidad solo si es posible la relación de la conducta del autor con su entorno²⁴.

Este entorno de la conducta realizable está condicionada no ópticamente, sino normativamente al cumplimiento de las expectativas conductuales exigibles al sujeto; por ejemplo, “al funcionario [fiscal o policía] a cargo de una investigación se le impone de forma expresa a que

ajuste su conducta al **estricto cumplimiento de ciertos deberes**²⁵ para evitar un resultado que al final pueda verse materializado en el entorpecimiento u obstaculización a la administración de justicia”.

De manera que la imputación a la conducta del agente debe delimitarse con la capacidad cognitiva de emprender la acción esperada, dando ocasión a que “la capacidad general de acción pertenece ya al concepto de omisión en el sentido de un comportamiento con transcendencia social²⁶”. Por ello la objetiva imputación al comportamiento omisivo del encubridor requiere primero verificar –valorativamente–

si la causa del resultado exigido por la norma es síntesis de la no realización del comportamiento exigido –normativamente–

por la lesión cognitiva de un deber que dejo de hacer.

La imputación a la conducta del agente que omite –precisamente– una conducta se circunscribe al foco de deberes exigibles a él –exigencias normativas de la conducta–, deberes que al no cumplirse, según las exigencias normativas del tipo, darán relevancia penal al resultado típico. Como es de advertirse por lo descrito en el artículo 404 del CP, la conducta del encubridor precisa la existencia de un resultado típico;

por lo que al valorarse de manera final el resultado producido por la comisión omisiva del agente se exige además que dicha conducta omisiva deba imputársele normativamente al encubridor, de manera que si eso se verifica –valorativamente– la relación del comportamiento con el resultado constituirán el perfeccionamiento del delito²⁷.

El contenido de la imputación a la conducta del agente está resumido en el conjunto de deberes exigibles al funcionario o servidor público a “cargo” de una investigación o de la custodia de un tercero sometido a persecución penal o a la ejecución de una pena según corresponda; de manera que la infracción de deberes conferidos debe vincularse a la posición de garante del agente, toda vez que si este vínculo “a cargo”

no aparece, no podrá ser posible el resultado a través de una conducta de comisión “omisiva”, sino que necesariamente tendrá que ser una comisión “activa”, porque solo el que está “a cargo” de una situación puede convertir su comportamiento “omisivo” en un resultado “comisivo”, del cual se le puede exigir su evitación y no realización a través del cumplimiento de deberes.

Por ejemplo, “el fiscal que subroga, sin título o nombramiento a otro que si se halla a cargo de una investigación, introduciendo un acto falso de investigación, para sustraer a un sujeto sometido a una investigación a través de un hacer ‘activo’, ya no estaría incurriendo en el tercer párrafo del artículo 404, sino en el primer o segundo según sea el caso”. Obviamente aquí habría más de un delito [artículos 361 y 428 del CP].

Así las cosas, el vínculo a razón del “cargo”

al funcionario o servidor público que exige el tipo, restringe los medios por los cuales el agente deberá cometer el resultado final, por lo que el tercer párrafo del artículo 404

se realizará a través de medios determinados, a diferencia de los dos párrafos precedentes que son de medios indeterminados.

Los medios para valorar la realización del tipo en función a lo exigido por el tercer párrafo del artículo 404 del CP, se resumen en el no cumplimiento de los deberes conferidos, por razón del cargo, al funcionario o servidor público; este no cumplimiento de los deberes obviamente supone un alejamiento de lo que impone de forma normativa el Derecho, de manera que el apartamiento de la expectativa del comportamiento del agente supone la comisión omisiva dirigida a la causación final de un resultado típico.

V. Los deberes exigibles a los funcionarios y servidores públicos atendiendo al tercer párrafo del artículo 404 del CP

Resulta casi imposible hacer una enumeración completa de los deberes conferidos a los funcionarios y servidores públicos en general.

Pero vemos que cuando el tercer párrafo del artículo 404 del CP limita el marco espacial sobre la existencia de este delito, nos da una idea clara de los deberes que se exigen sean cumplidos para no generar el resultado típico; de modo que el marco espacial lo condiciona la existencia de una investigación y una situación de custodia a tercero por parte de sujeto cualificado vinculado en virtud a las situaciones antes descritas.

La situación lleva a pensar en la figura de dos supuestos sujetos: fiscal y policía; pese a esta restricción sigue siendo tedioso citar cada uno de los deberes exigibles a estos sujetos en el marco de la investigación o custodia de terceros. Como dijimos, para efectos didácticos vamos a centrar la explicación en la figura del fiscal; así las cosas, lo que se le exige a un fiscal para no lesionar su deber conforme al resultado exigido por el artículo 404 del CP es el cumplimiento estricto de los deberes que tiene frente a una investigación de tercero. En este sentido, la forma como debe el fiscal dirigir su conducta en tanto expectativa de su comportamiento, se encuentra condicionada al cumplimiento de lo que exige el Código Procesal Penal y las leyes especiales para una debida actuación del agente en el marco de la investigación.

Estos deberes a los que hacemos referencia deben ser reconocibles por el fiscal, de manera que se hace “normativa” su exigencia y, por tanto, la expectativa que se tiene de su realización convierte la lesión “cognitiva” a los deberes en una comisión omisiva. Por eso es que los deberes a ellos impuestos deben ser reconocibles. Esta exigencia cognitiva que se hace de los deberes para con los funcionarios y servidores públicos fundamenta la imputación objetiva a la conducta comisivamente omitida; toda vez que si no hay normativamente un deber cognoscible exigible al agente, la no realización del deber carece de efectos penales. Por ejemplo, “cuando un funcionario o servidor público no realiza un acto de investigación que no se exige en ninguna disposición jurídica, ónticamente carece de relevancia porque la omisión no es un fin en sí mismo, sino que el hacer positivo lo condiciona la expectativa normativa exigida”.

Por ello, las omisiones cometidas solo tienen relevancia jurídica si el Derecho comprende la posibilidad de hacer ciertos comportamientos establecidos en la norma, independientemente de la naturaleza que sea, pero que tengan como finalidad el aseguramiento de una función; si es en el marco de una investigación serán las exigencias que se hacen a través del Derecho en una investigación.

Por ejemplo, “la no realización de actos exigibles al fiscal en el marco de la investigación – constituye omisión comisiva– si se materializa la producción del resultado exigido por el tipo como consecuencia de la defraudación a la expectativa de su comportamiento de hacer por un no hacer que da lugar al injusto”. En la realidad ejemplos como estos se dan cuando el fiscal archiva causas sin realizar actos de investigación que se les exige, cuando por actuar indiferente al Derecho simplemente no lo hacen, dando al resultado exigido por el artículo 404.

Entonces, los deberes exigibles a los funcionarios y servidores públicos se encuentran en el ordenamiento jurídico vigente y se aplican –según corresponda– a las situaciones dirigidas a regular una investigación o una situación de custodia a un tercero. No es suficiente a efectos del tercer párrafo del artículo 404 del CP, que se lesionen los deberes conferidos al agente en el marco de tal situación, sino que la defraudación a tales deberes debe desembocar en la causación de un resultado que de manera normativa exige el tipo penal en comento.

VI. La conducta omisiva sintetizada en el resultado típico Ahora pareciese que la idea inicialmente propuesta va tomando forma, de manera que la omisión por comisión en estos casos constituye la modalidad por la cual puede imputarse el delito a quien reuniese las condiciones antes descritas.

Como dijimos, la comisión por omisión no es un “no hacer” que se agote en sí mismo, sino que tal conducta “omisiva” debe sintetizarse en la producción de un resultado.

Ahora bien, ¿qué resultado? La sustracción de una persona “investigada o custodiada”

sometida a la administración de justicia, que resulta ser el requisito exigido por el tipo para la consumación del delito.

Así, los medios determinados “infracción de deber” son el camino por el cual la conducta del agente viaja para la producción del resultado final, que debe ser analizado valorativamente, en tanto importe una lesión a la administración de justicia, por ser este término de forma general lo que se quiso asegurar a través del tipo penal en comento. La “sustracción”

del tercero a través de la infracción del deber por el agente debe leerse en un sentido finalista; así lo entendió la Ejecutoria Suprema del 20 de abril de 2004, R.N.

Nº 376-2003-La Libertad:

“Es de tener presente que el delito de encubrimiento personal materialmente consiste en trabar o entorpecer la acción de la justicia, cuya es esclarecer si se ha cometido o no un hecho delictivo y de ser el caso imponer la sanción penal a quien corresponda. Por consiguiente, si el objeto de la acción de la justicia no es condenar o absolver sino, en sentido estricto, garantizar un procedimiento razonable y un amplio esclarecimiento de la imputación, sin admitir entorpecimiento alguno a ese cometido, lo que constituye su presupuesto, entonces, es indiferente a tal finalidad que la persona favorecida con el comportamiento del encubridor sea absuelta o condenada”²⁸.

De lo establecido por nuestra Corte Suprema, es posible hacer una doble precisión con relación a la infracción del deber realizado por el agente respecto al resultado exigible por el tipo. Es posible desdoblar el contenido final de la conducta omisiva desde una dimensión objetiva y otra subjetiva, recalcando que ambos análisis giran en torno al resultado final del delito. Desde una dimensión objetiva del resultado, debe verificarse el no sometimiento del tercero encubierto a una investigación o persecución penal [primera modalidad] o custodia [segunda modalidad]

a cargo del agente; este resultado aparece de forma objetiva en el artículo 404 del CP bajo la fórmula de “sustracción”, porque finalmente a través de la conducta se pierde el dominio absoluto del tercero sustraído.

Desde una dimensión subjetiva, el resultado se verifica entendiendo que la lesión a los deberes de cuidado importa la obstaculización a la administración de justicia; de manera que la defraudación a la expectativa de la conducta del agente genera –desde esta dimensión– la obstrucción y entorpecimiento de la investigación o persecución penal [cuando se trate de fiscal] o la custodia del tercero [cuando se trate de agente policial].

Así, la correcta administración de justicia no llegará a concretarse, no necesariamente porque se sustraiga al tercero, sino porque el funcionario o servidor público no garantizó un procedimiento razonable para un adecuado esclarecimiento de la imputación, que resulta de la defraudación del comportamiento esperado del agente.

Una de las condiciones para que la omisión realizada en los contextos marcados por el tipo sea relevante a efectos de comprender el comportamiento dentro de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 404 del CP, está precisamente en que el “resultado” ocasionado debe ser producto de la causa inmediata anterior, esto es, la conducta infractora del agente portador del deber, bajo la amenaza de que si no se verifica que la causa del resultado sea directamente la lesión al deber por el agente, el delito no aparece [v. gr. falta de capacidad de acción].

VII. Conclusiones • El tercer párrafo del artículo 404 del CP se dirige a toda “conducta humana”

que, desde un concepto social de acción, suponga la infracción de deberes positivos orientados a la producción de un resultado no deseado, siempre que tal infracción resulte de una situación “reconocida”

o por lo menos “reconocible”

para el agente.

- El tercer párrafo del artículo 404 del CP solo puede imputarse objetivamente a la infracción de deberes [normativos]

reconocidos o reconocibles, ligados a la función del agente, que importen la realización de un resultado típico atribuible, únicamente, al funcionario o servidor público, y no a un tercero.

- El resultado relevante, atendiendo el tercer párrafo del artículo 404 del CP, debe hallarse a través del análisis normativovalorativo de la omisión en tanto concepto social de acción; toda vez que ella no es una finalidad en sí misma, sino que esta se condiciona a que exista una exigencia que la norma hace del comportamiento, de manera que la expectativa defraudada es la que pone en marcha la finalidad.

- La condición última para que la omisión realizada en los contextos marcados por el tipo sea relevante, a efectos de comprender el comportamiento dentro de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 404 del CP, se refiere a que la omisión deba ser causa inmediata anterior de lo ocasionado típicamente, esto es, la conducta del agente portador del deber es condición para la lesión del deber, de modo que si no se verifica tal situación la lesión al deber no aparece y con ello el resultado típico no le puede ser imputable de manera objetiva.

- De no poder imputar objetivamente la lesión del deber al agente, no podríamos imputarle dicho resultado, pese a que este importe la defraudación [formal]

de una expectativa; toda vez que tal defraudación fue generada con ausencia de capacidad social de acción [aspecto material] y, por tanto, la infracción del deber obedecerá no al agente, sino a aquel que hace imposible el cumplimiento de los deberes del funcionario o servidor público.

- Los deberes impuestos por el Derecho al agente deben ser reconocibles. Esta exigencia cognitiva que se hace de los deberes para con los funcionarios y servidores públicos, fundamenta la imputación objetiva a la conducta comisivamente omitida;

si no hay normativamente un deber exigible al agente, la no realización del deber carece de efectos penales.

- Resulta posible atribuir el título de “encubridor”

al fiscal que en el ejercicio de sus funciones, por razón del cargo, orienta su conducta, de manera que finalmente materializa el resultado “sustraer”, el cual constituye un presupuesto del tipo.

- En el delito de encubrimiento (art. 404

del CP) la omisión no constituye una finalidad en sí misma, sino que ella constituye el medio por la cual camina la conducta del agente hacia un resultado exigido por el tipo; mientras que en el artículo 377 el tipo no exige un resultado final, sino que la sola omisión constituye per se la realización del injusto, suponiendo la presencia de una omisión pura para su configuración. Mal se haría en comprender la comisión omisiva concretada en un resultado exigido en el artículo 404, como una omisión pura que no exige la producción de ningún otro resultado de forma final.

- El “sustraer a un sujeto del marco de una investigación” es un resultado probable a través de un concepto social de acción, por encontrarse vinculada la posición de garante a través del foco de roles y deberes exigibles a él, a la defraudación sobre una expectativa del comportamiento para evitar la producción de un resultado típico.

- La “sustracción” como exigencia típica de consumación del delito debe verificarse a través del quebrantamiento de deberes, por el no cumplimiento “normativo”

de las expectativas conferidas al agente como garante a cargo de las situaciones descritas en el tercer párrafo del artículo 404 del CP.

- La finalidad de la conducta típica “sustraer”

no puede explicarse ontológicamente sino normativamente; de manera que la actividad o inactividad conductual del agente debe valorarse atendiendo a las expectativas que normativamente se han establecido para relacionar al sujeto con el círculo de deberes positivos que indican un actuar en sentido jurídico-penal.

- El contenido de la imputación a la conducta del agente se halla en el conjunto de deberes exigibles al funcionario y servidor público a “cargo” de una investigación o de la custodia de un tercero sometido a persecución penal, o inclusive de la ejecución de una pena según corresponda;

siendo importante el vínculo “a cargo” en el agente sobre el tercero, toda vez que si este vínculo no aparece, no podrá ser posible el resultado a través de una conducta de comisión “omisiva”, sino que necesariamente tendrá que ser una comisión “activa”, porque solo el que está “a cargo” de una situación puede convertir su comportamiento “omisivo”

en un resultado “comisivo”, pudiendo exigírsele su evitación y no realización a través del cumplimiento de deberes.

- La comisión por omisión solo tiene relevancia jurídica si el Derecho comprende la posibilidad de “hacer” ciertos comportamientos para evitar un resultado y con ello el aseguramiento de una función;

si es en el marco de una investigación, serán las exigencias que se hacen a través del Derecho en una investigación.

Por ejemplo, “la no realización de actos exigibles al fiscal en el marco de la investigación constituye omisión comisiva si se materializa la producción del resultado exigido por el tipo como consecuencia de la defraudación de la expectativa del “comportamiento de hacer” por un “no hacer” que da lugar al injusto.

- Existe una dimensión objetiva y subjetiva para valorar el resultado típico exigible por la norma. Una dimensión objetiva del resultado se presenta al evidenciarse el no sometimiento del tercero a una investigación [primera modalidad] o custodia [segunda modalidad], apareciendo el resultado de forma objetiva en el artículo 404 del CP bajo la fórmula de la “sustracción”, toda vez que se pierde el dominio absoluto del tercero sustraído. Y desde una dimensión subjetiva, aparece cuando la lesión a los deberes de cuidado constituyen obstaculización a la administración de justicia, de manera que la defraudación a la expectativa de la conducta del agente genera la obstrucción y entorpecimiento de la investigación o persecución penal [cuando se trate de un fiscal] o la custodia del tercero [cuando se trate de un agente policial], generando que la administración de justicia no llegue a concretarse de forma correcta porque el funcionario o servidor público no garantizó un procedimiento razonable para un adecuado esclarecimiento de la imputación.

%BIBLIOGRAFÍA BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel.

Manual de Derecho Penal. Parte general. 3ª

edición, Santa Rosa, Lima, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. "Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas".

En: *Cuestiones de Derecho Penal, proceso penal y política criminal*. Ara Editores, Lima, 2010.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino.

RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores, Lima, 2012.

JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Lima, 2014.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando.

"Funcionalismo y normativismo penal (una introducción a la obra de Günther Jakobs)".

En: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*. Ara Editores, Lima, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte general. 4ª edición*, Tirant lo Blanch, Lima, 2000.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Delitos contra la administración de justicia*.

Rodhas, Lima, 2011.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VI, Lima, 2011.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general. 2ª edición*, Rodhas, Lima, 2007.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1997.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, 3ª edición, Lima, 1983.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, Pacífico, Lima, 2014.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *El tipo imprudente*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2013.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal: dos décadas de jurisprudencias*. Tomo III, Ara Editores, Lima, 2012.

ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, 2ª edición, Idemsa, Lima, 2013.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007.

RUSCONI, Maximiliano; LÓPEZ, Hernán y KIERSZENBAUM, Mariano. *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*.

Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal español (artículo 11)”.

En: *Revista de Ciencias Penales*. N° 7-8, Año IV, Lima, 1999.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

Derecho Penal. Parte general. 4ª reimpresión, Grijley, Lima, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986.

* Miembro fundador del Círculo de Estudios Penales “Uris Prudens” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (Huánuco). Consultor del Área Penal en el Estudio Jurídico Beteta Abogados.

1 Vid. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Delitos contra la administración de justicia*. Rodhas, Lima, 2011, p. 89 y ss.

2 Artículo 404 del CP. Encubrimiento personal “El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 325 al 333, 346 al 350, en la Ley N 27765 (Ley penal contra el lavado de activos) o en el Decreto Ley N° 25475 (Establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el autor del encubrimiento es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años [artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007].

3 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VI, Lima, 2011, p. 251: “La segunda agravante toma lugar cuando el agente es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente; en este supuesto, el legislador intensifica la respuesta punitiva, tomando en cuenta la naturaleza y relevancia de los deberes funcionariales exigidos”.

4 La persecución penal es la exigencia genérica del tipo base del delito de encubrimiento personal, por lo que se puede afirmar que tanto la situación de investigación como de custodia a las que se refiere el tercer párrafo pueden ser entendidas de forma general como una situación de “persecución penal”.

5 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. p. 247: “Si bien estamos de acuerdo con la naturaleza del bien jurídico tutelado por el delito de encubrimiento personal, debiendo incluir, los actos de investigación que actúa el Ministerio Público y la PNP; tenemos nuestro reparo en cuanto al inicio de la persecución penal, de no necesitar –siquiera–, el inicio

formal de las diligencias de averiguación por la autoridad encargada de la persecución penal, en este caso el fiscal o la Policía; que ello es así por su naturaleza. No olvidemos algo muy importante, las actuaciones de averiguación de cualquier hecho criminoso, no importa una actuación libérrima y puramente discrecional por parte de los órganos de persecución penal, según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho, en tal sentido, debe procurarse el respeto de ciertas garantías; entre estas, que quien dirige la investigación es el representante del Ministerio Público y no la Policía, ello importa que sea el fiscal quien traza la estrategia de investigación, incidiendo en la posibilidad de que la Policía pueda actuar de forma unilateral, sin dar aviso al fiscal, con la excepción de flagrancia”.

6 ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal: dos décadas de jurisprudencias*. Tomo III, Ara Editores, Lima, 2012, pp. 384-385.

7 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. p. 252.

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 337 y ss.

9 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª reimpression, Grijley, Lima, 2013, pp. 653-654: “Para sancionar penalmente a los delitos de omisión impropia no basta la simple infracción de un mandato determinado, se requiere verificar si se lesiona o no el bien jurídico protegido, es por ello que los delitos de omisión impropia o comisión por omisión son delitos de resultado”. Véase PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, 3ª edición, Lima, 1983, p. 169 y s.; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1997, p. 525 y ss.

Véase. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Santa Rosa, Lima, 2005, p. 251 y s.; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Lima, 2000, p. 269 y s.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Ob. cit.*, p. 337 y ss.

10 DEMETRIO CRESPO, Eduardo. “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”. En: *Cuestiones de Derecho Penal, proceso penal y política criminal*. Ara Editores, Lima, 2010, p. 262: “La figura del garante protector (*Beschützergarant*) se discute en la bibliografía especializada en el marco de la responsabilidad de los funcionarios, puesto que estos son responsables precisamente en razón de su puesto de protección de determinados bienes jurídicos”.

11 ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, 2ª edición, Idemsa, Lima, 2013, p. 254 y ss. En la búsqueda de estos elementos relevantes para la subsunción, se basa en la más fina dogmática de los delitos de comisión e investiga qué elementos tendrían que añadirse a un hecho para que podamos hablar de una acción típica. El resultado sería que, o bien se crea un riesgo que desde el principio no está permitido a través de la acción, que luego se transforma en un resultado típico, o bien un riesgo al principio permitido (por ejemplo, el conducir un auto) que, a través de otra acción (por ejemplo, el adelantamiento prohibido, la conducción con velocidad elevada), se transforma en un riesgo prohibido y desemboca en un resultado típico. Entonces, se basa en la doctrina de la imputación objetiva que entretanto es ampliamente reconocida. Esta idea la traslada a los delitos de omisión, cuya equivalencia con la comisión quiere admitir cuando alguien desestabiliza intencionalmente un foco de peligros [o fuente de peligros] mediante la no aplicación de una medida de prevención a él impuesta y cuando luego este foco de peligros, con absoluta seguridad, condiciona el resultado típico.

12 ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 358: “Se tendrá que afirmar un elevado deber de portar peligros también en relaciones que fundamenten una posición de garante en el marco de los delitos de omisión. Estos caen dentro de las relaciones jurídicas especiales”.

13 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, Pacífico, Lima, 2014, p. 499.

14 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Lima, 2014, p. 329 y ss.

15 Ídem.

16 Véase, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. "Funcionalismo y normativismo penal (una introducción a la obra de Günther Jakobs)". En: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*. Ara Editores, Lima, 2005, p. 26.

17 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 330: "Esta síntesis debe ser buscada en la relación del comportamiento humano con su entorno. Este es el sentido del concepto de acción social".

18 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 651. Véase la Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999, Exp. N° 2528-99-Lima.

19 "Finalmente, puede a través de la inactividad frente a una determinada (aunque no es necesario que esté jurídicamente fundamentada) expectativa de acción, con lo cual aquí también se presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión)"; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 331.

20 Ídem: "Para ello es necesario que el comportamiento se materialice exteriormente, por lo que en la omisión es suficiente con la ausencia de efectos que habría tenido el hacer sujeto a expectativa y dirección"

21 Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *El tipo imprudente*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2013, p. 63 y ss.

22 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 332.

23 Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "La regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal español (artículo 11)". En: *Revista de Ciencias Penales*. N° 7-8, Año IV, Lima, 1999, pp. 375-378.

24 RUSCONI, Maximiliano, LÓPEZ, Hernán y KIERSZENBAUM, Mariano. *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 20 y ss. "Los problemas de imputación en el ámbito del Derecho Penal siempre se han constituido en la piedra de toque del sistema dogmático que se manifiesta en la teoría del delito (...) En definitiva puedo adelantar que pareciera que se trata siempre de la reflexión sobre las bases normativas u ónticas a partir de las cuales puede adjudicarse a alguien el ser el sujeto pasivo de la amenaza punitiva".

25 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista Editores, Lima, 2012, pp. 108-111.

26 JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Ob. cit., p. 332.

27 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 497 y ss.: "Cuando la dogmática penal emprendió tareas específicas sobre el estudio de la relación de causalidad, no comprendía usualmente al fenómeno de la omisión.

En efecto, se afirma tajantemente que acción y omisión son realidades distintas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica, y será necesariamente errónea toda valoración de la omisión que tuviera como base elementos ontológicos que le son ajenos. Sola Reche afirma que ‘en el sentido opuesto, incluso el axioma de que la causalidad es un elemento privado de los delitos de acción, y que el tipo de la omisión (siempre) puede quedar reducido a la no intervención posible de procesos causales, merece ser ya discutido a fondo’.

28 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 384.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

LA PROBLEMÁTICA DE LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

Eliu ARISMENDIZ AMAYA*

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor objeta la tesis dominante en nuestro país de aplicar simultáneamente las teorías de infracción de deber y del dominio del hecho para establecer la responsabilidad penal del cómplice en el delito de colusión desleal. La solución, a su juicio, es diferenciar los delitos por responsabilidad en virtud de organización, y por responsabilidad en virtud de competencia institucional, en consecuencia intraneus y extraneus responderán como autores directos del delito de colusión, al haber infringido su rol especial y general, respectivamente.

MARCO NORMATIVO • Código Penal: arts. VII, 26, 106, 107, 317, 384 y 418.

I. Introducción El delito de colusión ilegal en nuestro sistema jurídico-penal, ya sea bajo los lineamientos doctrinarios o, en su defecto, bajo criterios jurisprudenciales, presenta serias complicaciones que llevan a algunos a aceptar –por necesidad y no por coherencia– una serie de “soluciones” complicadas que parecen seguir la ruta de la pluma literaria de Mary Shelley cuando escribió “Frankenstein:

or the modern Prometheus”.

Es decir, dicha figura delictiva presenta una serie de creaciones carentes de identidad uniforme, lo que se agrava con las diversas modificaciones legislativas, según las cuales en un momento dicho tipo penal era –respecto a la conducta y al elemento descriptivo “defraudar”– un delito de resultado, para posteriormente pasar a ser un delito de peligro abstracto.

En este contexto, pretendemos abordar la problemática vinculada a la participación del particular o *extraneus* en el delito de colusión ilegal, así como las diferentes formas de ampliación del tipo penal, las teorías que sustentan el tema, el desarrollo jurisprudencial, para finalmente asumir una postura de interpretación del citado delito bajo el sistema funcional-normativo.

II. Realidad problemática El sistema jurídico-penal peruano viene considerando al delito de colusión ilegal como un delito de encuentro, es decir, donde concurren conductas desplegadas por diferentes sujetos imputables que buscan una misma finalidad, pero que trabajan desde lados o posiciones distintas.

Evidencia de ello son los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, **Expediente N° 30-20101**

del 7 de noviembre de 2011, o la Ejecutoria Suprema, **R.N. N° 823-2006-Tacna2**, del 29

de noviembre de 2006.

En ellas se entiende que en el delito de colusión ilegal concurren dos sujetos de distinta calificación, es decir, un sujeto cualificado que tiene el estatus de funcionario o servidor público, el cual siempre responderá como autor directo del injusto por cuanto tiene la calificación personal exigida por el tipo penal, así como un deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la Administración Pública; y por otro lado, un particular, que puede ser cualquier persona con capacidad de reprochabilidad jurídico-penal, quien responderá como cómplice³.

Asimismo, para justificar la imputación de cada uno de los sujetos intervinientes, se recurre a la teoría de la unidad del título de imputación, conforme se advierte en la Ejecutoria Suprema, **R.N. N° 124-2005-Áncash**, del 6

de julio de 2005. En ese sentido, se pretende hacer converger en un mismo supuesto fáctico dos teorías según la naturaleza del sujeto, es decir, para el partícipe *extraneus* recurre a las reglas de los delitos de dominio y para el *intraneus* –funcionario o servidor público– se aplican las reglas de los delitos de infracción del deber.

Este es un panorama contradictorio, por cuanto las reglas de los delitos de dominio y de infracción del deber son distintas y están orientadas a un supuesto fáctico, cuya naturaleza común o especial está determinada por la calidad del sujeto activo. Por lo tanto, dichas teorías, a nuestro modo de ver, son excluyentes en razón de que sus categorías jurídicas son opuestas. La pregunta es pues, **¿un sujeto particular –extraneus– puede ser sancionado penalmente por un delito funcional?**

III. Antecedentes teóricos Tradicionalmente los delitos han sido clasificados en delitos comunes y especiales (dicha clasificación apunta a la naturaleza del autor). Los primeros pueden ser cometidos por cualquier sujeto⁴, mientras que en los segundos no todo sujeto puede ser considerado como autor, sino solamente aquellos que reúnen la condición especial exigida por el tipo penal, es decir, se trataría de sujetos que se encuentran obligados institucionalmente al cuidado del bien⁵, restringiéndose así el radio de acción de la autoría.

Asimismo, dentro de los delitos especiales aparece una subclasificación. Por un lado, tenemos los **delitos especiales propios**, que son aquellos que no tienen correspondencia con un delito común porque la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, es decir, **fundamenta el injusto penal**, de tal forma que faltando ella la conducta sería atípica⁶. Por ejemplo, los delitos de colusión ilegal y prevaricato, previstos en los artículos 384 y 418 del Código Penal, respectivamente.

Por otro lado, tenemos los **delitos especiales impropios**, que tienen correspondencia con un delito común⁷, es decir, existe un tipo penal común subyacente. Por ejemplo, el delito de parricidio previsto en el artículo 107 del Código Penal tiene un delito común correlativo: el delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 106.

Ante esta problemática aparecen una serie de teorías con la finalidad de brindar soluciones.

Por un lado, tenemos la teoría de la **ruptura del título de imputación**, la cual postula, en referencia a la participación de los *extranei*, que estos solamente serán responsables por los delitos comunes homologables o subyacentes a los delitos especiales.

Conforme a esta teoría, el *extraneus* que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión del delito de peculado, responderá como autor del delito de hurto mas no de peculado; por el contrario, si el particular actúa materialmente como autor será autor del delito común y el *intraneus* será partícipe del delito especial⁸.

Por otro lado, tenemos la teoría de **la unidad del título de imputación**, la cual admite la participación y sanción del *extraneus* en los delitos especiales recurriendo al principio de **accesoriedad limitada de la participación**;

en ese sentido, si el dominio del hecho fue detentado por el *intraneus* y el *extraneus* intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por aquel; y al contrario, si el dominio del hecho lo ejerció el *extraneus*, entonces, el delito cometido será común y el *intraneus* será partícipe de este delito común⁹.

1. Teorías desarrolladas respecto a las formas de ampliación del tipo penal en los delitos especiales Dentro del esquema de las teorías que pretenden explicar la autoría y participación en los delitos especiales encontramos las siguientes:

1.1. Teoría de la ruptura del título de imputación Como se adelantó, según esta tesis, los tipos penales de delitos especiales se refieren exclusivamente a los *intraneus*, razón por la cual existirán delitos comunes homologables o subyacentes a los delitos especiales.

Es en esta tesis donde el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión de un delito de peculado, responderá como autor o partícipe del delito de hurto, mas no por el tipo de complicidad en peculado. Nótese que para atribuir el grado de responsabilidad, esta tesis recurre al dominio del hecho, pues el *intraneus* será autor del delito especial y el *extraneus* partícipe del delito común subsidiario, en tanto aquel posea el dominio del hecho.

Por el contrario, si es el *extraneus* quien detenta el dominio del hecho, el *intraneus* será partícipe del delito especial, mientras que el *extraneus* será autor del delito común.

En el Perú, esta tesis solo puede ser sostenida en la medida que se entienda que la regla del artículo 26 del CP consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad (culpabilidad y punibilidad), así como de los elementos que integran el injusto (conducta típica y antijurídica). Empero, tal interpretación carece de base, pues rompería con el principio de accesoriedad limitada de la participación, ya que se arribaría a la solución artificial de imputar al *extraneus* y al *intraneus* delitos distintos, cuando en puridad se trata de un solo hecho punible¹⁰.

1.2. Teoría de unidad del título de imputación Esta teoría encuentra su justificación legal en las bases del artículo 26 del Código Penal (principio de comunicabilidad), en la medida en que se entienda que las circunstancias y cualidades personales afectan la culpabilidad y penalidad, mas no al injusto penal; dicho razonamiento es producto del mensaje literal contenido en el citado artículo.

En ese orden de ideas, se concluye que las calidades personales del autor que integran el injusto penal afectan siempre –es decir, se pueden comunicar– a los partícipes, consagrándose de esta forma la vigencia del principio de accesoriedad limitada de la participación respecto a la autoría.

Según este panorama, es posible admitir la sanción del *extraneus* como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor *intraneus*, en razón de que los presupuestos del artículo 26 del Código Penal **no fundamentan la punibilidad** (entiéndase

punibilidad como el hecho típico, antijurídico y culpable), sino que se refieren a aquellos presupuestos que atenúan, agravan o excluyen la punibilidad¹¹.

Ahora bien, las tesis de la ruptura del título y unidad del título de imputación tienen un punto de encuentro, esto es, la **teoría del dominio del hecho**. Así, según la tesis de la unidad del título de imputación, si el dominio del hecho fue detentado por el *intrañeus* y el *extrañeus* intervino prestando un auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por aquel. Por el contrario, si el dominio del hecho lo detentó el *extrañeus*, entonces, el delito cometido será común y el *intrañeus* será partícipe de este delito común.

1.3. Teoría de los delitos de infracción de deber Esta teoría fue creada por el profesor Claus Roxin¹². Según esta postura, los grados de participación se encuentran sustentados en el deber especial que mantiene el sujeto, cuya infracción conllevaría sustentar una imputación, así como la reducción del **radio de acción de la autoría**.

En ese sentido, la autoría le corresponde a aquella persona que estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico lo incumple¹³. Para entender con mayor facilidad dicha postura es necesario precisar que Roxin, dentro de su esquema, ha clasificado a los delitos en:

delitos de dominio y delitos de infracción de deber –anteriormente clasificados en delitos comunes y especiales–.

Se entiende como **delito de dominio** al hecho punible en mérito a la participación de un agente que no posee deberes de salvaguarda y fomento para con el bien objeto de tutela penal, ni se halla expresamente exigido por relaciones previas de vinculación, salvo los mandatos generales que se dirigen a la totalidad de la población (v. gr. no mates, no robos, etc.) como un mensaje general.

Por otro lado, encontramos a **los delitos de infracción de deber**, en los cuales la norma penal está circunscrita al ámbito del quebrantamiento de deberes especiales, que el agente mantiene en su relación con el bien jurídico¹⁴.

Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho.

Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, y las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad.

En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, y el deber que porta lo convierte en “figura central” del suceso de la acción.

Pero más allá de ello, Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador¹⁵.

1.4. Teoría de los delitos en virtud de competencias Jakobs viene presentado a la dogmática jurídico-penal una nueva clasificación de los delitos, empleando un lente –a nuestro modo de ver– normativo; en ese sentido, Jakobs realiza una distinción entre **delitos por responsabilidad en virtud de la organización** (responsabilidad basada en deberes generales)

y **delitos por responsabilidad en virtud de competencia institucional** (responsabilidad fundamentada en deberes especiales).

El fundamento de la responsabilidad en los primeros es la lesión de los límites generales de la libertad, respecto de la configuración exterior del mundo. Se señala así que los seres humanos viven en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera. En el caso de los segundos, el fundamento de la responsabilidad es la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial, que las personas tienen como funcionarios, médicos o padres.

Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal. Jakobs pone de relieve que la situación es distinta en las así llamadas **relaciones positivas**, pues estas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una institución del Estado.

Por ello existe una diferencia entre los deberes que competen a **todos** en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano, y los deberes especiales en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un **estatus especial**. La infracción de los deberes derivados de un estatus especial dará lugar a los delitos de infracción de deber¹⁶.

IV. Criterios jurisprudenciales respecto a la participación del interesado –*extraneus*– en los delitos especiales El término jurisprudencia está vinculado a toda decisión emanada de autoridad judicial o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho.

Messineo dice: “La jurisprudencia viene a ser el reflejo de la vida del Derecho, teniendo, sobre la actividad del jurista puro, la ventaja de interpretar la norma, en vista de la solución de una controversia y, por consiguiente, el inmediato contacto con la práctica del Derecho”¹⁷.

Nuestro sistema jurisprudencial a través de la Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias sobre la base de los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación.

En ese sentido, ha sumido mayoritariamente la teoría de la unidad del título de imputación, conforme se advierte en el R.N. N° 3203-2002-Lima del 14 de enero de 2003, R.N. N° 1813-2003-Lima del 14 de noviembre de 2003, Exp. N° 010-2001, Exp.

N° 019-2002, entre otras sentencias.

De la misma forma, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal¹⁸ del 11 de diciembre de 2004; y recientemente la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Expediente de extradición activa N° 11-2015 del 6 de febrero de 2015 (caso Belaunde Lossio) indica que se ha asumido en forma mayoritaria, aunque no unánime, la teoría de la unidad del título de imputación, por lo que tanto los autores (funcionarios públicos o *intranei*) como los partícipes (particulares o *extranei*) responden penalmente por el mismo delito.

Esto significa que para nuestra Corte Suprema, “la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo”.

Bajo este panorama, tenemos que en el delito de colusión ilegal, el *extraneus* siempre responderá como cómplice, según señala la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 823-

2006-Tacna del 29 de noviembre de 2006, la cual, además, establece que la conducta de los particulares o funcionarios concertados que no intervengan por razón de su cargo, será en calidad de cómplices.

V. Identificación de la problemática de la responsabilidad penal del interesado –*extraneus*– en el delito de colusión ilegal. Consideramos que la problemática planteada se presenta fundamentalmente en tres supuestos:

1. Concurrencia de reglas de la teoría del dominio y de la infracción del deber en el injusto penal de colusión ilegal.

¿Cuestión de necesidad para evitar impunidad?

Conforme se detalló líneas arriba, tanto la doctrina nacional¹⁹ como el sistema jurisprudencial peruano, viene responsabilizando a título de cómplice a los terceros interesados –*extranei*– que participan de manera concertada con el funcionario o servidor público –*intraneus*– con la finalidad de defraudar los intereses del Estado.

Esto responde a dos razones: **i)** los interesados no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, **ii)** los interesados no tienen el deber funcional de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la Administración Pública. Este criterio de imputación para el particular a título de complicidad responde –según nuestro punto de vista– a un criterio de necesidad para evitar la impunidad, mas no a un criterio técnico-jurídico, pues sin aquel, por la manera como se viene interpretando la fórmula legislativa, sería impracticable la tipicidad del delito.

Es decir, ante un supuesto fáctico donde se evidencie concertación entre un funcionario o servidor público –*intraneus*– y un interesado para defraudar patrimonialmente al Estado (ya sea como colusión ilegal simple o agravada), el sujeto *intraneus* responderá como autor y el interesado como cómplice.

A tal conclusión se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción del deber sustentada por Roxin en el sentido de que solo el *intraneus* infringe el deber especial y no el *extraneus*²⁰.

Esta solución resulta ser incongruente por cuanto en un mismo supuesto fáctico se estarían aplicando reglas de dos teorías diametralmente opuestas. Admitir una participación en un delito de infracción de un deber con base en competencias por organización –conforme señala García Caveró Percy– es tirar por la borda la razón de ser de la diferenciación entre delitos de dominio y de infracción de un deber²¹.

Consideramos que esta situación “frankenstiana”, generada por una mala práctica llamada “criterio de necesidad para evitar impunidad”, nos lleva a pagar un alto costo, pues se sacrifica la coherencia de las instituciones dogmáticas existentes, al extremo de pretender unir el agua y el aceite, cuando sabemos que los competentes de dichas sustancias son irreconciliables, ya que las reglas de la teoría del dominio son completamente expuestas a las reglas de la teoría de la infracción del deber.

2. Clasificación de los delitos. Colusión ilegal: ¿delito de encuentro o delito en virtud de competencia?

Dentro del esquema tradicional, los delitos se clasifican, según la pluralidad de intervinientes en el delito, en delitos monosubjetivos y delitos plurisubjetivos²². Los primeros se caracterizan por una redacción típica en singular de la conducta punible, de manera tal que el delito puede ser cometido por una o diversas personas.

En cambio, en los delitos plurisubjetivos o de intervención necesaria el tipo penal exige la intervención de una pluralidad de personas, siendo clasificados por la doctrina penal²³

en dos clases:

i) Delitos de convergencia: Son aquellos donde las actividades de los intervinientes descritos en el tipo penal se dirigen conjuntamente al mismo objetivo. Es decir, el tipo penal exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, pero estas contribuciones

tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección. Ejemplo de ello es el delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317 del CP), que sanciona al que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos.

ii) Los delitos de encuentro: Son aquellos donde las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las conductas acaban por encontrarse.

Es decir, si bien las acciones de los intervinientes se dirigen a una misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria²⁴.

En este rubro la doctrina nacional considera que se encuentra el delito de colusión ilegal²⁵.

Esta clasificación de los tipos penales nos lleva por necesidad a sostener una camuflada “extensión de punibilidad”, al pretender hacer concurrir en un injusto penal dos personas de distintas calificaciones.

Una solución más coherente a la problemática planteada radica en mirar al injusto penal, bajo los lineamientos de un sistema de imputación normativo por competencias.

Esto implica que el delito de colusión ilegal deberá ser considerado bajo los nuevos lineamientos de clasificación de los delitos, es decir, **delitos por responsabilidad en virtud de organización** (responsabilidad basada en deberes generales) y **delitos por responsabilidad en virtud de competencia institucional** (responsabilidad fundamentada en deberes especiales), clasificación delictual que no apunta a la naturaleza ontológica o formalista del sujeto imputable (sujeto especial *intraneus* o sujeto común *extraneus*), sino a la naturaleza de la conducta –injusto penal–, la que se encuentra organizada previamente en un plano normativo de competencias, donde el sentido de responsabilidad de organizar nuestra libertad en sociedad determina una conducta conforme a Derecho o una conducta defectuosa de expectativas sociales.

3. El bien jurídico tutelado en el delito de colusión ilegal Existen una serie de posturas respecto al objeto de protección en el delito de colusión ilegal, entre ellas tenemos:

a) La infracción de los deberes de lealtad Es decir el funcionario o servidor público infringe sus deberes de lealtad, encomendados en el ejercicio de la función estatal²⁶.

Este criterio resulta ser muy abstracto por cuanto en el caso en concreto el objeto de tutela no está orientado a deberes del sujeto activo, los cuales son obligaciones que sustentan la consumación delictual, tanto mediante un hacer como mediante un dejar de hacer, mas no así objeto de tutela. En ese mismo nivel se viene pronunciando nuestra Corte Suprema²⁷ en diferentes ejecutorias:

R.N. N° 79-2003 del 15 de febrero de 2005, R.N. N° 278-2005 del 10 de mayo de 2005, R.N. N° 3017-2004 del 17 de marzo de 2005.

b) La imparcialidad en la Administración Pública Implica que el funcionario en el desempeño de su actividad debe tutelar y fomentar los mecanismos de objetividad e imparcialidad. Consideramos, como viene sosteniendo cierto sector de la doctrina nacional²⁸, que este criterio no es correcto por cuanto el funcionario o servidor público –normativamente– está obligado a cautelar, defender y dirigir la prevalencia de un interés concreto: la defensa del patrimonio estatal e interés público.

c) La libre competencia de los proveedores Este criterio aparece en la medida en que el contrato estatal es obtenido por un interesado que se concierta ilegalmente con un funcionario o servidor público, y se le otorga la buena pro o se lo favorece con condiciones más ventajosas; sin embargo, este criterio a nuestro modo de ver es etéreo, toda vez que la

protección de las condiciones de participación igualitaria en el mercado no se tutelan mediante los delitos contra la Administración Pública, sino por medio de los delitos socioeconómicos.

d) Los principios de legalidad, eficiencia y economía que permiten un correcto funcionamiento de la Administración Pública Algunos autores²⁹ precisan que en el delito de colusión existe un interés público protegido que aparece con la corrección de la actuación de los agentes cualificados, a quienes se les impone los principios aludidos;

empero, consideramos que el Derecho Penal no busca proteger principios propios de la formación de seres humanos como sujetos responsables en sociedad, sino, por el contrario, busca tutelar algo más tangible como es el patrimonio estatal, justificando la lesión de dicho objeto una imputación jurídico-penal.

e) El patrimonio estatal dentro de un proceso contractual de naturaleza económica Sostiene que el objeto de tutela por parte del Derecho Penal en el delito de colusión es el patrimonio³⁰ del Estado. Consideramos –siguiendo a Castillo Alva³¹–

que esta tesis es la correcta, en la medida en que tanto el sujeto cualificado –*intra-neus*–

como el interesado –*extra-neus*–, con sus conductas concertadoras ponen en peligro o lesionan el objeto tangible de protección, esto es, el patrimonio del Estado, que es lo que justifica la existencia del delito de colusión.

Dicha lesión al patrimonio se despliega dentro de un marco contractual de naturaleza económica –criterio que diferencia a la colusión de las figuras de peculado, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, etc.–. Bajo este contexto podemos diferenciar con mayor claridad y coherencia lo que implica el objeto de tutela y la determinación de la conducta del agente delictual.

VI. Barreras respecto a la punición del interesado –*extra-neus*– en el delito de colusión ilegal La punición del extraño en un delito especial es un problema espinoso en la dogmática penal, existiendo básicamente dos obstáculos que conducen a forzar las técnicas de imputación mediante razonamientos incongruentes por razón de necesidad política criminal.

Dichos obstáculos son los siguientes:

1. La barrera del principio de legalidad³²

Según este principio, la ley es la única fuente de creación normativa de los delitos y del establecimiento de las sanciones penales (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), es decir, no hay delito ni pena sin la existencia previa de una ley.

En ese sentido, el extraño no puede ser autor ni participe de un hecho del cual no se encuentra obligado por ley, como resultaría ser evidente en los delitos especiales propios o de infracción del deber, donde no existe deber o cualidad especial que recaiga sobre aquel, y tampoco existe tipo penal común paralelo previsto por ley que señale su participación y subsecuente punición.

Por esta razón el extraño sería impune en mérito de la infranqueable barrera de la legalidad que es por cierto un límite constitucional al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Dicho principio se encuentra consagrado en los artículos II, III y VI del Título Preliminar del Código Penal, así como en el artículo 2, parágrafo 24, literales a) y b) de la Constitución Política.

2. La barrera del principio de personalidad de las penas o responsabilidad personal³³

Este principio establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuírsele **el suceso lesivo como hecho suyo**³⁴, de lo cual se desprende que la culpabilidad del autor se determina en relación con un

hecho (Derecho Penal de acto), de modo tal que no existe posibilidad de que se sustente una pena en las condiciones personales de la vida del autor.

Este principio que se encuentra previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. En ese sentido, el principio de responsabilidad penal presenta básicamente dos manifestaciones. La primera en el ámbito del injusto penal, donde se exige la presencia de una imputación subjetiva, es decir, que el hecho se haya cometido con dolo o culpa, proscribiéndose todo tipo de responsabilidad objetiva o por el mero resultado.

La segunda se da en la categoría de la culpabilidad, donde se exige que el agente imputable sea plenamente responsable, es decir, un sujeto capaz de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos tutelados por la ley penal o defraudar expectativas sociales institucionalizadas por el sistema penal.

Ante ello tenemos como problema, tanto en los delitos especiales impropios como propios y de infracción de deber, que la participación del *extraneus* sería respecto de un hecho ajeno en razón de que la característica fundamental de estos delitos radica en la reducción de la autoría en mérito al deber especial o cualidad especial que recae en el sujeto cualificado, razón por la cual el extraño estaría siendo responsable de un hecho que no le corresponde por no tener la condición especial demandada por el tipo penal, es decir, **la intervención del extraneus no sería accesoria a la intervención del autor sino al hecho típico**, y ello, según un criterio estricto del principio de responsabilidad, nos llevaría a una impunidad del *extraneus* en razón de que el injusto penal resulta ser especial (propio del agente cualifi-

cado) y ajeno a la calidad común del extraño.

Así debe entenderse el artículo 26 del Código Penal³⁵, en la medida en que las condiciones personales de los autores no se pueden comunicar a los partícipes del mismo injusto penal; entender lo contrario es pretender validar una dudosa extensión de la punibilidad que recuerda a la doctrina del *versari in re illicita*³⁶.

VII. Modelo de imputación jurídicopenal en los delitos especiales desde una óptica normativa
Como se ha señalado, las teorías de unidad y ruptura del título de imputación, así como la teoría de infracción del deber, presentan serias dificultades. En esta última incluso se pretende hacer concurrir en un mismo injusto penal dos teorías que son opuestas (teoría de dominio y de infracción de deber)

en razón de la concurrencia de sujetos de distinta naturaleza, resultando desconcertante pretender sancionar al interesado *extraneus* como cómplice, pues ello lesiona una serie de principios y categorías jurídicas.

En ese sentido consideramos que la solución a la problemática planteada está en la forma de imputación jurídico-penal bajo un esquema normativo de persona³⁷. Tenemos conocimiento de que en el mundo real se producen hechos de diferente índole. Tenemos hechos naturales (lluvia, tormenta, terremotos, la caída de un fruto de un árbol, etc.), los cuales se encuentran influidos por las reglas de la misma naturaleza (ley de la gravedad, relatividad, leyes del tiempo y espacio, etc.).

Asimismo, existen dentro de este mismo mundo real, hechos sociales, los cuales son concomitantes a una sociedad, algunos de los cuales tienen eco en un ordenamiento jurídico, el cual es conocido como **Derecho**, entendiéndose a este último como **un sistema de normas**, ordenado, unitario y coherente, en el cual se comunican mensajes de contenido eminentemente normativo; es en este campo donde aparece el injusto penal.

El injusto penal –que contiene las categorías de la tipicidad y la antijuricidad– tiene una estructura eminentemente normativa, toda vez que el Derecho Penal en cuanto parte del ordenamiento jurídico positivo establece **prohibiciones** (normas prohibitivas, v. gr. no matar, no robar, etc.) y **mandatos** (normas preceptivas, v. gr. alimentar al hijo menor, socorrer al

desvalido, etc.), y estas prohibiciones y mandatos son elementos comunicadores de la norma – en este caso, norma con contenido penal–.

Siendo esto así, en un sistema social donde la **comunicación** cumple un papel indispensable en el proceso de interacción, dicha comunicación para el Derecho Penal necesita de **palabras** que comuniquen determinados mensajes, presentando estas un aspecto formal (significante) y un aspecto material (significado), los cuales se encuentran vinculados al injusto penal.

Así, tenemos que en la categoría de la tipicidad aparece dentro de su aspecto objetivo, la presencia de elementos descriptivos y normativos que canalizan un mensaje.

También en la antijuricidad –ya sea en su nivel formal o material– encontramos dichos presupuestos normativos, por ejemplo, en la reglamentación de la norma prohibitiva de no contravenir el orden jurídico; en ese sentido, podemos concluir que el injusto penal es normativo³⁸.

Según este panorama, el hecho punible en los delitos especiales se realiza dentro de un esquema normativo, razón por la cual los conceptos coherentes que no rompen el hilo lógico-conductual de la imputación jurídicopenal, responden al concepto de **persona** como centro de dicha imputación, ente personal que se encuentra dotado de deberes y obligaciones en la sociedad.

Aunado a ello, consideramos que la clasificación coherente con este sistema respondería a la concepción de delitos de **competencia en virtud de organización** (la imputación jurídicopenal encuentra su sustento en la infracción del deber negativo o común) y de **competencia institucionalizada**³⁹ (la imputación jurídicopenal encuentra su sustento en la infracción del deber positivo o de salvamento o protección). En ese sentido, el nuevo sistema de imputación jurídicopenal debe responder al siguiente orden: (ver cuadro)

En este contexto, al encontrarnos ante un hecho con contenido penal (entiéndase este como la defraudación de expectativas sociales institucionalizadas por el ordenamiento jurídicopenal, o lo que se conoce como la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley penal), tenemos que considerar, **primero**, que estamos en un plano normativo; **segundo**, que el centro de imputación jurídicopenal es una persona portadora de deberes y derechos en sociedad;

y **tercero**, ante qué clase de delitos nos encontramos: un delito de defraudación de competencia organizacional por defecto de administración de la capacidad de libertad en sociedad –para lo cual tendremos que precisar si se ha infringido el deber negativo de no dañar, el cual resulta ser un rol común para cual cualquier persona imputable penalmente–, o un delito de defraudación de competencia institucional –razón por la cual se deberá determinar la lesión del deber positivo o deber cualificado, consistente en la obligación no solo de no dañar, sino de protección o aseguramiento al cual se encuentra comprometida la citada persona–.

IMAGEN

En ese orden de ideas se deberá prescindir de la clasificación de delitos especiales propios o impropios, la cual carece de una justificación material que valide su naturaleza en un sistema normativo, tratándose más bien de una técnica literal inoficiosa⁴⁰.

VIII. Toma de postura respecto a la punición del interesado –*extraneus*– en el delito de colusión ilegal De lo expuesto podemos afirmar que para arribar a una correcta imputación penal del interesado *extraneus* en el delito de colusión ilegal, el criterio más acertado es recurrir al concepto de persona, entendida como un ente portador de deberes expresados en un rol social especial, debiéndose fundamentar el criterio de imputación jurídicopenal no en la infracción del deber especial del sujeto cualificado (como refiere Roxin) ni muchos menos en la concepción

del dominio del hecho (como refieren las teorías de la unidad y de la ruptura de la imputación), sino en los grados de competencia propios de un rol especial, que contiene tanto deberes negativos (no dañar) como deberes positivos (deber de protección o salvamiento), los cuales pertenecen a una persona en sociedad.

En ese sentido, tanto el funcionario o servidor público *–intraneus–* como el interesado *–extraneus–* responderán a título de autor directo respecto al delito de colusión ilegal (simple o agravada), en razón de que cada sujeto defrauda su competencia dentro de su propio injusto penal.

Además, se deberá considerar de manera copulativa, acorde al sistema de atribución normativa, un concepto de bien jurídico tangible y coherente con la finalidad de protección del legislador, siendo en el caso en concreto “el patrimonio estatal dentro de un proceso contractual de naturaleza económica”; de manera tal que el delito de colusión resulta ser un delito de encuentro, en el cual convergen diferentes sujetos que tienen una misma finalidad *–defraudar el patrimonio estatal dentro de un proceso contractual–*;

empero, dichas conductas mantienen su propia independencia, en razón de que cada sujeto procesal consume su propio injusto dentro de un solo supuesto fáctico.

IMAGEN

Finalmente, podemos concluir que tanto el *intraneus* *–funcionario o servidor público–*

como el *extraneus* *–interesado–* **son autores directos** del delito de colusión ilegal en la medida que, según la nueva clasificación de delitos, la colusión ilegal no se entiende ni como delito de dominio especial propio ni como delito de infracción de deber especial, sino como un delito de encuentro, en el cual convergen competencias que contienen roles comunes y especiales según el sujeto activo;

argumento que es posible aceptar según la redacción del actual artículo 384 del Código Penal, donde se advierte la presencia de dos sujetos distintos que tienen una misma modalidad delictual, direccionada por el verbo “concertar”, y lesionan un mismo bien jurídico (en la medida que se entienda que el único bien jurídico lesionado en este delito es el patrimonio estatal dentro de un proceso de contratación económica). Así, tenemos:

- **Colusión simple:** “El funcionario o servidor público que (...)41 **concierta** con los **interesados** para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)”.

- **Colusión agravada:** “El funcionario o servidor público que (...) mediante **concertación** con los **interesados**, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley (...)”.

IX. Conclusiones **1.** El delito de colusión ilegal resulta ser un delito de encuentro, el cual deberá ser considerado bajo una nueva clasificación de los delitos en virtud de competencias, es decir, tanto el *intraneus* (funcionario o servidor público) como el *extraneus* (interesado) participan en un solo supuesto fáctico orientado a defraudar el patrimonio del Estado, pero con injustos independientes según la naturaleza de los sujetos (*intraneus* y *extraneus*), encontrando de esta manera justificación la imputación del hecho en la lesión del rol general (*extraneus*) y del rol especial (*intraneus*) correspondiente.

2. Para entender el sistema de atribución normativa en el delito de colusión ilegal, se deberá recurrir al concepto de persona, la cual deberá ser considerada el único centro de imputación jurídica del Derecho Penal, siendo ello compatible con la visión de los conceptos normativos del Derecho como subsistema del sistema general llamado sociedad, en ese sentido, se entiende como el ente portador de deberes y derechos dentro de una sociedad basada en grados de competencia comunicativa, conocidos comúnmente como roles especiales (para sujetos cualificados en razón del requisito legal de su cargo o función, los cuales tienen un

deber positivo de proteger los bienes jurídicos que se encuentran bajo su custodia) y generales (para ciudadanos comunes, sin cualificación social, los cuales tienen un deber negativo de no dañar).

3. El *intraneus* (funcionario o servidor público) y el *extraneus* (interesado) responderán como autores directos del delito de colusión ilegal (simple o agravada, según sea el caso), encontrando la imputación jurídico-penal su fundamento en la infracción de las competencias sociales o los llamados roles de cada persona, sea *intraneus* (rol especial) o *extraneus* (rol general).

4. El bien jurídico tutelado en el delito de colusión ilegal es el patrimonio estatal dentro de un proceso contractual de naturaleza económica, concepto coherente con una realidad tangible y con los lineamientos normativos del Derecho Penal.

* Fiscal Adjunto Provincial Penal del Distrito Fiscal de Lambayeque.

1 “(...) la colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa (...) [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta Administración Pública (...) es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación”.

2 Establece que la imputación de los particulares o funcionarios concertados que no intervengan por razón de su cargo será en calidad de cómplices.

3 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 427 y ss.

4 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 399.

5 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2004, p. 480.

6 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., p. 399.

7 *Ibidem*, p. 400.

8 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel citado por REAÑO PESCHIERA, José et ál. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento lícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Juristas Editores, Lima, 2002, p. 272.

9 *Ídem*.

10 Cfr., BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Eddili, Lima, 2002, p. 417 y ss.

11 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª reimpresión, Grijley, Lima, 2010, p. 504 y ss.

12 Roxin advierte que en la práctica judicial existía la problemática de que en determinados ilícitos no bastaba ser amo y señor del hecho criminal para ser considerado autor, sino que

incluso no era necesario tener el dominio del hecho para fundamentar determinado rango de delitos. Cita para graficar su teoría: “Si alguien obliga a un funcionario a realizar torturas (...) tiene el dominio del hecho, sin embargo, no es autor de las torturas”; véase ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 386.

13 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008, p. 577 y ss.

14 En los delitos de infracción de deber, para identificar el deber que le compete al agente especial, se deberán tener en cuenta los siguientes presupuestos: **a)** Agente especial vinculado según una relación paterno-filial o conyugal, por ejemplo, el delito de parricidio, infanticidio, bigamia, etc.; **b)** Agente especial vinculado a relaciones jurídicas y/o de confianza, por ejemplo, los delitos de omisión a la asistencia familiar o de fraude en la administración de las personas jurídicas; **c)** Agente especial vinculado por deberes de función y servicio público, por ejemplo, los delitos de abuso de autoridad, peculado, prevaricato, etc. Véase ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 75 y ss.

15 CARO JHON, José Antonio. “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”. Disponible en:

<https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf>.

16 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 27-153 y 275.

17 MESSINEO, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1979, p. 120.

18 Se acordó: “**Primero.-** Por unanimidad: Los criterios mínimos que debe considerar el juzgador para delimitar los ámbitos de imputación de autores y partícipes, en los delitos especiales propios e impropios, son los siguientes:

a) Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de estos en la realización del delito especial de que se trate; **b)** Considerar que siempre la participación, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial) es siempre accesoria de la autoría; **c)** Tener en cuenta, sin embargo, que dicha accesoriedad no es rígida o ilimitada, sino que está circunscrita al ámbito de la descripción típica del delito especial; **d)** Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado, sin que ello signifique que los aportes a la realización de la conducta delictiva de los *extranei* no sean desvalorados a efectos punitivos, en la medida que coadyuvaron a la lesión del bien jurídico protegido, por parte del sujeto cualificado. **Segundo.-** Por unanimidad: En los delitos especiales propios e impropios solo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerando su capacidad de control del bien jurídico protegido. En consecuencia, no es admisible la coautoría entre un *intraneus* y un *extraneus*, dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde. **Tercero.-** Por unanimidad: Es admisible que el sujeto cualificado (*intraneus*) pueda ser considerado autor mediato de un delito especial, en el que se utilice como intermediario a un particular, en la medida que el *intraneus* o sujeto calificado tiene el dominio social respecto de la disponibilidad del bien jurídico tutelado”.

19 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2014, p. 279.

20 *Ibidem*, p. 280 y ss.

21 GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Grijley. Lima, 2008, p. 53.

22 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, 2012, p. 392 y ss.

23 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Comares, Granada, 2002.

24 Es muy importante diferenciar los delitos de encuentro en que el tipo penal está configurado para proteger a la tercera persona que concurre con el autor en el hecho prohibido (por ejemplo, en el delito de violación sexual de menor), de aquellos delitos de encuentro en que el tipo penal no está configurado para proteger a la tercera persona concurrente (por ejemplo, el delito de colusión). En el primer caso, es muy claro que el tercero es una víctima del delito y no responde por delito alguno, mientras que en el segundo caso, como se menciona más adelante, no hay ningún problema para que responda como cómplice o que se investigue según las reglas de la parte general.

25 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 281 y ss.

26 R.N. N° 79-2003, del 15 de febrero de 2005; R.N. N° 278-2005, del 10 de mayo de 2005; R.N. N° 3017-2004, del 17 de mayo de 2005.

27 Es el deber del funcionario de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión perjudica al patrimonio estatal.

28 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., pp. 411 y 416.

29 Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. "Fraudes y exacciones ilegales". En: *Delitos contra la Administración Pública*. Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1997, p. 206; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *Delitos contra la función pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 401.

30 El patrimonio del Estado está conformado por un conjunto de derechos, obligaciones y bienes de naturaleza económica que pueden ser dispuestos por él, comprendiendo activos y pasivos. Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. Ob. cit., p. 401.

31 GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Jose Luis. Ob. cit., p. 75 y ss.

32 Un sector considerable de la doctrina considera que los delitos especiales se caracterizan porque en ellos el círculo posible de autores se encuentra limitado a aquellos sujetos en los que recae un determinado deber jurídico especial, de este modo solo el *intrañeus* podrá ser autor de un delito especial de deber, porque solo él podrá infringir el deber jurídico especial; en ese sentido, la participación de extraños resulta ser impune, véase ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 220.

33 Véase ROBLES PLANAS, Ricardo. Ob. cit., p. 131.

34 GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, p. 128 y ss.

35 Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifi-

can las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

36 La *versanti in re illicita* implica que a quien se mueve en el campo de lo prohibido le son imputadas todas las consecuencias negativas que esto trae consigo, independientemente de su culpa.

37 La persona, contemplada desde un punto de vista normativo, es la unidad ideal de derechos y deberes. Los deberes a su vez pueden distinguirse en positivos y negativos. Los deberes positivos serían deberes especiales que solo atañen a grupos específicos de personas, y los deberes negativos serían deberes más generales que incumben a todos. El mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros; la destrucción de cuerpos o cosas solo es delito en tanto vulneración de una relación jurídica. De lo contrario sería un mero suceso natural. Las personas pueden conformar (organizar) el mundo, pero con todo viven en un mundo ya conformado (en un mundo con instituciones) en el que existen expectativas normativas estables. Existe en general y es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: los círculos de organización deben permanecer separados. La decepción de la expectativa conduce a delitos que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de responsabilidad por organización, sujeta a una contraprestación (*synallagma*): la persona tiene que cuidar de que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos. Si no cumple este deber, no puede reclamar libertad alguna. Los deberes negativos son pues los resultantes del nexo libertad de organización/

responsabilidad por las consecuencias de la organización defectuosa, se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un rol común. Sin este sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello cada persona es garante de la inocuidad de su conducta.

La institución negativa fundamental es la institución de la libertad de organización interna que le compete a toda persona responsable. Junto al ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común – al menos parcialmente– con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un **contenido positivo**, es decir, que las **instituciones** están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un estatus especial:

un médico, un juez, un funcionario, etc. La decepción de la expectativa, la infracción de esos deberes positivos, da lugar a los denominados delitos de infracción de deber. En los delitos de infracción de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de la libertad ajena, al menos no lo es per se, sino la falta de cuidado por una institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar la situación. En ese orden de ideas, se entiende por rol o estatus general y especial de ciudadano. En el primero, al ciudadano se le reconoce una libertad de organización, delimitado esencialmente por el deber negativo “no lesiones”

o “no dañes” –*neminem laede*–, que constituye la base normativa más general de las relaciones entre personas en la sociedad. Para el Derecho Penal la libertad de actuar se desenvuelve, en este punto, en un sinalagma de libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias, es decir, según cómo se administre la libertad así se responderá por las consecuencias de esa administración. Por otro lado, se encuentran los roles especiales del ciudadano que, a diferencia del rol general basado en una relación negativa, se fundamentan más bien en instituciones positivas dando lugar a relaciones institucionales entre las personas vinculadas por la institución, con la característica de que el deber positivo impone al obligado especial la obligación de fomentar y mantener seguros los derechos encomendados a su

protección frente a los peligros de lesión. El ejemplo más palpable se encuentra en el deber positivo de los padres frente a sus hijos con base en la institución positiva denominada relación paterno-filial. También la institución de la Administración Pública, en virtud de la cual, por ejemplo, el policía (u otros funcionarios públicos como jueces, fiscales, etc.) tiene el deber institucional de actuar positivamente en favor de los administrados. De esta manera, la distinción general de los ámbitos de competencia con base en roles aporta la explicación más esclarecedora de la imputación jurídico-penal del hecho. En consecuencia, el quebrantamiento del rol general antes descrito da lugar a la imputación de un delito de dominio, mientras que la lesión del rol especial (institucional) genera la imputación de un delito de infracción de deber.

38 Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel. *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*.

Grijley, Lima, 2004, p. 388 y ss.

39 Ante ello nos preguntamos: ¿qué es una institución positiva? Jakobs responde la pregunta precisando que institución, en el sentido de las ciencias sociales, es “la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a esta” (véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Ob. cit., pp. 93-95). Las instituciones, según esta definición, son estructuras relacionales, constitutivas y características de una determinada sociedad, no disponibles en su propia configuración para las personas. Tomamos como punto de partida tal concepto, es decir, la relación paternofilial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como los deberes genuinamente estatales, etc.

40 Véase GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos cometidos por autoridad o funcionario público como delitos especiales de posición institucional”. En: *Delitos contra la administración de justicia*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador), Idemsa, p. 49 y ss.

41 Se prescinde considerar los elementos descriptivos y normativos del tipo penal en razón de que, por la naturaleza del trabajo, se analiza el título de imputación que le corresponde a los intervinientes en el delito de colusión ilegal, mas no se analiza su consumación.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

LAVADO DE ACTIVOS: DELITOS FUENTES QUE FUERON DESPENALIZADOS PIERDEN APTITUD PARA SER OBJETO MATERIAL DEL DELITO

[-]

CONSULTA:

Se nos consulta sobre qué es lo que sucede cuando, luego de iniciado el proceso penal por el delito de lavado de activos, el delito previo es despenalizado por una modificación legislativa posterior.

Respuesta:

En los casos de descriminalización o despenalización del delito previo, es decir, cuando el delito del cual provienen los activos deja de ser tal, ya no podrá configurarse el delito de lavado de activos y, por ende, si el proceso penal por este último delito ya ha sido iniciado, no podrá proseguir su curso.

Esto sucede porque ya no habrá posibilidad de vincular el activo a delito previo alguno;

pues el hecho punible al cual se le podía vincular ya dejó de tener ese carácter, es decir, ya no existe más como tal.

Debe tenerse en cuenta que si bien el hecho en determinado momento tuvo un reproche penal, generando una respuesta punitiva, con el paso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas, ese reproche se ha desvanecido, lo que ha generado la despenalización del tipo penal. Y claro, la condición delictiva que viciaba el origen de los activos jurídicamente ya no existe y, por tanto, ya no hay origen delictivo que ocultar; a la vez que la necesidad del decomiso o la incautación sustentada en el origen delictivo de los bienes, dinero, efectos o ganancias también ha desaparecido.

En tal sentido, por la despenalización o descriminalización de la actividad criminal o delito previo, los bienes o activos que provienen de este pierden aptitud o idoneidad para constituir objeto material del delito de lavado.

Ahora bien, es únicamente la despenalización del hecho criminal previo la que tiene aptitud suficiente para descontaminar o desvincular los activos de su origen delictivo.

Ello no sucede con otras instituciones como la prescripción, puesto que esta última no niega la existencia de un hecho típico y antijurídico previo, sino que, en virtud de ella, el Estado ya no puede perseguir al presunto interviniente en el hecho delictivo (delito previo) si se trata de la prescripción de la acción penal, o ya no puede sancionar al que ya hubiese sido procesado y encontrado culpable de ese delito previo.

Pero en ninguno de los casos la prescripción implica negar la existencia de la configuración del delito previo. Es más, en el caso de la prescripción de la pena el delito previo ya se ha llegado a comprobar y lo único que no se puede es aplicar la sanción a quien se encontró responsable de ese ilícito penal. Y como en este supuesto el delito previo se encuentra acreditado, entonces el proceso por lavado de activos prosigue sin argumento alguno que pueda obstaculizarlo.

Entonces, aun cuando la persecución penal por el delito previo haya prescrito, ello no impide la persecución penal por el delito de lavado de activos, pues ambas conductas son autónomas entre sí y afectan bienes jurídicos distintos, resultando así legítima la subsistencia de la investigación y procesamiento por el delito de blanqueo de capitales.

Pero en la medida que, en cierta forma, también resulta imprescindible probar la existencia del delito previo para sancionar a un sujeto determinado por lavado de activos, en cuanto es esa la única manera de verificar la procedencia ilícita de las ganancias que se pretende lavar, entonces ¿cómo lograr ello si la acción penal contra el delito previo ya ha prescrito, es decir si ya el Estado se halla impedido de perseguir a los intervinientes del delito fuente?

Creemos que aquí se debe tener en cuenta que la probanza del delito fuente se puede realizar en el mismo proceso por lavado de activos.

Si bien por la prescripción no cabe investigar a los intervinientes del delito previo y, por tanto, no se les puede abrir proceso penal por tales conductas ilícitas, ello no obsta a que en otro proceso autónomo se investigue la existencia del delito —no necesariamente a sus intervinientes (autores o partícipes)—, pues recordemos que la prescripción de la acción penal solo implica la imposibilidad de evaluar la responsabilidad penal, pero no impide un

pronunciamiento sobre la existencia del delito. Tanto es así que se suele afirmar que “la prescripción no extingue el delito, sino su persecución”.

De esta manera, consideramos viable que en el proceso por lavado de activos se pueda probar la existencia del delito fuente, precisándose que con ello no se busca perseguir a los intervinientes de dicho ilícito (lo cual está prohibido por haber operado la prescripción), sino coadyuvar a la probanza de un delito independiente, como es el lavado de activos, como forma de evitar la impunidad de los agentes que cometieron esta última conducta delictiva.

BASE LEGAL

Código Penal: arts. 80 y 83.

Decreto Legislativo N° 1106: arts. 7 y 10.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

DELITO DE NOMBRAMIENTO ILEGAL NO ES UN DELITO PERMANENTE NI PERMITE DUPLICAR EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

[-]

SUMILLA

La prescripción debe tomar en cuenta que el tipo de nombramiento ilegal es un delito de resultado y de naturaleza instantánea, pues solo requiere para su consumación la oficialización del nombramiento con las formalidades del caso; no siendo relevante la fecha de terminación del nombramiento ilegal, pues no se trata de un delito permanente.

Tampoco es un delito que afecte el patrimonio del Estado, pues el agente público no tiene una relación funcional con un ámbito de gestión o recaudo de caudales públicos, por lo que no es posible la dúplica del plazo de prescripción.

SUMILLA

En el caso de los encausados con calidad de congresistas, el cómputo de la prescripción se inicia en la fecha de publicación de la Resolución Legislativa que declara haber lugar a la formación de causa y se suspende en la fecha de emisión de la sentencia de vista. En el caso en que el Congresista haya logrado a través de un hábeas corpus que el TC anule su condena, el cómputo de la prescripción se reinicia a partir de la fecha de comunicación a la Sala Penal de la referida sentencia del TC hasta la fecha en que el aludido órgano jurisdiccional ordinario absuelve el grado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA Procesado : Elsa Victoria Canchaya Sánchez

Delito : Nombramiento y aceptación indebida de cargo público **Agraviado** : El Estado **Fecha**
: 17 de marzo de 2015

REFERENCIAS LEGALES:

- Código Penal: arts. 80, 83, 84 y 381.
- Código de Procedimientos Penales: arts. 292 y 297.

SALA PENAL TRANSITORIA R.N. N° 2304-2014-LIMA Lima, diecisiete de marzo de dos mil quince **VISTOS**: el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Adjunto del Poder Legislativo contra la sentencia de vista emitida por la Sala Penal Especial de fojas seis mil seiscientos diecisiete, del veintidós de mayo de dos mil catorce, que revocando la sentencia de primera instancia de fojas cinco mil trescientos sesenta y nueve, del siete de octubre de dos mil nueve, que condenó a Elsa Victoria Canchaya Sánchez por delito de nombramiento y aceptación indebida de cargo público en agravio del Estado (artículo 381 del Código Penal) a ciento veinte días multa e inhabilitación por tres años y al pago de treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, declaró lindada la excepción de prescripción deducida por dicha encausada mediante escrito de fojas cinco mil setecientos sesenta y nueve del ocho de marzo de dos mil diez, presentado en sede de apelación.

OÍDO el informe oral.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS Primero.- Que, antes de analizar la viabilidad del recurso y, en su caso, los agravios de la Procuraduría Pública, es menester precisar el itinerario de la presente causa:

A. Según los cargos objeto de acusación fiscal de fojas tres mil novecientos ochenta y seis, el delito se habría perpetrado el día tres de enero de dos mil siete, fecha en que la encausada Canchaya Sánchez, como Congresista de la República, remitió al Director de Recursos Humanos del Congreso de la República, el memorando número cero cincuenta guión dos mil siete guión EVCS diagonal CR, por el cual comunicó el ingreso como Asesora II de su despacho congresal de la señora Jacqueline Mary Simón Vicente, en reemplazo de otro funcionario, pese a que aquella no contaba con los requisitos exigidos por las disposiciones normativas contenidas en tres Acuerdos de Mesa Directiva del Congreso: dos del año mil novecientos noventa y nueve y el último del año dos mil tres.

B. El veinticuatro de abril de dos mil siete el Procurador Público, ante noticias periodísticas, interpuso denuncia constitucional contra la referida encausada, con lo que se inició el procedimiento de acusación constitucional. Este culminó con la expedición de la Resolución Legislativa número cero cero cuatro guión dos mil seis, publicada el ocho de junio de dos mil siete, que dio lugar a la formación de causa penal contra la referida encausada por los delitos de estafa, de falsedad genérica y de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público.

C. La denuncia formalizada del Fiscal de la Nación se formuló a fojas mil doscientos treinta y ocho, del día quince de junio de dos mil siete: y, se abrió instrucción por el señor Juez Instructor Especial de la Corte Suprema el día veintiuno de junio de dos mil siete, por auto corriente a fojas mil doscientos cuarenta y seis.

D. Seguido el trámite sumario de la causa, previa acusación fiscal, con fecha siete de octubre de dos mil nueve se emitió sentencia condenatoria por delito de nombramiento y aceptación ilegal de cargo público [fojas cinco mil trescientos sesenta y nueve].

E. Impugnada la indicada sentencia, en sede de apelación, la referida encausada dedujo excepción de prescripción de la acción penal el ocho de marzo de dos mil diez [escrito de fojas cinco mil setecientos sesenta y nueve].

F. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema por sentencia de fojas cinco mil ochocientos cuarenta y ocho, del cuatro de mayo de dos mil diez, confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia y declaró infundada la excepción de prescripción.

G. Denegado el recurso de nulidad e interpuesto el recurso de queja excepcional con fecha veintiuno de mayo de dos mil diez [fojas cinco mil ochocientos noventa y cuatro], la Sala Penal de esta Corte Suprema declaró infundado dicha queja por Ejecutoria de fojas seis mil doscientos setenta y ocho, del doce de setiembre de dos mil once.

H. La encausada Canchaya Sánchez inició un proceso constitucional de Hábeas Corpus el día catorce de marzo de dos mil doce, el cual finalmente fue decidido por el Tribunal Constitucional por sentencia número tres mil ciento dieciséis guión dos mil doce guión PHC diagonal TC, del cuatro de setiembre de dos mil trece, de fojas seis mil cuatrocientos ochenta y cinco, que declarando fundada dicha demanda –por falta de motivación– anuló la sentencia de vista de la Sala Penal Especial en cuanto declaró infundada la excepción de prescripción, a fin de que se dicte otra decisión. Esta sentencia constitucional fue notificada a la Sala Penal Especial el diecinueve de marzo de dos mil catorce [fojas seis mil quinientos veinte].

I. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema por decisión del veintidós de mayo de dos mil catorce, de fojas seis mil seiscientos diecisiete, revocó la sentencia de primera instancia y, reformándola, declaró fundada la excepción de prescripción;

decisión que es materia del presente recurso de nulidad por parte del Procurador Público.

Segundo.- Que, con carácter previo al análisis de mérito, en tanto se trata del cumplimiento de los presupuestos procesales del recurso de nulidad, es menester revisar si se cumplen en el presente caso.

El artículo 292 del Código de Procedimientos Penales establece los presupuestos que determinan la admisión del recurso de nulidad.

El literal c) de dicha norma estipula que cabe recurso de nulidad contra “los autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia”. Empero, esa norma se ha de concordar con lo dispuesto en el artículo 9, primer párrafo, del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro estipula que: “El recurso de nulidad es improcedente en los casos sujetos al procedimiento sumario regulado en el presente Decreto Legislativo”.

La última norma citada es concluyente, pues cierra toda posibilidad de impugnación en nulidad de los procesos sumarios, como lo es el presente caso en que se siguió por delito de nombramiento ilegal, y en el cual medió una sentencia de primera instancia y una decisión del Tribunal Superior.

Tercero.- Que el recurso de nulidad, como es evidente, está radicado para el proceso ordinario y otros procesos especiales. Si bien el literal e), a diferencia de los literales anteriores, no precisa la expresión: ‘procesos ordinarios’, ello no significa que incidencias generadas en segunda instancia en un proceso sumario pueden, por esa vía, llegar a la Corte Suprema, pues se desnaturalizaría la terminante prohibición de la Ley específica para estos procesos.

Lo esencial, respecto del derecho al recurso, es que una causa pueda ser examinada por dos órganos jurisdiccionales de diferente jerarquía en el sistema orgánico de estructuración del Poder Judicial. En el presente caso ese doble examen se cumplió, más allá que, por expresa autorización legal, se planteó una excepción directamente ante el órgano judicial de apelación. Resolver ese planteamiento incidental no importa una primera decisión de dicho órgano, pues asumió el conjunto de la causa bajo su conocimiento.

Dadas las reglas específicas del proceso sumario, una excepción al terminante dispositivo de negación del recurso de nulidad, con arreglo al principio de legalidad procesal penal, debió

estipularse específicamente en esa normativa. Por lo demás, la norma que prevé el recurso de queja excepcional:

artículo 297 del Código de Procedimientos Penales prevé la viabilidad del recurso antes mencionado respecto de sentencias y autos equivalentes: que extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia.

Ello supone que el recurso de nulidad, desde la perspectiva del artículo 292 del Código de Procedimientos Penales, no puede ser admitido.

Siendo así, el concesorio del recurso de nulidad es nulo –nulidad insubsanable– e inadmisibles el referido recurso.

Cuarto.- Que, no obstante que no cabe un pronunciamiento de mérito destinado a absolver los puntos impugnativos de la Procuraduría Pública del Poder Legislativo, dada la especial trascendencia del caso y por los argumentos consignados por la Sala Penal Especial, el Tribunal Constitucional y el Procurador Público, es del caso fijar algunos criterios jurisprudenciales sobre el particular.

El desarrollo dogmático que a continuación se hará solo tiene una dimensión general y, desde luego, no afecta la decisión ya asumida.

Quinto.- Que, a la luz del recurso formalizado de fojas seis mil seiscientos treinta y cinco del Procurador Público, se tiene que se alegó que el delito de nombramiento ilegal es de carácter permanente –pues indicó que el inicio del plazo de la prescripción debe computarse desde que el nombramiento cuestionado cesó y se nombró a otra persona–, y además que en el presente caso, como la encausada era Congresista cuando cometió el hecho delictivo atribuido y este se vinculaba con su función, debió duplicarse el plazo de prescripción.

Sexto.- Que, ahora bien, el tipo legal de nombramiento ilegal es un delito de resultado y de naturaleza instantánea, pues solo requiere para su consumación la oficialización del nombramiento con las formalidades del caso. Condición determinante para un nombramiento, según las disposiciones parlamentarias, era la propuesta de un Congresista a la Administración del Congreso, cuyo órgano competente, sobre esa base, emitió la resolución correspondiente. Ello ocurrió el tres de enero de dos mil siete, tal como ya se anotó y lo acepta el propio Procurador Público.

Siendo, pues, un delito instantáneo y de resultado [Conforme: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijey, Lima, 2007, página 332], el *dies a quo*, como regla general y en principio, sería el tres de enero de dos mil siete. No es relevante, a estos efectos de la consumación, la fecha de terminación del nombramiento ilegal, pues no se trata de un delito permanente. El tipo legal destaca el hecho del nombramiento como verbo rector, que a su vez consolida el daño al bien jurídico tutelado por la ley.

Sétimo.- Que, de otro lado, la afectación al patrimonio del Estado está en función al tipo legal vulnerado. Se requiere que se tutele el patrimonio público para poder estimar que el funcionario público, por actos de su función, está sometido a un término de prescripción distinto al común: el doble del plazo respectivo (artículo 80 *in fine* del Código Penal).

Así consta del Acuerdo Plenario número uno guión dos mil diez diagonal CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez.

El tipo legal de nombramiento ilegal no es un delito que afecte el patrimonio del Estado.

Este ilícito penal busca proteger la expectativa normativa referida a la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo, de forma específica, el correcto funcionamiento de la Administración en cuanto a las pautas para el nombramiento y aceptación

de cargos públicos. El agente público, en este delito, no tiene una relación funcional con un ámbito de gestión o recaudo de caudales de la Administración.

Solo se castiga a quien, extralimitándose en sus funciones, abusa de su poder para incorporar ilegalmente personal a las reparticiones públicas.

En consecuencia, el bien jurídico tutelado en dicho delito es la preservación de la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo la Administración Pública de irregularidad en el ingreso a la función pública [SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2009, página 211].

Cabe destacar que, como delito de resultado, se requiere además de la propia ilegalidad del nombramiento, que esta se refiera a contradicciones patentes del ordenamiento jurídico en relación con la importancia funcional del cargo y en violación del principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública [ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*.

Palestra Editores, Lima, 2003, página 270].

Por consiguiente, no es posible la dúplica del término de prescripción de la acción penal.

Octavo.- Que, de otro lado, y orden a los problemas jurídicos que tiene la causa, es del caso considerar jurídicamente, primero, la aplicación del artículo 84 del Código Penal, referido a la suspensión de la prescripción de la acción penal (procedimiento parlamentario de acusación constitucional); y, segundo, si debe contarse el tiempo transcurrido luego de precluir el proceso declarativo de condena, con la especial circunstancia de la incoación de un proceso de Hábeas Corpus, que finalmente dispuso se reabra la causa para expedir una nueva decisión de segunda instancia.

Queda claro, por lo demás, que el delito objeto del proceso penal está previsto y sancionado en el artículo 381 del Código Penal, con la pena de multa. En este caso el plazo ordinario de prescripción es de dos años, conforme al artículo 80, cuarto párrafo, del Código Penal; y, el plazo extraordinario, por imperio del artículo 83, sería de tres años, que es lo que rige en el sublitis.

Noveno.- Que se discute si, a los efectos de la suspensión del plazo, solo debe computarse el tiempo de inicio y culminación del procedimiento parlamentario de acusación constitucional o, por el contrario, si la suspensión se cuenta desde la fecha de comisión del delito hasta la culminación del procedimiento de acusación constitucional.

El artículo 84 del Código Penal estipula que “si el comienzo (...) del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, (...)”. Es evidente que, en el presente caso, tratándose de la atribución un delito cometido en el ejercicio de sus funciones, no podía iniciarse un proceso penal hasta la decisión del Congreso de la República. Se está ante un impedimento procesal para la persecución del delito de carácter absoluto y tal posibilidad corta de plano el inicio de actividad procesal válida en orden a la investigación y el enjuiciamiento por el delito. La aludida configuración normativa, en estos casos, hace prevalecer la acción persecutoria y la condena como fundamento de la suspensión en casos de acusación constitucional e inmunidad de los Congresistas, lo que importa asumir, respecto del artículo 84 del Código Penal, el fundamento procesal de la prescripción sin desestimar el fundamento de mayor calado, que es el material y que, en este caso, concurren razonablemente. La concepción que se asume, de la suspensión de origen del término de prescripción, no solo se basa en un entendimiento gramatical de la norma ordinaria específica –esta menciona el comienzo del proceso penal y, por ello, por su lógica excepcional, torna inaplicable la regla general del inicio del plazo la fecha de comisión del delito–, sino que, concurrentemente –desde una perspectiva general de la institución–, se incardina en la naturaleza jurídica de la institución de la prescripción en orden al transcurso del tiempo; esto

es, en su fundamento material, de procedencia por falta de necesidad de pena [MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*.

Parte general. 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2008, página 759].

Tratándose de delitos cometidos por Altos Funcionarios con abuso o desviación de poder el sentimiento de alarma social que en su día puede producir un delito de esa magnitud no cesa mientras el Congreso no decida la suerte del Congresista y la justicia pueda pronunciarse. Alzado el obstáculo procesal que representa la acusación constitucional, recién puede iniciarse el cómputo de la prescripción, pues de otra forma se alentaría la impunidad de autoridades públicas con mayor capacidad de afectar bienes jurídicos de especial importancia; y, de ese modo, se desnaturalizaría el fundamento material de la prescripción.

Por tanto, el *dies a quo*, corresponde al ocho de junio de dos mil siete, cuando se publicó la Resolución Legislativa que declaró la formación de causa contra la encausada.

Décimo.- Que culminado el proceso penal declarativo de condena con la sentencia de vista – por tratarse de un proceso sumario– se dio la especial circunstancia de un proceso constitucional de Hábeas Corpus, en el que el Tribunal Constitucional decidió la reapertura del proceso de declaración. Esos tiempos, desde que se dictó la sentencia de vista –anulada posteriormente– hasta la notificación de la sentencia constitucional, desde luego no pueden computarse. Se ha de entender que el término de prescripción durante ese lapso estaba suspendido –la justicia penal ya no actuaba por estimar que solo procedía la ejecución de la condena impuesta:

el proceso penal de ejecución–. No cabe entenderlo de otra manera, pues ello implicaría que, como consecuencia de un proceso excepcional y autónomo, de protección de la libertad, la posibilidad de prescripción y la consiguiente impunidad –de ampararse la demanda– quedarían afirmadas, lo que va en contradicción con el fundamento material de la prescripción.

En igual sentido no cabe computar el tiempo transcurrido durante la tramitación del recurso de queja excepcional, pues tiene un carácter no suspensivo de las actuaciones de ejecución procesal y esta fue desestimada por el Tribunal Especial. Su carácter excepcional permite una interpretación como la presente, al punto que incluso de haberse amparado dicha queja, la tramitación de la misma suspendería el plazo de prescripción, como ha quedado establecido en el Acuerdo Plenario número seis guión dos mil siete diagonal CJ guión ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre del dos mil siete.

Décimo primero.- Que, en suma, cuando se presentan las circunstancias arriba expuestas, el cómputo de los plazos sería de la siguiente forma:

A. El cómputo del término de prescripción se inicia en la fecha de publicación de la Resolución Legislativa que declara haber lugar a la formación de causa, y se suspende en la fecha de emisión de la sentencia de vista.

B. El cómputo se reinicia a partir de la fecha de comunicación a la Sala Penal Especial de la sentencia del Tribunal Constitucional hasta la fecha en que se absuelve el grado por dicho órgano jurisdiccional ordinario.

DECISIÓN Por estas razones, con lo expuesto por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal:

declararon **NULO** el auto concesorio del recurso de nulidad de fojas seis mil seiscientos cuarenta y seis, del once de agosto de dos mil catorce; e **INADMISIBLE** el recurso de nulidad de fojas seis mil seiscientos treinta y cinco; en el proceso penal que se siguió a Elsa Victoria Canchaya Sánchez por delito de nombramiento y aceptación indebida de cargo público en agravio del Estado. **DISPUSIERON** se remita la causa a la Sala Penal Especial para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema. Intervienen los señores

jueces supremos Duberli Rodríguez Tineo, José Antonio Neyra Flores y David Enrique Loli Bonilla por licencia e impedimento de los señores jueces supremos Víctor Prado Saldarriaga, Jorge Luis Salas Arenas y Hugo Príncipe Trujillo, respectivamente.

SS. SAN MARTÍN CASTRO, RODRÍGUEZ

TINEO, BARRIOS ALVARADO, NEYRA FLORES, LOLI BONILLA

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

COHECHO PASIVO: NO ES NECESARIO QUE SE “COACCIONE” AL PARTICULAR PARA QUE ENTREGUE EL DINERO SOLICITADO

[-]

SUMILLA

La profesora acudió voluntariamente a reunirse con los coencausados (autoridades de la institución educativa) para pedirles ayuda en el concurso público de plazas docentes, y estos últimos le solicitaron una suma de dinero a fin de favorecerla. No se verifica la existencia de un medio constrictor orientado a influir en la esfera decisoria de aquella, quien actuó con plena libertad volitiva. La modalidad de cohecho pasivo propio que se configura es, pues, la prevista en el segundo párrafo del artículo 393 (y no la del tercer párrafo).

SUMILLA

El solo hecho de que los servidores encausados hayan “condicionado” su actuación funcional irregular a cambio de una dádiva, promesa o ventaja no hace que la conducta sea constitutiva de la modalidad de cohecho pasivo propio prevista en el tercer párrafo del artículo 393 del CP, pues esta hipótesis requiere de un plus de desvalor derivado de un acto típico de coacción que recaiga sobre el particular, situación que no se dio en el presente caso al no haberse acreditado que se hubiera compelido a la agraviada a entregar el dinero solicitado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA Procesados : Óscar Raúl López Yalle y otros **Delito :** Cohecho pasivo propio **Agraviado :** El Estado **Fecha :** 8 de enero de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

• Código Penal: arts. 23 y 393.

SALA PENAL TRANSITORIA R.N. N° 627-2013-APURÍMAC

Lima, ocho de enero de dos mil catorce **VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Oscar Raúl López

Yalle, Fidel Reynaga Rojas y Víctor Hugo Fuentes Osorio, contra la sentencia conformada de fojas ochocientos cuarenta, del veintidós de noviembre de dos mil doce, que condenó a ÓSCAR RAÚL LÓPEZ

YALLE y FIDEL REYNAGA ROJAS –en calidad de autores directos– y a VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO –en calidad de autor mediato–, por la comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio [tercer párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Penal], en agravio del Estado-Ministerio de Educación (IES Jorge Basadre Grohmann de Villa Santa Rosa), a siete años de pena privativa de libertad e inhabilitación por dos años, y fijó en tres mil nuevos soles el monto a pagar en forma solidaria por concepto de reparación civil a favor del Estado.

Interviene como ponente el señor RODRÍ-

GUEZ TINEO.

CONSIDERANDO Primero.- Que el encausado VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO, en su recurso formalizado de fojas ochocientos ochenta y siete, alega lo siguiente:

a) El reconocimiento de la imputación fiscal no conlleva, de manera implícita, el reconocimiento del tipo penal imputado, habiendo la Sala Superior subsumido los hechos en el tercer párrafo del artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, sin efectuar el adecuado análisis, ya que su participación se limitó a realizar las reuniones de coordinación previas a la entrega del dinero.

b) Los hechos incriminados se subsumen en la conducta descrita en el segundo párrafo del mencionado tipo penal, situación que fue advertida por la defensa técnica en su oportunidad, pese a lo cual el Colegiado Superior hizo caso omiso.

c) No se tomó en cuenta lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 5-2008-CJ/116, respecto a la conclusión anticipada, que obliga a la Sala a ejercer a plenitud el control de la acusación y, por ende, a la calificación jurídica del hecho conformado.

d) Se inobservaron los criterios de determinación judicial de la pena abstracta y concreta, prevista en los artículos 45 y 46 del Código Penal, pues no se tomaron en consideración sus condiciones personales, antecedentes personales ni profesionales.

Segundo.- Que el procesado ÓSCAR RAÚL LÓPEZ YALLE, en SU recurso formalizado de fojas novecientos nueve, alega lo siguiente:

a) La pena impuesta es arbitraria e ilegal, pues vulnera los principios de motivación de las resoluciones judiciales y congruencia procesal. No se dosificó válidamente la pena, al no haberse tomado en consideración el beneficio premial de la Conclusión Anticipada, la ausencia de antecedentes penales y judiciales.

b) Debe considerarse que al prestar su declaración preliminar fue confeso, declaró la verdad de los hechos y mostró su total arrepentimiento.

Tercero.- Que el encausado FIDEL REYNAGA ROJAS, en su recurso formalizado de fojas novecientos dieciocho, señala que no ha tenido en cuenta la aplicación del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-1 16, en cuanto a la reducción de la pena, en aplicación analógica del artículo cuatrocientos setenta y uno del Código Procesal Penal de dos mil cuatro; así como no haberse considerado lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Código Penal.

Cuarto.- Que los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, estriban en que VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO –Director de la IES Jorge Basadre Grohmann de Villa Santa Rosa–, ÓSCAR RAÚL LÓPEZ YALLE –Coordinador Académico–, LUIS ALBERTO SARAVIA ANTÓN y FIDEL REYNAGA ROJAS –representantes de los profesores–, en sus

condiciones de docentes de la IES - JORGE BASADRE GROHMANN de Villa Santa Rosa de Tumay huaraca, e integrantes de la Comisión de Nombramiento de Docentes, de la citada institución educativa, a cargo de la evaluación de tres docentes postulantes: Herlinda Lazo Orihuela y Francisco Huamán Yauris, a la plaza de Matemática, y el profesor Yuri a la plaza de Ciencias Sociales, incurrieron en los siguientes hechos:

4.1. VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO informó a sus coprocesados que la agraviada se constituyó a su domicilio, ubicado en San Jerónimo, para solicitar la apoyen en el concurso. Es así que el doce de marzo de dos mil once, llamó a la agraviada a reunirse en la plaza Lampa de Oro, donde ya se hallaban los integrantes de la Comisión, donde también llegó el postulante Francisco Huamán, a quienes les entregaron el cronograma de sorteo de temas. Luego de unos minutos, el procesado LUIS ALBERTO SARAVIA ANTÓN llamó a la postulante Hermelinda Lazo Orihuela a su celular y le pidió se constituya al local EMSAP CHANCKA, para conversar sobre el examen; donde se reunieron los cuatro procesados e ingresaron a un local; el último de los encausados le indicó entonces que le favorecerían y ganaría el concurso, pero le solicitó a cambio 1500,00

nuevos soles para cada uno de los integrantes de la Comisión, manifestándole que se trataba de un nombramiento y tenía que acceder; para finalmente rebajarle el monto a 5000,00 nuevos soles y le indicaron el lugar donde se entregaría el dinero. Pasados unos días, le llamó el procesado VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO y la citó en la plaza de Lampa de Oro, a donde asistieron este y sus coprocesados Luis ALBERTO SARAVIA ANTÓN y ÓSCAR RAÚL LÓPEZ YALLE;

de allí la condujeron a un local cerca a la plaza y le exigieron los 5000,00 nuevos soles, pues su colega postulante les había ofrecido 4000,00 nuevos soles; ante la petición de rebaja, quedaron en 4000,00 nuevos soles y la entrega antes del nombramiento, que cualquier coordinación la realizara con él y que se encontrarían en la pollería Pico Rico, cuando tuviera el dinero, previa confirmación vía telefónica.

4.2. Asimismo, el diecisiete de marzo de dos mil once, Víctor Hugo Fuentes Osorio recibió el trabajo monográfico de la agraviada, quien lo realizó en la misma dirección y luego le concedió a la agraviada permiso por el día veintiuno de marzo de dos mil once, para que le consiga el dinero; se llegaron a reunir el día veinte en el bar cerca de EMSAP CHANCKA, y quedaron en volverse a encontrar el veinticuatro de marzo, donde luego de realizarse el sorteo de temas, a las dieciocho horas, la agraviada se dirige a la combi del procesado Fuentes Osorio, con su conviviente Luis Alberto Sánchez

Gonzales, y se reunieron con los procesados, y les indicaron que solo habían llevado 3000,00 nuevos soles, pero no llegaron a ningún acuerdo, por lo que a las 10:00 p. m., se reúnen nuevamente con el conviviente de la agraviada, quien les suplica le den más tiempo, pues hará lo posible para conseguir el resto.

4.3. Es así que el veintiséis de marzo de dos mil once, previo acuerdo con López Yalle, quien informó a sus coprocesados, resultó que Saravia Antón fijaría la pollería Pico Rico, como el lugar para reunirse y recibir el dinero, pues Fuentes Osorio, manifestó que no podía acudir porque estaba trabajando;

habiendo pasado previamente en bicicleta, por el lugar, Reynaga Rojas, para constatar la presencia de la agraviada en la pollería antes mencionada; es así que se inicia la reunión entre la agraviada López Yalle y Saravia Antón, a quienes condujeron al domicilio del primero, ubicado en el jirón Constitución, sin número, de esta ciudad, subieron al segundo nivel, lugar donde la agraviada les entregó los 4000,00, nuevos soles, que colocó sobre la mesa; en esas circunstancias son intervenidos por personal policial, que contó con la participación del representante del Ministerio Público.

Quinto.- Que revisada la sentencia y contrastada con los cuestionamientos efectuados por los recurrentes, se advierte que efectivamente la Sala Superior no ha realizado una adecuada subsunción de los hechos en el tipo penal materia de condena, pues, aun cuando los

encausados reconocieron los hechos descritos en la acusación fiscal, no se tomó en cuenta la solicitud de la defensa de los procesados de recalificar los hechos imputados en el segundo párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Penal.

Sexto.- Que confrontado el relato fáctico, que sirve de sostén a la imputación delictiva, con los alcances normativos de la modalidad delictiva de cohecho pasivo propio, contenida en el último párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Penal, se tiene que la persona de Hermelinda Lazo Orihuela acudió voluntariamente al domicilio del ahora sentenciado Víctor Hugo Fuentes Osorio, para pedirle ayuda para el concurso a la plaza de Matemáticas, para luego involucrarse esta en una serie de conversaciones y coordinaciones con los procesados, para fijar una suma de dinero, a fin de verse favorecida ilegalmente en dicho concurso público.

En consecuencia, desde un inicio los procesados fueron quienes le solicitaron una suma de dinero para que pueda acceder a la plaza convocada; produciéndose, luego, una serie de comunicaciones entre la presunta agraviada y los acusados, encaminadas a negociar el precio convenido, el cual fue finalmente entregado a los encausados, quienes fueron intervenidos de forma flagrante. De tal forma que no se verifica la existencia de medio constrictor alguno, orientado a influir determinadamente en la esfera decisorio de aquella, en tanto sí se aprecia que esta actuó en un margen de plena libertad volitiva, desechándose así el juicio de subsunción típica por la modalidad típica de Cohecho Pasivo Propio, reglada en el tercer párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Penal.

Sétimo.- Que los hechos así descritos deben ser reconducidos típicamente a los contornos normativos del segundo párrafo del citado articulado, que regula la modalidad típica de “solicitar”, con arreglo a un juicio correcto de subsunción típica, como derivado del principio de legalidad. Como se ha sostenido, el solo hecho que se “condicione” la actuación funcional irregular, a cambio de una dádiva, promesa o ventaja, no hace que esta conducta sea necesariamente constitutiva de la modalidad prevista en el último párrafo del tipo penal, pues debe agregarse un plus de desvalor que ha de apreciarse a partir de indicios demostrativos, que indiquen un acto típico de coacción, que recae sobre la persona del particular. Situación que no se ha probado en la presente causa, esto es, que alguno de los procesados haya compelido a la presunta agraviada, a la entrega del dinero solicitado.

Octavo.- Que en este contexto, corresponde efectuar un análisis de la pena a imponer, pues corresponde el marco punitivo abstracto previsto en el segundo párrafo del artículo 393 del Código Penal, teniendo en cuenta el beneficio de reducción de pena por conclusión anticipada del proceso. Antes bien, corresponde analizar los títulos de imputación materia de condena –en orden a cautelar un título correcto de participación delictiva y, por ende, la aplicación de una sanción punitiva, acorde con los principios de proporcionalidad y culpabilidad–, pues el Tribunal de Instancia incurrió en error al calificar la conducta del encausado Fuentes Osorio, como autor mediato; sin embargo, conforme con lo expuesto precedentemente, en los considerandos sexto y sétimo de la presente Ejecutoria Suprema, la conducta desplegada por los coencausados Oscar Raúl López Yalle, Fidel Reynaga Rojas y Víctor Hugo Fuentes Osorio, es la de coautores del delito de cohecho pasivo propio, en la modalidad de solicitar. En consecuencia, al encausado Fuentes Osorio le corresponde la pena de cinco años, en tanto que a los coencausados López Yalle y Reynaga Rojas les corresponde cuatro años de pena efectiva.

DECISIÓN Por estos fundamentos, de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon:

I. HABER NULIDAD en la sentencia conformada de fojas ochocientos cuarenta, del veintidós de noviembre de dos mil doce, que condenó a ÓSCAR RAÚL LÓPEZ

YALLE, FIDEL REYNAGA ROJAS Y VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio, tipificado en el tercer párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Penal. **Reformándola** se condena a los citados procesados por el mencionado delito, tipificado en el segundo párrafo, del artículo trescientos noventa y tres, del Código Sustantivo.

II. HABER NULIDAD en la propia sentencia, en el extremo que condenó a VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO, como autor mediato del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de cohecho pasivo propio. **Reformándola**, se le condena, en calidad de autor del mencionado delito, conjuntamente con sus coprocesados ÓSCAR RAÚL LÓPEZ YALLE Y FIDEL REYNAGA ROJAS, correspondiéndoles a los tres la calidad de coautores en el hecho delictivo imputado.

III. HABER NULIDAD en la propia sentencia, en el extremo que impuso a ÓSCAR RAÚL LÓPEZ YALLE, FIDEL REYNAGA ROJAS Y VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO siete años de pena privativa de libertad. **Reformándola** impusieron a VÍCTOR HUGO FUENTES OSORIO cinco años de pena privativa de libertad –la misma que computada desde el doce de abril de dos mil once al tres de mayo del mismo año, vencerá el treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete–, y a OSCAR RAUL LÓPEZ

YALLE y FIDEL REYNAGA ROJAS cuatro años de pena privativa de libertad efectiva –la misma que, en el caso del primero, Oscar Raúl López Yalle, con el descuento de carcelería que sufre desde el veintiséis de marzo de dos mil once, vencerá el veintiséis de marzo de dos mil quince; y en el caso del segundo, Fidel Reynaga Rojas, computada desde el doce de abril al tres de mayo de dos mil once, vencerá el treinta y uno de octubre de dos mil quince–; con lo demás que contiene y los devolvieron.

SS. SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA, RODRÍGUEZ TINEO, SALAS ARENAS, PRÍNCIPE TRUJILLO

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

BSOLUCIÓN POR PECULADO: ALCALDE ACTUÓ DE BUENA FE Y EN LA CREENCIA DE LA LICITUD DE SU PROCEDER (ERROR DE PROHIBICIÓN)

[-]

SUMILLA

Si bien se acreditó que el alcalde realizó donaciones de dinero y bienes a los pobladores de su jurisdicción fuera del marco legal y del presupuesto de la municipalidad, se advierte que actuó de buena fe y en la creencia de la licitud de su proceder. El alcalde actuó sin el nivel de conocimiento del ordenamiento administrativo y punitivo correspondiente. Creía que actuaba de manera legal (ignorantia legis) y diligente, atendiendo a las necesidades de la población, pese a que la legislación presupuestal no lo permitía.

SUMILLA

Aceptando que medió un error de prohibición indirecto, cabe concluir que se trató de un error invencible (artículo 14, segundo párrafo, del CP), pues el autor no tuvo la posibilidad de evitar el resultado dañoso. Su conocimiento del ordenamiento –capacidades personales– no le permitió conocer las consecuencias delictivas de su actuación;

y tampoco tuvo acceso al conocimiento que fundamenta la culpa o imprudencia.

En virtud del principio de culpabilidad se impone la absolución del encausado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA **Procesado** : Juan Manuel García Carhuapoma **Delito** : Peculado **Agraviada** : Municipalidad Distrital de Pacaipampa **Fecha** : 7 de marzo de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

- Código Penal: arts. 14 y 387.
- Código de Procedimientos Penales: art. 301.

SALA PENAL TRANSITORIA R.N. N° 1379-2013-PIURA Lima, siete de marzo de dos mil catorce.

AUTOS y VISTOS; con la razón de Relataría que antecede. **CONSIDERANDO**: Que, el señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas ha emitido su voto **DIRIMENTE** de fecha veintisiete de enero de dos mil catorce;

por lo que se ha generado resolución, de conformidad con el artículo ciento cuarenta y uno del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en consecuencia, con los votos emitidos por los señores San Martín Castro, Rodríguez Tineo y Morales Parraguez

se ha declarado **HABER NULIDAD** en la sentencia de fajas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho del cuatro de enero de dos mil trece, en el extremo que condenó a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito contra la Administración Pública, peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, y se le impone cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta e inhabilitación por el mismo tiempo; con lo demás que contiene; reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el referido delito en agravio de la citada Municipalidad Distrital. En consecuencia: **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en su contra y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales como consecuencia del presente proceso; **DISPUSIERON** se remitan los autos al tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes apersonadas a esta sede suprema.

S. PRÍNCIPE TRUJILLO VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES JUECES PRADO SALDARRIAGA, SALAS ARENAS Y PRÍNCIPE TRUJILLO EN CUANTO A LA CONDENA Y PENA IMPUESTA AL PROCESADO JUAN MANUEL GARCÍA CARHUAPOMA POR EL DELITO DE PECULADO DOLOSO **Primero**.- En cuanto a la condena impuesta al procesado, se observa que tanto el delito –peculado doloso– cuanto la responsabilidad penal del recurrente se encuentran acreditados con el informe pericial, realizado por Javier Nicolás Bereche Girón y Alejandro Arturo Saavedra Chiroque [fojas ochocientos cincuenta y nueve, quienes concluyeron que la Municipalidad Distrital de Pacaipampa efectuó donaciones en efectivo y en materiales, careciendo los comprobantes de pago de la documentación sustentatoria que justifique su emisión, de conformidad con las normas del Sistema de Tesorería; que el alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa dispuso donaciones de dinero en efectivo, víveres, medicinas, materiales de construcción y otros, para atender necesidades personales de pobladores del distrito, contraviniendo la normatividad vigente, con cargo al Gasto Corriente Actividad Apoyo al Ciudadano y la Familia, constituyendo un perjuicio económico para la municipalidad por un monto de veintiocho mil novecientos cincuenta y tres nuevos soles con noventa céntimos. Se ha comprobado el uso de recursos presupuestales del gasto corriente, con cargo a diferentes actividades, en donaciones de dinero y víveres, para cubrir gastos de celebraciones como el Día de la Madre, Día del Campesino y Aniversario de Municipalidades Delegadas, contraviniendo la prohibición contenida en el artículo ocho, inciso e), de la Ley número veintiocho mil seiscientos cincuenta y dos - Ley de Presupuesto del

Sector Público para el año fiscal dos mil seis, que prohibía expresamente el gasto para celebraciones.

Asimismo, se ha determinado que el alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa dispuso la entrega de dinero en efectivo y materiales de construcción a pobladores del distrito, para atender necesidades particulares, con cargo al presupuesto de Inversión-Proyecto Construcción de Locales Comunales, lo que constituye una desnaturalización del gasto programado para la ejecución de un proyecto, destinándolo a la atención de necesidades de tipo personal, con fines totalmente diferentes a lo programado y acordado por el Concejo Municipal, lo que ha ocasionado un perjuicio económico a la Municipalidad por la suma de veinticinco mil setecientos treinta y siete nuevos soles con noventa y dos céntimos. Igualmente, se han utilizado recursos y materiales del Proyecto de Construcción de Locales Comunales, para efectuar donaciones de dinero y materiales de construcción a diferentes instituciones, sin la elaboración de su correspondiente perfil, para el mejoramiento de iglesias y/o salas de reuniones, así como a Comités de Rondas Campesinas e instituciones educativas, sin que se cuente con el Convenio respectivo, y utilizando indebidamente los recursos asignados al Proyecto de Construcción de Locales Comunales por la suma de veintisiete mil doscientos catorce nuevos soles con setenta y tres céntimos. Se ha comprobado que el alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, ha dispuesto mediante resoluciones de alcaldía, el uso indebido de los recursos asignados al proyecto Apoyo a la Producción Agropecuaria, por la suma de dos mil doscientos treinta nuevos soles para atender apoyos económicos en la capacitación de rondas campesinas y compra de una guitarra, gastos que no guardan relación con los objetivos y finalidad del mencionado Proyecto. Se ha verificado que entre el veinte de agosto y el dieciocho de noviembre de dos mil seis, el alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, Juan Manuel García Carhuapoma, suscribió una serie de resoluciones de alcaldía autorizando donaciones de dinero y bienes municipales, por un total de diecinueve mil novecientos cuarenta y seis nuevos soles con cuarenta céntimos, contraviniendo la Ley Orgánica de Municipalidades y las Normas Electorales, que prohibían este tipo de donaciones a las autoridades que postulaban a la reelección en el cargo que desempeñaban; las resoluciones de alcaldía de donaciones con fondos de la comuna, tanto de dinero como de especies, sin adjuntar algún documento que justifique la necesidad fojas setenta y ocho a seiscientos treinta y tres]; el informe contable judicial realizado por los peritos García de Talledo y Ruesta de García [fojas mil ochocientos veinte; señalan que del análisis de la documentación contenida en el expediente, y los documentos revisados en los archivos de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, concluyeron lo siguiente: se otorgaron ciento treinta y siete mil ciento treinta y un nuevos soles con ochenta y cinco céntimos durante el año dos mil tres hasta el mes de octubre de dos mil siete, a moradores en forma personal, y a Instituciones]; el informe pericial ampliatorio realizado por los peritos García Mogollón y Ruesta de García [fojas dos mil novecientos noventa y cinco, quienes concluyen que la Municipalidad Distrital de Pacaipampa otorgó, mediante resoluciones de alcaldía, donaciones de dinero en efectivo y bienes de propiedad municipal, a moradores en forma personal e instituciones sin seguir el procedimiento establecido por las normas presupuestales, lo que constituye un uso indebido de los recursos del Estado, por el monto de ciento cinco mil seiscientos treinta y cuatro nuevos soles con noventa céntimos, correspondiente al año dos mil seis. Se evidenció que existen proyectos de interés comunal que no se ejecutaron en su totalidad o se ejecutaron en forma parcial, a pesar de haber tenido los recursos necesarios en el presupuesto institucional de apertura, los créditos suplementarios y las modificaciones presupuestarias recibidas, las cuales fueron aprobados mediante resoluciones de alcaldía. Se ha determinado que, efectivamente, se han otorgado donaciones de dinero en efectivo y bienes a pobladores del distrito, durante los noventa días previos al proceso de elecciones municipales del año dos mil seis, donaciones que estaban prohibidas por el artículo ciento cincuenta de la Ley veintisiete mil novecientos setenta y dos - Ley Orgánica de Municipalidades; así como por el artículo trescientos sesenta y uno de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta y nueve - Ley Orgánica de Elecciones y demás normas electorales], debidamente ratificado por sus otorgantes [fojas tres mil trescientos noventa].

Segundo.- La tesis incriminatoria se corrobora con las declaraciones de los testigos Rubén Darío Calle Calle –fojas tres mil ciento veintisiete–, Hilmer Calle Holguín –fojas tres mil ciento treinta y uno–, Elva Córdova de Córdova –fojas tres mil ciento treinta y cuatro–, Salomón Medardo Holguín Calle –fojas tres mil ciento treinta y siete– y Wilson Holguín Chumacero –

fojas tres mil ciento cuarenta–, quienes reconocen que se hicieron donaciones con el dinero y bienes de la Municipalidad; que Iralda Verónica Merino García –fojas tres mil trescientos sesenta y nueve– fue beneficiada con quinientos nuevos soles; Marcos García García –fojas mil doscientos quince–; Elio García García –fojas mil doscientos diecisiete–;

Aquiles Román Vargas –fojas mil doscientos diecinueve–; Mellón Quispe Córdova –fojas mil doscientos veintiuno–; William José García García –fojas mil doscientos veintitrés–;

Joel Calle Arriaga –fojas mil doscientos veintinueve–; Leyder Román Holguín –fojas mil doscientos treinta y seis–; Ángel María Chuquicusma Quispe –fojas mil doscientos treinta y cinco–; Armando Rojas –fojas mil doscientos treinta y siete–; Edward Enrique Javo Rivas –fojas mil doscientos treinta y nueve–; Clara Luz Abad Mulatillo –fojas mil doscientos cuarenta y cuatro–; Adán Noel Holguín Arriaga –fojas mil doscientos cuarenta y seis–; Polidoro Chuquicusma Román –fojas mil cuatrocientos treinta y ocho–;

Obdulio Chumacero Holguín –fojas mil quinientos diez–; Ricardo Emilsen Calle Calle –fojas mil seiscientos cuarenta–; Segundo Idelfonso Chuquicusma Román –fojas mil ochocientos ocho–, quienes refieren que el acusado hacía donaciones y que estas eran condicionadas.

Tercero. Si bien es cierto, contra dicha incriminación existe la negativa persistente del procesado García Carhuapoma [en el plenario a fojas tres mil treinta y nueve]; sin embargo, las declaraciones indicadas, al reunir los presupuestos establecidos por el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/

CJ-ciento dieciséis del treinta de septiembre de dos mil cinco [ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia], ostenta virtualidad procesal para desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía, por lo que sus agravios resultan infundados, consiguientemente la condena impuesta se encuentra conforme a ley.

Cuarto. Con respecto a la sanción punitiva es necesario verificar si el Superior Colegiado tomó en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como los criterios y circunstancias señalados por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; de otro lado, la sanción punitiva para el delito materia de investigación –peculado doloso– tiene un rango no menor de dos ni mayor de ocho años, luego tenemos que la sanción penal solicitada –fojas mil ochocientos cincuenta y uno– por el Ministerio Público, es de seis años.

Quinto. Que a efectos de graduar la pena a imponer, el juzgador tiene en cuenta la forma y circunstancias en que se produjeron los hechos, que configuran un delito continuado conforme a lo dispuesto en el artículo cuarenta y nueve del Código Penal, y que el procesado actuó afectado por un error de prohibición vencible, al entender que realizar donaciones, tanto en dinero como en especies, de propiedad de la Municipalidad agraviada, y para justificar tales hechos suscribió las resoluciones de alcaldía, que obran en autos, por lo que le alcanza el efecto atenuante previsto por el párrafo *in fine* del artículo catorce del precitado cuerpo de leyes;

asimismo, la pena de inhabilitación al tratarse de una pena principal –conforme lo señala el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal– debe ser disminuida.

DECISIÓN Por estas razones, **NUUESTRO VOTO** es porque se declare:

1. NO HABER NULIDAD, en cuanto condenó a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, y fijó en ciento veintinueve mil cuatrocientos noventa y cinco nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a la parte agraviada.

2. HABER NULIDAD en la misma, en cuanto impuso a Juan Manuel García Carhuapoma, cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres

años, bajo reglas de conducta e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena principal; reformándola, le **IMPUSIERON** dos años de pena privativa de libertad suspendida, bajo reglas de conducta por el plazo de un año, e inhabilitación por el plazo de un año, entendiéndose esta como pena principal y no accesoria.

SS. PRADO SALDARRIIGA, SALAS ARENAS , PRÍNCIPE TRUJILLO VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS SAN MARTÍN CASTRO Y RODRÍGUEZ TINEO Lima, veintiocho de agosto de dos mil trece.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior de Piura, el Procurador Público Anticorrupción de Piura y la defensa del encausado Juan Manuel García Carhuapoma contra la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho, del cuatro de enero de dos mil trece, en cuanto:

(i) absuelve al encausado Juan Manuel García Carhuapoma de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de malversación en agravio de la Municipalidad distrital de Pacaipampa; (ii) condena a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa y se le impone cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente, y, como pena accesoria, inhabilitación por igual tiempo de la pena principal; y, (iii) fija por concepto de reparación civil la suma de ciento veintinueve mil cuatrocientos noventa y cinco punto treinta y cinco nuevos soles.

OÍDO el informe oral de la defensa del imputado García Carhuapoma.

FUNDAMENTOS DISCORDANTES Primero.- Que solo es motivo de discordia el extremo condenatorio de la sentencia recurrida –punto (ii)–; es decir, la condena a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa –como lógica consecuencia de este punto se estima que no procede imposición de pena y reparación civil–. Se parte de estimar que existe una causa de ausencia de culpabilidad: error de prohibición invencible.

Segundo.- Que el acusado García Carhuapoma en su recurso formalizado de fojas tres mil quinientos uno y tres mil quinientos cincuenta y seis insta la absolucón. Alega que las resoluciones que expidió fue el corolario de un procedimiento que se desarrolló por diversas áreas de la Municipalidad, y como tal actuó en la confianza de la licitud de su proceder. Agrega que respetó la cadena presupuestal del gasto; que el análisis de lo presupuestado se realiza a partir de la Directiva número veinte guión dos mil seis guión F diagonal setenta y seis punto cero uno y no la Directiva número trece guión dos mil cinco guión EF diagonal setenta y seis punto cero cero; que no se ha tomado en cuenta que según el Mapa de Pobreza Provincial y Distrital, elaborado y aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el distrito de Pacaipampa está calificado como de extrema pobreza; que las solicitudes eran validadas por diversas autoridades; que su actuación ha sido fiscalizada, de manera aleatoria, por miembros del Concejo Municipal;

que la prohibición de gastar para celebraciones y a favor de sus trabajadores o personal no puede extenderse a las solicitudes de necesidad que les cursaba la población.

Tercero.- Que la sentencia recurrida, en lo pertinente, declara probado que el encausado García Carhuapoma –profesor escolar de profesión– en su condición de alcalde de Pacaipampa durante el periodo dos mil tres guión dos mil seis [luego, fue reelegido para el siguiente periodo municipal dos mil siete guión dos mil diez] emitió un total de quinientos cincuenta y cuatro resoluciones de alcaldía entre el tres de mayo al uno de diciembre de dos mil seis, en virtud de las cuales donaba parte de los caudales municipales: dinero y bienes –en su mayoría, materiales de construcción– a pobladores e instituciones de su jurisdicción. En una oportunidad hizo lo propio con Chulucanas, en Morropón, a la UGEL de esa jurisdicción.

La sentencia estima que no se realizó los estudios previos a los beneficiarios para constatar su estado de necesidad; que las donaciones las realizaba con cargo al Fondo de Compensación

Municipal, canon y sobrecanon, así como de los fondos destinados al proyecto de producción agropecuaria;

que las donaciones, además, las realizó con cargo a la actividad Apoyo al Ciudadano y a la Familia, y al proyecto Construcción de locales comunales.

El perjuicio patrimonial ascendió a ciento veintinueve mil cuatrocientos noventa y cinco punto treinta y cinco nuevos soles.

Además, se vulneró, concurrentemente, la Ley Orgánica de Elecciones que impedía al imputado repartir a personas o entidades privadas bienes adquiridos con el dinero del Estado o como producto de donaciones a terceros noventa días antes del sufragio –realizado el diecinueve de noviembre de dos mil seis–.

Cuarto.- Que las pericias contables [fojas ochocientos cincuenta y nueve, mil ochocientos veinte y dos mil novecientos noventa y cinco], acreditan que el dinero y bienes municipales fueron apartados del ámbito público municipal, fuera del marco legal y presupuestariamente previsto. Desde el injusto penal, sin duda, se produjo –al menos provisionalmente– la realidad de un acto de peculado continuado.

El encausado García Carhuapoma en su declaración plenaria de fojas tres mil treinta y nueve sostiene que dentro del Presupuesto se habían contemplado donaciones, aunque no recuerda la cantidad; que se cumplieron las metas presupuestales –la pericia de parte de fojas tres mil trescientos cuarenta y cuatro, ratificada a fojas tres mil trescientos noventa y cuatro, avalaría esa posición–. De otro lado, apunta que el procedimiento para otorgar donaciones, por el que se expidieron quinientos cincuenta y cuatro Resoluciones de Alcaldía, consistía en que recibían la solicitud de donación, firmada por las autoridades, algunas se veían en sesión de Consejo y otras atendidas por las Administraciones.

Quinto.- Que es claro, asimismo, a partir de lo anotado en el segundo párrafo del fundamento anterior, que el encausado actuó de buena fe y en la creencia de la licitud de su proceder. Los pedidos, los expedientes formados al efecto y las Resoluciones de Alcaldía que expidió, así lo prueban.

El regidor Calle Calle [declaración de fojas tres mil ciento veintisiete] puntualiza que, en efecto, existían pedidos de apoyo mediante solicitudes de los interesados, que el alcalde los derivaba para que las áreas de presupuesto, tesorería y técnica hagan la evaluación.

Agrega que mucho de los apoyos se realizaban con el resto del presupuesto de las obras concluidas. Anota que la UGEL Chulucanas integra a Pacaipampa.

El regidor Calle Holguín [declaración de fojas tres mil ciento treinta y uno] no solo está de acuerdo con las donaciones, sino que afirma que el distrito era considerado de extrema pobreza. En esa misma línea declaran los regidores Córdova de Córdova, Holguín Calle –este último, regidor de oposición–

y Holguín Chumacero [declaraciones de fojas tres mil ciento treinta y cuatro, tres mil ciento treinta y siete y tres mil ciento cuarenta].

De otro lado, han declarado testigos que mencionan que las donaciones eran condicionadas [fojas mil doscientos quince, mil doscientos diecisiete, mil doscientos diecinueve, mil doscientos veintiuno, mil doscientos veintitrés, mil doscientos veintinueve, mil doscientos treinta y seis, mil doscientos treinta y cinco, mil doscientos treinta y siete, mil doscientos treinta y nueve, mil doscientos cuarenta y cuatro, mil doscientos cuarenta y seis, mil cuatrocientos treinta y ocho, mil quinientos diez, mil seiscientos cuarenta y mil ochocientos ocho], y otros que han dicho lo contrario [fojas tres mil trescientos sesenta y nueve, mil doscientos treinta y uno, mil quinientos diecinueve, mil quinientos veintiuno, mil quinientos veintitrés, mil quinientos veintiséis, mil quinientos veintiocho y mil quinientos treinta y dos].

Sexto.- Que lo expuesto acredita, entonces, que las donaciones eran un modo de proceder constante de la administración y gobierno municipal de Pacaipampa, y de hecho contaba con el apoyo del Consejo Municipal, amén de constituir una pauta de relación de los ciudadanos con la Municipalidad, situada en un área de extrema pobreza.

Ese modo de actuación, constante en el tiempo, y en un lugar alejado y de extrema pobreza, no puede sino resaltar que el alcalde imputado actuó sin el nivel de conocimiento del ordenamiento presupuestario y punitivo correspondiente –de su contenido material–.

El imputado creía que actuaba legal (*ignorantia legis*) y diligentemente atendiendo las necesidades de la población, pese a que la legislación presupuestal no lo permitía –legislación, por lo demás, de excesiva complejidad–.

La imputación de conocimiento que puede hacerse al imputado está en función de varios factores socialmente aceptables: a) la lejanía del municipio distrital; b) su ubicación en un área de extrema pobreza; c) sus conocimientos deficientes en materia presupuestal y jurídico penal; d) la obvia ausencia de un equipo técnico de asesoramiento y administración que le indique los marcos jurídicos de su actuación; y, e) la masiva solicitud de la población local en ese ámbito de actuación municipal.

Sétimo.- Que lo esencial, aceptado que medió un error de prohibición indirecto, es si fue vencible o invencible, pues este último determina la impunidad. El filtro normativo de la invencibilidad no puede superarse en el presente caso, precisamente, por lo expuesto en el fundamento jurídico anterior. El autor no tuvo la posibilidad de evitar el resultado dañoso; su conocimiento del ordenamiento –capacidades personales– no le permitió conocer las consecuencias delictivas de su actuación. Él, en sus circunstancias concretas –ya referidas– no tuvo acceso al conocimiento que fundamenta la culpa o imprudencia.

En consecuencia, es de aplicación el artículo catorce, segundo párrafo, del Código Penal y el artículo trescientos uno, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales –la sentencia condenatoria no es fundada–. El principio de culpabilidad exige la absolución en el presente caso.

DECISIÓN DISCORDANTE Por estas razones, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; **NUESTRO VOTO:** es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho, del cuatro de enero de dos mil trece, en cuanto condena a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa y se le impone cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente, y, como pena accesorias, inhabilitación por igual tiempo de la pena principal, así como fija por concepto de reparación civil la suma de ciento veintinueve mil cuatrocientos noventa y cinco punto treinta y cinco nuevos soles. Reformándola: lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el referido delito en agravio de la citada Municipalidad distrital.

En consecuencia: **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en este extremo y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales. **DISPUSIERON** se devuelvan lo actuados al Tribunal de origen para los fines de ley. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

SS. SAN MARTÍN CASTRO, RODRÍGUEZ

TINEO EL VOTO DIRIMIENTE DEL SEÑOR JUEZ

SUPREMO SEGUNDO BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ ES COMO SIGUE Lima, seis de diciembre de dos mil trece.

Vistos, oído el informe oral y considerando:

Primero.- Iter procesal ante la sala penal de la Corte Suprema Por resolución de fecha veintitrés de noviembre de dos mil trece, obrante a folios sesenta (del cuadernillo de nulidad), se declaró que se ha generado discordia en un extremo de la sentencia materia de grado; por cuanto los señores jueces supremos Prado Saldarriaga, Salas Arenas y Príncipe Trujillo han emitido voto porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho, de fecha cuatro de enero de dos mil trece, en el extremo que condenó a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito contra la Administración Pública, peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, y fijó en ciento veintinueve mil cuatrocientos noventa y cinco nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar a la parte agraviada; y **HABER NULIDAD** en la misma, en cuanto impuso a Juan Manuel García Carhuapoma, cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta e inhabilitación por el mismo tiempo de la pena principal; reformándola, le impusieron dos años de pena privativa de libertad suspendida, bajo reglas de conducta, por el plazo de un año, e inhabilitación por el plazo de un año, entendiéndose esta como pena principal y no accesoria.

En tanto que los señores jueces supremos San Martín Castro y Rodríguez Tineo han emitido voto porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho, del cuatro de enero de dos mil trece, en el extremo que condenó a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito contra la Administración Pública, peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta e inhabilitación por el mismo tiempo, con lo demás que contiene; reformándola, lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal, por el referido delito, en agravio de la citada Municipalidad Distrital. En consecuencia, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en su contra y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales como consecuencia del presente proceso. **DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal de origen para los fines de ley. Producida la discordia y, en estricta aplicación del artículo ciento cuarenta y cinco del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concordancia con la Resolución Administrativa número doscientos diecisiete-dos mil doce-CE-PJ, se designó al suscrito para que dirima la discordia producida.

Segundo.- Recurso de nulidad interpuesto por el inculpado Juan Manuel García Carhuapoma y representante del Ministerio Público En su recurso impugnatorio de nulidad, el inculpado Juan Manuel García Carhuapoma alega que las resoluciones que expidió fue el corolario de un procedimiento que se desarrolló por diversas áreas de la Municipalidad y, como tal, actuó en la confianza de la licitud de su proceder. Agrega que respetó la cadena presupuestal del gasto; que el análisis de lo presupuestado se realiza a partir de la Directiva número veinte guión dos mil seis guión EF diagonal setenta y seis punto cero uno, y no la Directiva número trece guión dos mil cinco guión EF diagonal setenta y seis punto cero cero; que no se ha tomado en cuenta que según el Mapa de Pobreza Provincial y Distrital, elaborado y aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el distrito de Pacaipampa está calificado como de extrema pobreza; que las solicitudes eran validadas por diversas autoridades; que su actuación ha sido fiscalizada, de manera aleatoria, por miembros del Consejo Municipal;

que la prohibición de gastar para celebraciones y a favor de sus trabajadores o personas no puede extenderse a las solicitudes de necesidad que les cursaba la población.

Por su parte, el Representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad formalizado a fojas tres mil quinientos dieciocho, sostiene que la pena impuesta al encausado, por el delito de peculado, no resulta proporcional con relación a su actuar doloso, bajas motivaciones, condición personal y a las consecuencias graves de sus actos, que han perjudicado a la Municipalidad de Pacaipampa; y, por tanto, a la comunidad que representa; que estas motivaciones se dieron con la intención de buscar un provecho personal, como es el continuar en el cargo público, para lo cual no escatimó en despilfarrar el dinero de la Municipalidad, como si fuera suyo, por lo que se debe incrementar la pena impuesta.

Tercero.- Fundamentación de mi voto Que luego de analizados los votos expedidos en el caso que nos convoca, el suscrito hace suyo el voto expedido por los señores San Martín Castro y Rodríguez Tineo; debe considerarse además que, el Colegiado Supremo en su totalidad (señores jueces supremos San Martín Castro, Prado Saldarriaga, Rodríguez

Tineo, Salas Arenas y Príncipe Trujillo) se han pronunciado porque se declare **no haber nulidad** en relación con la absolución a favor del inculpado Juan Manuel García Carhuapoma, respecto del delito de malversación de fondos; sostiene que el comportamiento del inculpado no se ha subsumido en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, por cuanto no dieron al dinero de la agraviada una aplicación definitiva diferente a la que estaba destinado.

Elo evidencia que el hecho materia de investigación (delito malversación de fondos), de modo alguno pueda tener interés para el Derecho Penal. En ese sentido, no es posible que el hecho investigado en el presente caso, puede tener transcendencia jurídico penal, respecto del delito de peculado; por cuanto, la actuación del encausado ha sido de buena fe y en la creencia de la licitud de su proceder, puesto que las donaciones eran un modo de proceder constante de la administración y gobierno municipal de Pacaipampa, esto es que, el autor no tuvo la posibilidad de evitar el resultado dañoso (error de prohibición invencible); por ello, es completamente lógico colegir que, si el encausado actuó en la creencia de su licitud, y como ha sido demostrado en autos, no es posible imputar que dicho actuar haya destinado el dinero del municipio a otro diferente, por ello, declararon por confirmar la absolución con relación al otro presunto delito de malversación de fondos.

DECISIÓN Por los fundamentos antes expuestos, me **ADHIERO** al voto de los señores magistrados supremos San Martín Castro y Rodríguez Tineo, en el sentido de que se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho, de fecha cuatro de enero de dos mil trece, en cuanto condena a Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito de peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, y se le impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente y, como pena accesoria, inhabilitación por igual tiempo de la pena principal; así como fijó, por concepto de reparación civil, la suma de ciento veintinueve mil cuatrocientos noventa y cinco punto treinta y cinco nuevos soles. **Reformándola:**

lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el referido delito, en agravio de la citada Municipalidad Distrital. En consecuencia, **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en este extremo y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales.

SS. MORALES PARRAGUEZ

Juez Supremo Dirimente EL VOTO DIRIMIENTE DEL SEÑOR JUEZ

SUPREMO CEVALLOS VEGAS, ES COMO SIGUE:

Lima, veintisiete de enero de dos mil catorce.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del imputado Juan Manuel García Carhuapoma, contra la sentencia de fecha cuatro de enero de dos mil trece, de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho, mediante la cual fue condenado como autor del delito de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, oído el informe oral de la defensa del imputado, con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO Primero.- Fundamentos del voto 1.1. Según lo dispuesto en resolución de fecha diecisiete de enero del dos mil catorce, de fojas sesenta y siete, se ha producido discordia y no se ha logrado conseguir los votos suficientes para hacer resolución con lo prescrito por el artículo 145 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se ha delimitado el punto de discordia, con relación a si se declara haber nulidad y se absuelve al imputado de la acusación fiscal, por el delito de peculado doloso en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa,

o si se declara no haber nulidad y se confirma la sentencia que condena al imputado por el delito de peculado doloso.

1.2. Según la acusación fiscal, de fojas mil ochocientos cincuenta y uno, se imputa a Juan Manuel García Carhuapoma, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, durante el periodo 2003-2006, haber emitido un total de quinientas cincuenta y cuatro resoluciones de alcaldía, en las cuales donaba los caudales de la Municipalidad, tales como dinero y bienes (en su mayoría materiales de construcción), a pobladores e instituciones de su jurisdicción y en una oportunidad a la UGEL de Chulucanas-Morropón (que pertenece a otra jurisdicción), sin realizar los estudios previos a los beneficiarios y, por ende, comprobar su verdadera situación económica y estado de necesidad.

1.3. El imputado, en su recurso de nulidad de fojas tres mil quinientos uno y tres mil quinientos cincuenta y seis, solicita la absolución de los cargos formulados por el Fiscal Superior. Alega que las resoluciones que fueron expedidas y que concretaron las donaciones fueron producto de un procedimiento que se desarrolló por diversas áreas de la Municipalidad, y como tal actuó en la confianza de la licitud de su proceder. Alega que el distrito de Pacaipampa está calificado como de extrema pobreza; que las solicitudes de apoyo, que realizaba la población, eran validadas por diversas autoridades; que dichos apoyos sociales han sido fiscalizados, de forma aleatoria, por miembros del Consejo Municipal.

1.4. El artículo ciento treinta y nueve, inciso diez, de la Constitución Política del Perú, dispone que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial".

Esta exigencia constitucional importa que para la imputación de responsabilidad penal, debe anteceder a la condena un proceso, en el cual se investiguen los hechos imputados;

se acopie material probatorio útil, idóneo y pertinente; se efectúe una acusación; se realice un juicio donde se actúen los medios de prueba admitidos y se logre el convencimiento del juez, en grado de certeza, respecto de la ocurrencia de los hechos y la vinculación de estos con el procesado. Al respecto, Luigi Ferrajoli señala que: "(...)

si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido, el principio de jurisdiccionalidad al exigir, en su sentido lato, que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación, postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena"¹.

1.5. La garantía antes descrita está vinculada directamente con la de presunción de inocencia, prescrita en el artículo 2, inciso 24), parágrafo "e", de la Constitución. Según la cual, todo ciudadano que es imputado de la comisión de un delito, debe ser considerado inocente hasta que no se declare su responsabilidad penal a través de una sentencia definitiva.

Respecto de esta garantía señala B.

J. Maier, que: "(...) su contenido, al menos para el Derecho Procesal Penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución"².

1.6. En el presente caso, se atribuye al imputado la comisión del delito de Peculado doloso, por cuanto habría dispuesto de caudales del Estado, a través de donaciones a favor de terceros, sin realizar un análisis de su situación económica y estado de necesidad.

El análisis de la tipicidad objetiva del hecho imputado, nos lleva a determinar que se ha cumplido con los elementos materiales del tipo, en cuanto el imputado ostenta la condición de alcalde de la Municipalidad agraviada, existiendo una relación funcional entre él y los caudales o efectos del Estado;

por cuanto ostentaba la facultad de disponer de estos en razón de su cargo, conforme se verifica de las resoluciones emitidas –de fojas setenta y ocho a seiscientos treinta y tres–; asimismo, por razón del cargo, ostentaba la potestad de administración de los caudales o efectos de la Municipalidad, la conducta habría sido de apropiación para otro de dinero que era parte del presupuesto institucional y de materiales de construcción de la Municipalidad de Pacaipampa.

La disposición se ve corroborada tanto con las resoluciones expedidas, en las cuales se concedían las donaciones como las pericias contables –de fojas ochocientos cincuenta y nueve, mil ochocientos veinte y dos mil novecientos noventa y cinco–. En el extremo de la tipicidad objetiva puede verificarse en el hecho imputado.

1.7. En cuanto a la tipicidad subjetiva, este elemento del tipo requiere que “(...) el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo. No obstante, voluntariamente actúa; es decir, se los apropia o utiliza en perjuicio de la Administración Pública”³.

En cuanto a este elemento, es necesario analizar si el imputado habría actuado con el conocimiento necesario de la ilicitud de su conducta y si pese a ese conocimiento, continuó obrando y defraudando las expectativas normativas que tenía en razón de su función.

Se verifica de autos que las donaciones realizadas por el imputado, en su condición de alcalde distrital, habrían sido parte de un proyecto de apoyo social aprobado y fiscalizado por el Concejo Municipal, conforme con las declaraciones de los testigos Jilmer Calle Holguín –de fojas tres mil treinta y uno–, Daniel Calle Calle –de fojas tres mil veintisiete–, Elva Córdova de Córdova –de fojas tres mil treinta y cuatro– y de Salomón Holguín Calle –de fojas tres mil ciento treinta y siete– y de Wilson Holguín Chumacero –de fojas tres mil ciento cuarenta–; además de ello que, conforme con las declaraciones de dichos testigos, habrían sido sometidas a un procedimiento en el cual se evaluaba la situación económica y necesidades del solicitante; asimismo, se sometía a la solicitud a una evaluación por parte del área de presupuesto, tesorería y un área técnica –conforme con la declaración de Daniel Calle Calle–, el mismo que se desarrolló desde el año dos mil tres, incluso hasta el dos mil siete.

De tal forma que de autos se verifica que efectivamente existieron procedimientos en los que las solicitudes estaban acreditadas y eran evaluadas (conforme con las documentales de fojas tres mil ciento cincuenta y nueve a tres mil ciento noventa, que fueron solicitadas por la Sala Penal Liquidadora de Piura e incorporadas al proceso).

1.8. En ese sentido, debemos considerar que de autos se puede verificar que el imputado habría actuado bajo los efectos de un error de prohibición, el cual es considerado como “(...) la negación de la imputación subjetiva dolosa, por la imputación al autor de una situación penalmente relevante de desconocimiento de la realización de una conducta penalmente relevante”⁴. Este error influye en la valoración que el sujeto agente hace del sentido comunicativo de una determinada disposición. En estos casos, “(...) se atribuye al sujeto el conocimiento por percepción sensorial y valoración individual de los elementos del tipo, pero no la valoración global de su hecho como punible”⁵.

1.9. Conforme se verifica de autos, las circunstancias particulares que rodearon al hecho imputado fueron las de una comunidad en extrema pobreza, de un pueblo alejado en la serranía piurana; que las donaciones han sido constantes en el tiempo desde el año dos mil tres hasta el dos mil siete, lo que evidencia que el imputado habría actuado sin el nivel de conocimiento necesario para la valoración global de su conducta como reprochable

penalmente, de tal forma que percibía como correcto el realizar un apoyo a los pobladores más necesitados de la comunidad;

lo cual era asistido con la aprobación del Consejo Municipal, no comprendiendo la irregularidad de su actuación frente a una legislación municipal frondosa y compleja, que para el caso en concreto no viabilizaba la ayuda urgente que demandaba la población de Pacaipampa.

1.10. En ese sentido, como también ha sido considerado en los votos de los señores jueces supremos San Martín Castro y Rodríguez Tineo –considerando séptimo de su voto–, existieron factores que determinaron el conocimiento del imputado, como es la lejanía de la Municipalidad Distrital, la situación apremiante de los pobladores en extrema pobreza, la deficiencia en sus conocimientos en materia presupuestaria y la gran cantidad de solicitudes de apoyo social que eran tramitadas.

1.11. Al haber sido admitida la existencia de error, es necesario evaluar la posibilidad efectiva que tuvo el imputado de vencer o evitar el error. “(...) La vencibilidad se encuentra configurada como exigibilidad impuesta al autor de evitar caer en la situación de error, la cual se manifiesta precisamente como deber de cuidado”⁶.

Del caso se puede verificar que, ante la solicitud de ayuda por parte de la población, se habría sometido la decisión ante el Consejo Municipal; ente que habría aprobado la materialización del apoyo; asimismo, se verifica que las solicitudes tenían un trámite, el cual concluía con la expedición de la resolución administrativa, pero que previamente era evaluada por personal de la Municipalidad, como también estaban acreditadas, según el caso, con las documentales correspondientes (como certificados médicos o la constatación *in situ* de la situación de necesidad).

El “error de prohibición”, en el cual habría incurrido el imputado, se determina que es de carácter invencible, porque pese a su actuación adecuada normativamente no se logró el entendimiento de la ilicitud de su actuar, considerando siempre el imputado que los actos de donación eran suficientemente justificados en la necesidad y situación de extrema pobreza de la población.

1.12. Según lo dispuesto por el artículo 14, segundo párrafo, del Código Penal, el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Por tanto, el hecho imputado resultaría atípico por no concurrir la tipicidad subjetiva.

DECISIÓN Por estos fundamentos, mi voto es porque se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha cuatro de enero del dos mil trece, de fojas tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho, mediante la cual se condenó al ciudadano Juan Manuel García Carhuapoma como autor del delito de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pacaipampa, y se le impuso cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación por el mismo periodo de la pena principal, y se le obligó al pago de una reparación civil de ciento veintinueve mil cuatrocientos noventa y cinco nuevos soles; reformándola se **ABSUELVA** a Juan Manuel García Carhuapoma de los cargos formulados en su contra en la acusación fiscal. **SE ORDENA** el archivo definitivo de lo actuado, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y lo devuelve.

S. CEVALLOS VEGAS

1 FERRAJOLI, Luigi. Título original *Dirillo e ragione. Teoría del garantismo pende*. Traducción: *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Primera edición española, Editora Trotta, Madrid, 1995, p. 549.

2 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Fundamentos, segunda edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 495.

3 Francisco R. Heydegger y Atahuamán P. Jhuliana C. (coordinadores). *Delitos contra la Administración Pública*.

Primera edición, Editorial Idemsa, Lima, noviembre de 2013, p. 369.

4 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal-Parte General*. Segunda edición, Editorial Jurista Editores, marzo, 2012, p. 515.

5 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal-Parte General*, p. 520.

6 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal-Parte General*, p. 524.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

¿LA PRUEBA DE LOS HECHOS INSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL*

César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN **

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor censura la forma en que se vienen considerando probados los hechos institucionales en la praxis judicial. A su juicio, estos hechos solo pueden acreditarse legítimamente con la prueba establecida en la ley, y no con pruebas sustitutas ilegales e inconducentes, pues ello vulnera el derecho a la presunción de inocencia. En tal sentido, sostiene, por ejemplo, que en el delito de defraudación tributaria, la existencia de una renta debe probarse con una resolución de determinación de deuda tributaria y no con una simple pericia contable

MARCO NORMATIVO

- Constitución Política del Estado: arts. 2 inc. 24 literal e), y 20.
- Código de Procedimientos Penales: art. 283.
- Código Procesal Penal de 2004: arts. 158 inc. 1, y 393 incs. 1 y 2.
- Código Tributario: art 1, 8, 60, 61, 75, 76, 77 y 101 inc. 1.

I. Planteamiento del problema

En la actividad probatoria que se realiza en los procesos penales se aprecia un serio déficit en la consideración de las distintas clases de hechos que forman el objeto y tema de prueba.

La falta de diferenciación de los hechos procesales determina que fiscales acusen y jueces condenen violando la garantía procesal constitucional de presunción de inocencia al “probarse” los hechos sin emplear los medios de prueba previstos en la ley; es decir, se declara culpable a un ser humano y se le imponen penas, sin que existan pruebas.

Demostraré que es ilegal la práctica judicial de probar, por ejemplo, la existencia de una renta; o una modificación presupuestal indebida, con pericias contables.

La causa de la ilegalidad: desconocer los hechos institucionales y cómo se prueban.

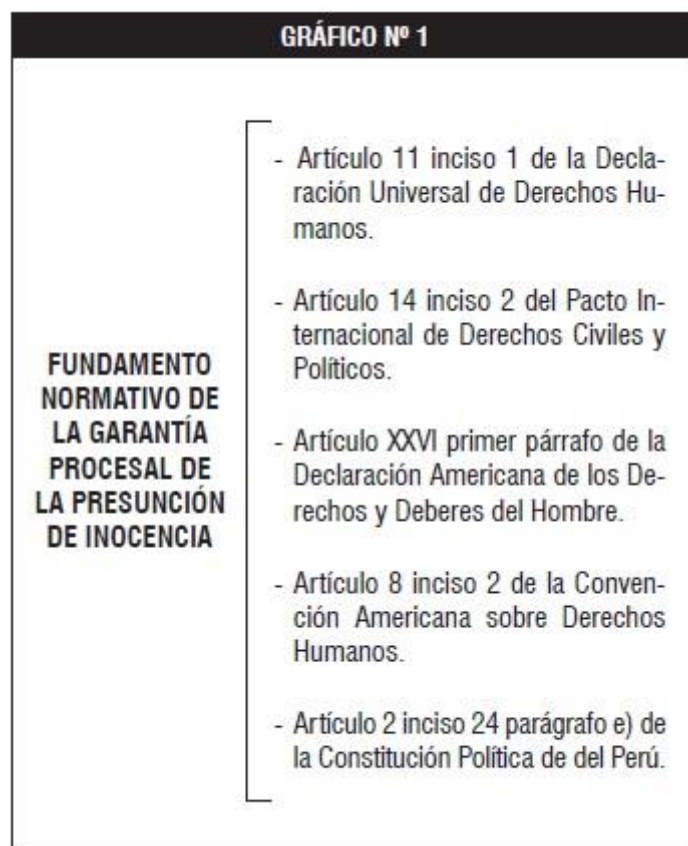
II. La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia y las reglas de valoración probatoria

Una de las principales garantías que un Estado Social y Democrático de Derecho ofrece al ciudadano, para que en el uso del poder punitivo o *ius puniendi* jamás sea instrumentalizado o cosificado, es la presunción de inocencia.

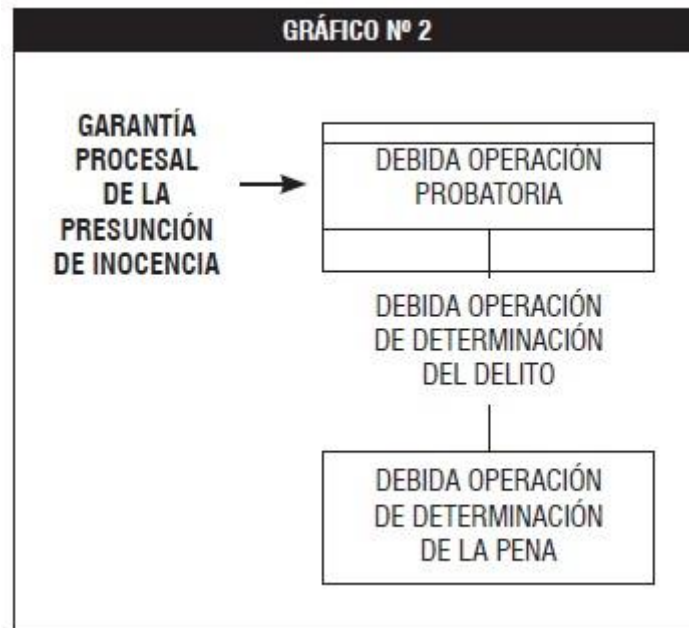
Para poder valorar pruebas en el proceso penal es necesaria una correcta operación probatoria;

así lo exige el respeto a la garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia.

La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia tiene el siguiente fundamento normativo¹ (ver gráfico N° 1).

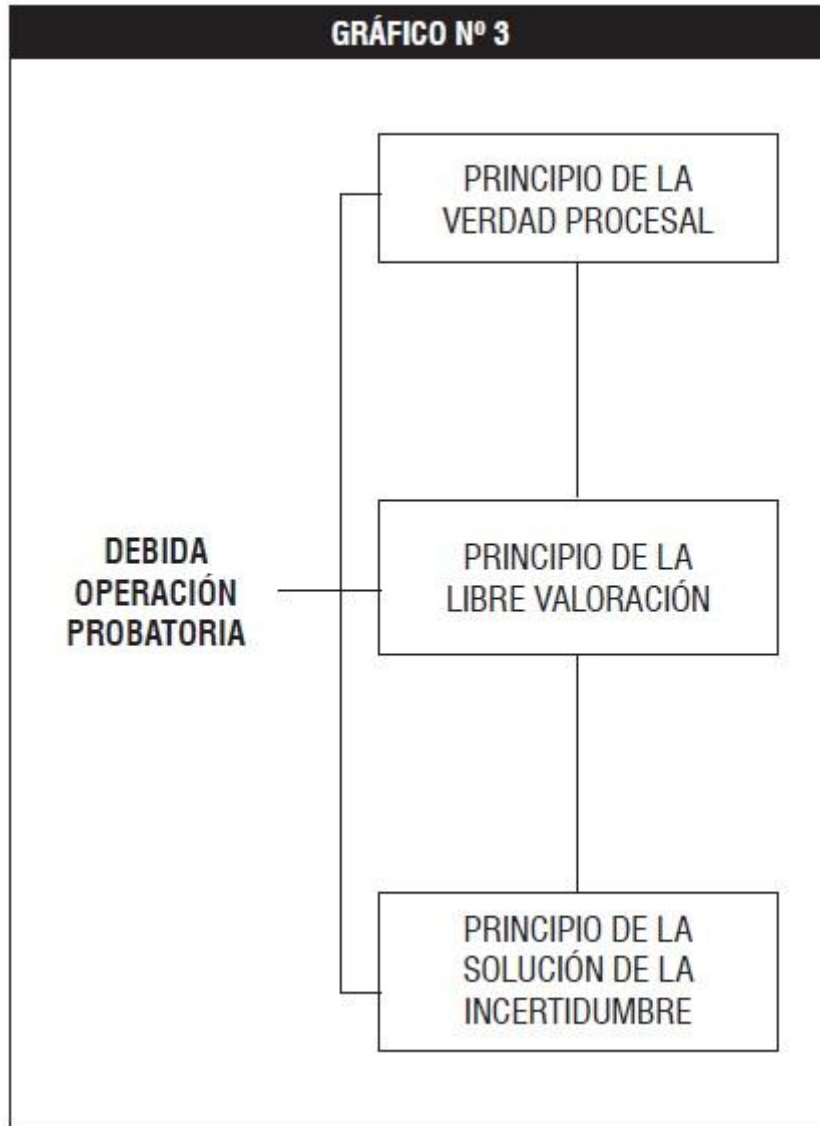


La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia funciona en el proceso penal, o si se prefiere se respeta, realizando una debida operación de valoración de la prueba, que incluso es la llave para poder aplicar correctamente la ley penal² (ver gráfico N° 2).



La debida operación probatoria exige la observancia de los siguientes principios^{3 4 5 6 7}

(ver gráfico N° 3).

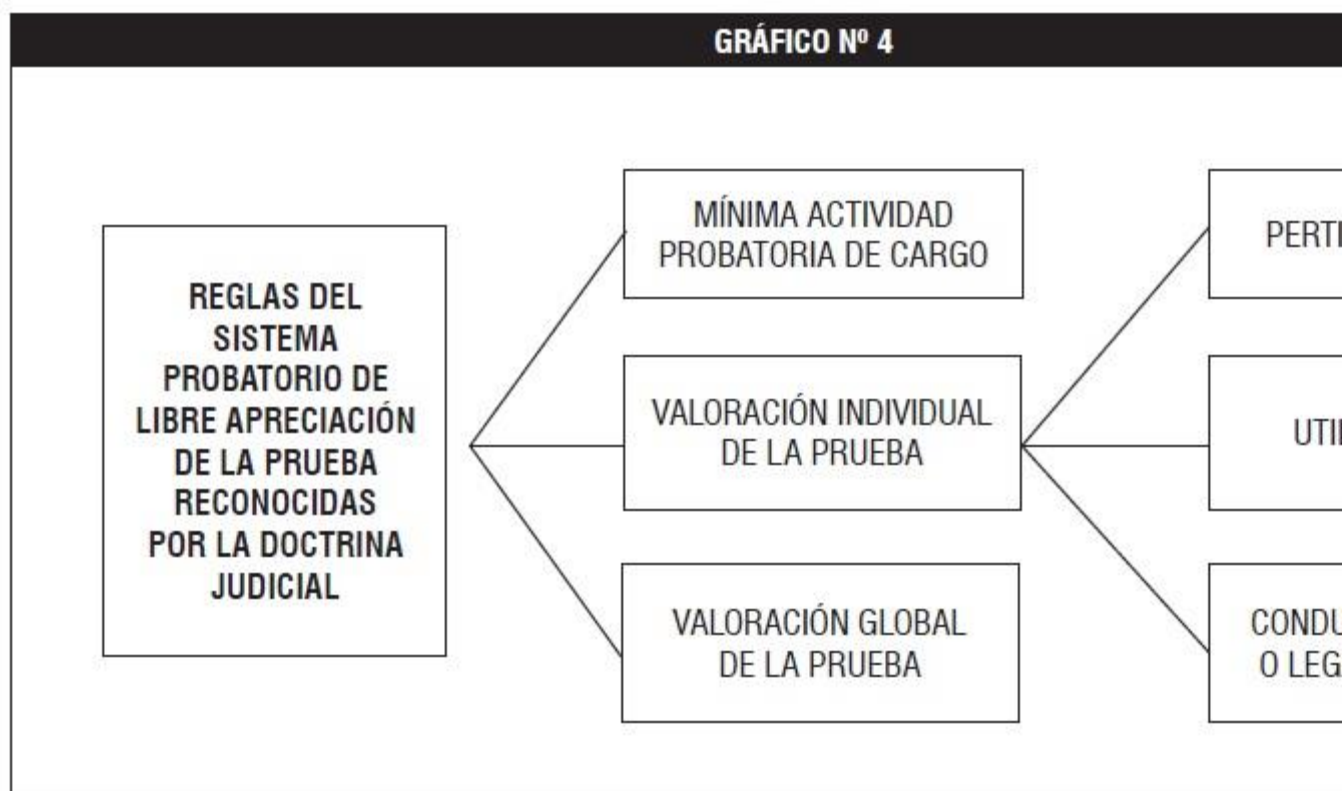


El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales de 1940 consagra al sistema de libre apreciación de la prueba a través de la fórmula “criterio de conciencia”; y los artículos 158 inciso 1 y 393 incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal de 2004 con la fórmula “reglas de la sana crítica”^{8 9 10}.

La Corte Suprema de Justicia ha definido el significado del sistema probatorio de libre apreciación o sana crítica como un juicio racional y lógico de los jueces, en el que se tiene que comprobar si la prueba de cargo quebró la presunción de inocencia a través de las siguientes reglas de funcionamiento¹¹

(ver gráfico N° 4).

GRÁFICO Nº 4



III. El objeto y el tema probatorio

En el derecho probatorio se distingue el objeto y el tema de prueba; el primero es abstracto, se refiere a todo hecho que puede ser probado; el segundo es concreto, lo que debe ser probado en el proceso en función de los hechos introducidos por las partes, en las afirmaciones que forman la pretensión o la resistencia^{12 13}.

IV. La libertad probatoria

Si bien es cierto que en el proceso penal existe libertad probatoria, en cuanto a la utilización de los medios de prueba hay una precisión:

los hechos objeto del proceso pueden establecerse con cualquier medio de prueba, pero no mediante cualquier procedimiento:

“libertad de medios no implica libertad de procedimiento”; lo contrario significaría arbitrariedad judicial y afectación de las garantías procesales constitucionales de las partes¹⁴.

El maestro argentino José Cafferata Nores afirma que la libertad de medios de prueba “no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a este se le concibe como una forma de asegurar y controlar la autenticidad, la seriedad y la eficacia de la prueba y los derechos de las partes”¹⁵.

Agrega el principal representante de la Escuela de Córdoba que cada prueba seguirá el procedimiento establecido por la ley, y “cuando se quiera optar por un medio no previsto, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquel, respetando sus formas y bajo sus mismas sanciones”¹⁶.

V. Los tipos de hechos procesales

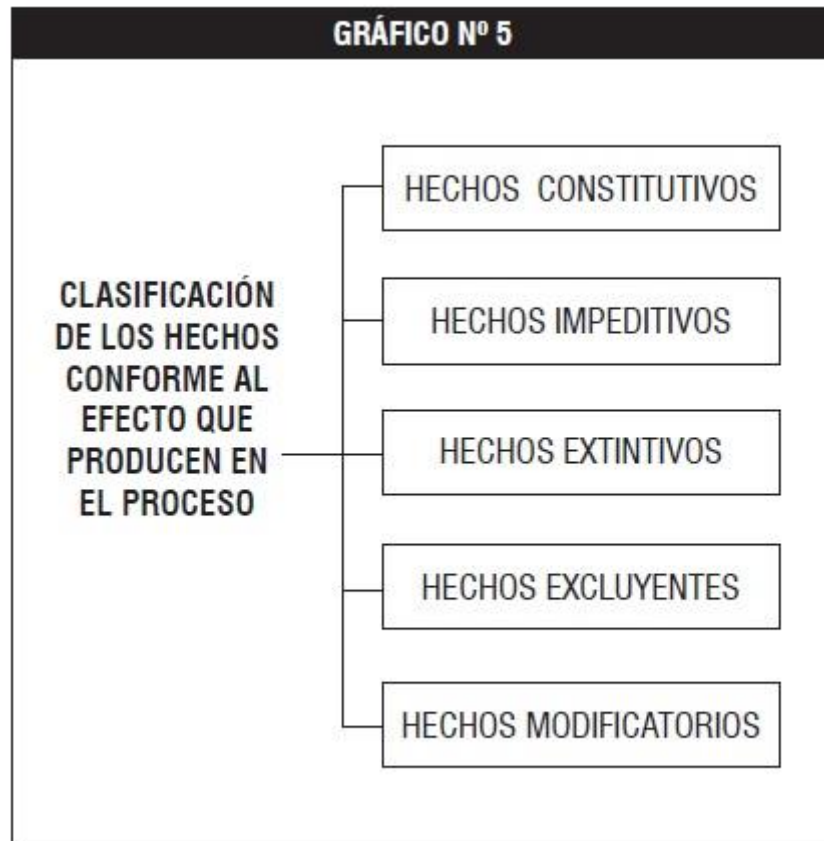
El objeto del proceso penal, por tanto el de prueba, está formado por diversos tipos de hechos; los cuales exigen el que se consideren dos clasificaciones:

En la teoría del proceso se distinguen los hechos en función de los efectos que surten en el proceso: **a)** hechos constitutivos;

b) hechos impeditivos; **c)** hechos extintivos;

d) hechos excluyentes; **e)** hechos modificativos¹⁷

18 (ver gráfico N° 5).



Esta clasificación es fundamental para distribuir carga de la prueba en el proceso penal;

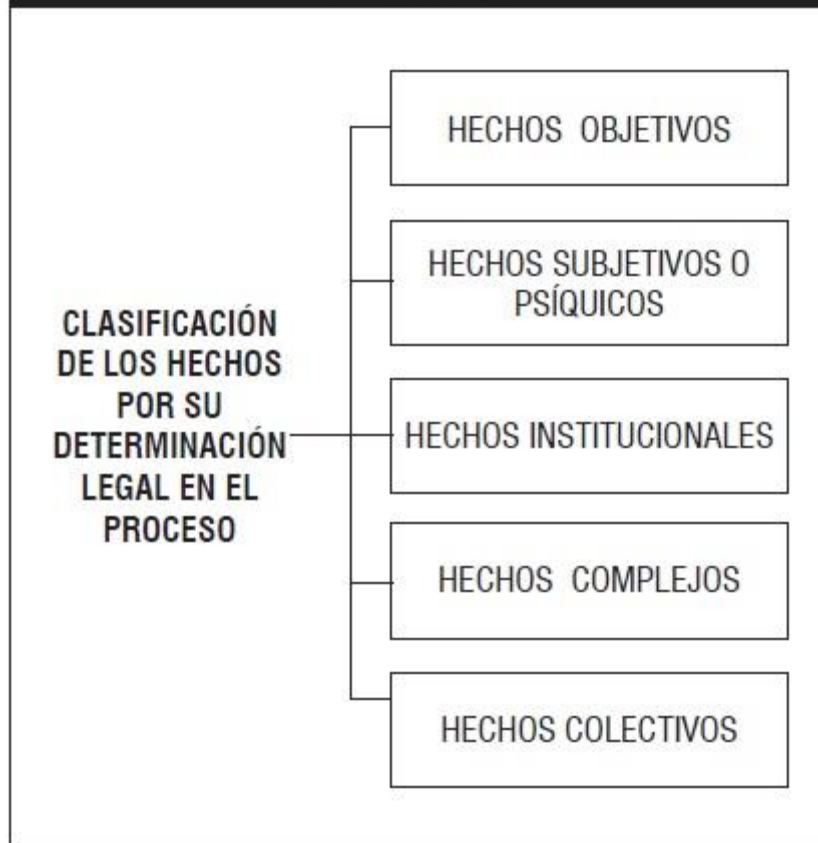
esta –se entiende– le corresponde al Ministerio Público, pero solo respecto de los hechos constitutivos del delito; los hechos impeditivos –una causa de justificación, por ejemplo–

deben ser probados por la parte que los postula, la defensa.

Otra clasificación de los hechos fundamental para la operación probatoria es la que los diferencia a partir de su determinación normativa.

Michele Taruffo, máximo exponente de la teoría de la prueba, señala que “es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye ‘el hecho’”¹⁹ (ver gráfico N° 6).

GRÁFICO N° 6



VI. Los hechos institucionales y su prueba

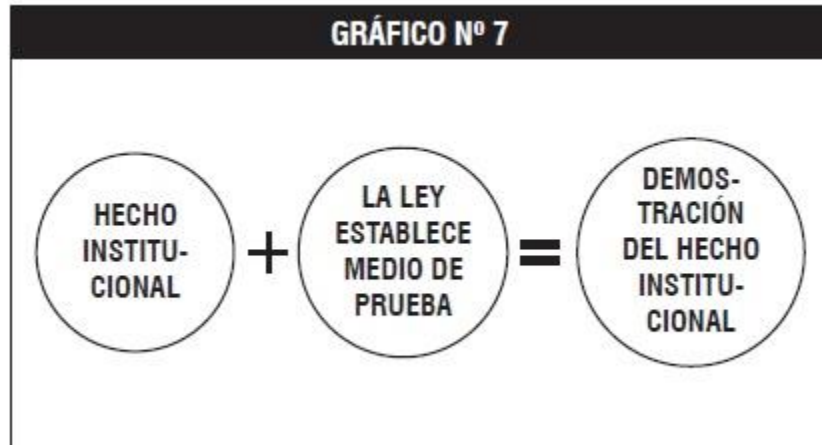
Los hechos institucionales son ciertos hechos externos que no están definidos en términos puramente fácticos, sino "jurídicamente condicionados", es decir, están definidos en relación con el Derecho; se tiene que recurrir a conceptos jurídicos para establecer su significado^{20 21}.

Los hechos institucionales son los que crea el Derecho; no existen en la realidad como los hechos objetivos o subjetivos, sino en el orden jurídico; por ejemplo, jurisdicción, orden constitucional, renta tributaria, etc.

Siendo creaciones del Derecho los hechos institucionales, la ley establece su existencia y prueba.

Por ejemplo, la condición de condenado de una persona existe a partir de una sentencia condenatoria firme; se prueba con la sentencia o el registro de la condena.

La regla: el tipo del hecho determina el medio de prueba que se debe emplear para demostrarlo, tiene especial aplicación con los hechos institucionales (ver gráfico N° 7).



En el proceso penal la demostración de los hechos institucionales exige determinar las leyes, las reglas jurídicas para determinar no solo la prueba (*ad probationem*), sino la existencia del hecho (*ad solemnitatem*)²².

VII. La prueba del hecho institucional renta

La renta en los procesos penales por delitos tributarios se suele probar con pericias contables;

demostraremos que esta prueba no es conducente o legal para acreditar el hecho constitutivo del delito.

La renta o tributo a pagar es un hecho institucional, no se puede determinar con cualquier tipo de prueba, sino la exigida por las normas tributarias, en este caso el Código Tributario; es indispensable acudir a sus reglas para fijar cómo se determina, es decir, cómo se prueba el tributo a pagar.

El artículo 1 del Código Tributario define a la obligación tributaria como “el vínculo entre el acreedor y el deudor tributario, establecido por ley, que tiene por objeto el cumplimiento de la prestación tributaria, siendo exigible coactivamente”.

El artículo 2 señala el nacimiento de la obligación tributaria “cuando se realiza el hecho previsto en la ley, como generador de dicha obligación”.

El artículo 8 define que el contribuyente “es aquel que realiza, o respecto del cual se produce el hecho generador de la obligación tributaria”.

El examen dogmático-jurídico de las disposiciones citadas del Código Tributario permite establecer que las rentas son los hechos generadores del impuesto a la renta (tributo)

realizados por el contribuyente, definidos en la Ley General del Impuesto a la Renta, y que dan nacimiento a la obligación tributaria, que al ser exigible se convierte en deuda tributaria y, por lo tanto, la condición de deudor tributario.

El artículo 60 establece que el inicio de la determinación de la obligación tributaria comienza con la declaración jurada del contribuyente, pues el artículo 61 señala que está sujeta a fiscalización o verificación por la Administración Tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada, emitiendo la resolución de determinación, orden de pago o resolución de multa²³.

El artículo 75 expresa claramente que concluido el proceso de fiscalización o verificación, la Administración Tributaria emitirá la correspondiente resolución de determinación, resolución de multa u orden de pago, si fuera el caso.

El artículo 76 afirma que la resolución de determinación “es el acto por el cual la Administración Tributaria pone en conocimiento del deudor tributario el resultado de su labor destinada a controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y **establece la existencia del crédito o de la deuda tributaria**;

de allí que, conforme al artículo 77, entre sus elementos están: **el deudor tributario; el tributo** y el periodo al que corresponda; la base imponible; la tasa; la cuantía del tributo y sus intereses; el carácter **definitivo** o parcial del procedimiento de fiscalización”.

La renta, la obligación y la deuda tributaria, esto es, el tributo a pagar, se establece en el proceso administrativo con la emisión de la resolución de determinación que solamente surte eficacia desde que adquieren firmeza.

El artículo 101, inciso 1 del Código Tributario señala como potestad del Tribunal Fiscal conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de la Administración Tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra resoluciones de determinación, resoluciones de multa u otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria.

Según las normas del Código Tributario, la renta, la obligación y la deuda tributaria, o sea, el tributo a pagar, todavía no tienen existencia jurídica, pues téngase presente que al igual que una sentencia, la resolución de determinación debe ser confirmada por el Tribunal Fiscal.

En conclusión, los hechos institucionales:

renta, obligación, deuda tributaria, la condición de deudor tributario, esto es el tributo a pagar, en aplicación del principio de conducencia o legalidad solamente puede ser demostrado con un tipo de prueba: el documento público resolución de determinación firme.

Sin la prueba documental, la resolución de determinación firme, el fiscal no puede acusar y el juez menos condenar por el delito de defraudación tributaria, al ser el tributo a pagar un elemento del tipo penal, que se refiere a:

“Ocultar, total o parcialmente, bienes, ingresos rentas, o consignar pasivos total o parcialmente falsos para anular o reducir **el tributo a pagar**”.

Habiéndose establecido que el hecho institucional renta, conforme a la regla legal, solo se puede probar con el documento público resolución de determinación de deuda tributaria firme, resulta sorprendente y cuestionable la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la que erradamente se sostiene que la renta se puede probar prescindiendo del proceso administrativo de determinación de deuda tributaria²⁴:

“Considerando Tercero: Si bien se ha producido paralelamente a la investigación judicial, el procedimiento administrativo **donde se anuló** las resoluciones que establecieron la determinación de lo adeudado; también lo es que esta circunstancia **no enerva el carácter delictuoso de la conducta reprochada**, porque el procedimiento administrativo se circunscribe al **quántum de lo adeudado**” (el resaltado es del autor).

Esta ejecutoria suprema, por suerte única hasta donde conozco, no solo implica un grave error o desconocimiento grosero del Derecho Tributario, sino que incluso podría configurar delito de prevaricato.

Ninguna norma del Código Tributario justifica la afirmación que el proceso administrativo tributario solo determine el monto de la deuda tributaria; ya se explicó que establece la

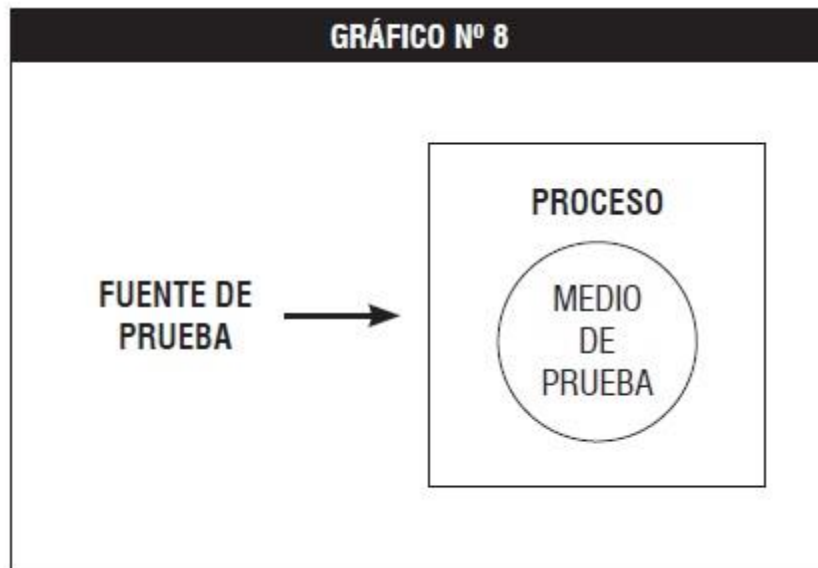
existencia del hecho imponible, la obligación de pago de impuestos del contribuyente, y la deuda tributaria; no solo cuánto se debe.

Y lo más terrible de la ejecutoria: desconoce para la prueba del delito, que en el proceso tributario se ha declarado que no existió renta, que no hubo deuda tributaria; ¿cómo declarar la comisión de defraudación tributaria si no ha existido una renta que ocultar? ¡La Corte Suprema condenó por homicidio a una persona por “matar” a Batman; un personaje ficticio!

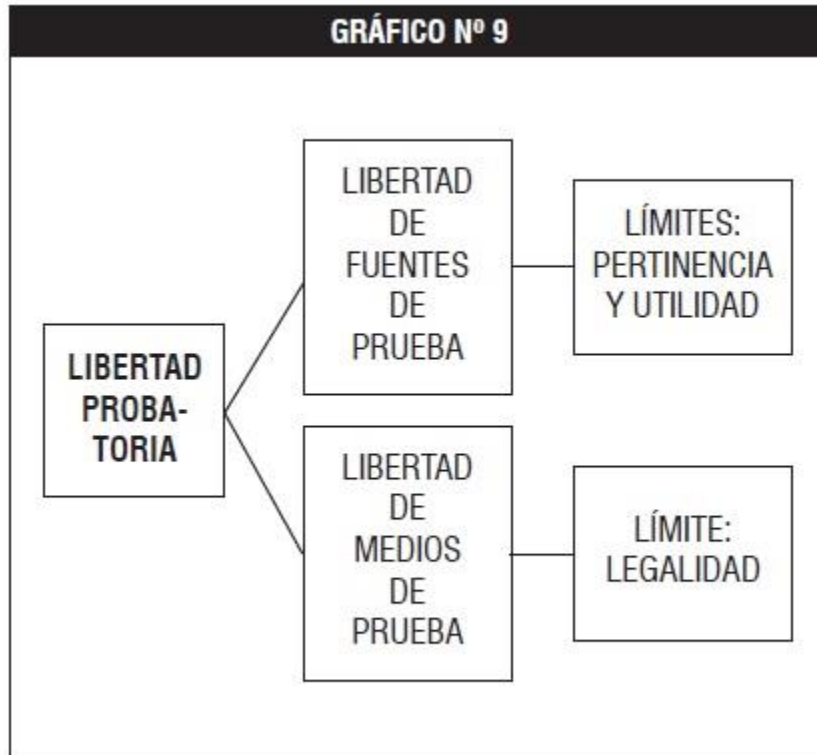
El documento público resolución de determinación de deuda tributaria no se puede reemplazar con la pericia contable.

Es necesario entender por qué hay que diferenciar fuente de prueba y medio de prueba.

El gran maestro español Santiago Sentis Melendo no creó, pero explicó brillantemente la fundamental distinción entre la fuente y el medio de prueba. La fuente de prueba es un concepto extrajurídico que corresponde necesariamente a una realidad anterior y extraña al proceso, existe con independencia de que llegue a realizarse o no en un proceso judicial. El medio de prueba, en cambio, es un concepto jurídico-procesal; es el mecanismo, el procedimiento para incorporar las fuentes de prueba al proceso^{25 26 27 28 29 30 31 32 33 34} (ver gráfico N° 8).



Respecto a las fuentes de prueba, la libertad probatoria tiene solo como límites a la pertinencia o relevancia, y a la utilidad; los medios de prueba están limitados por la legalidad o conducencia (ver gráfico N° 9).



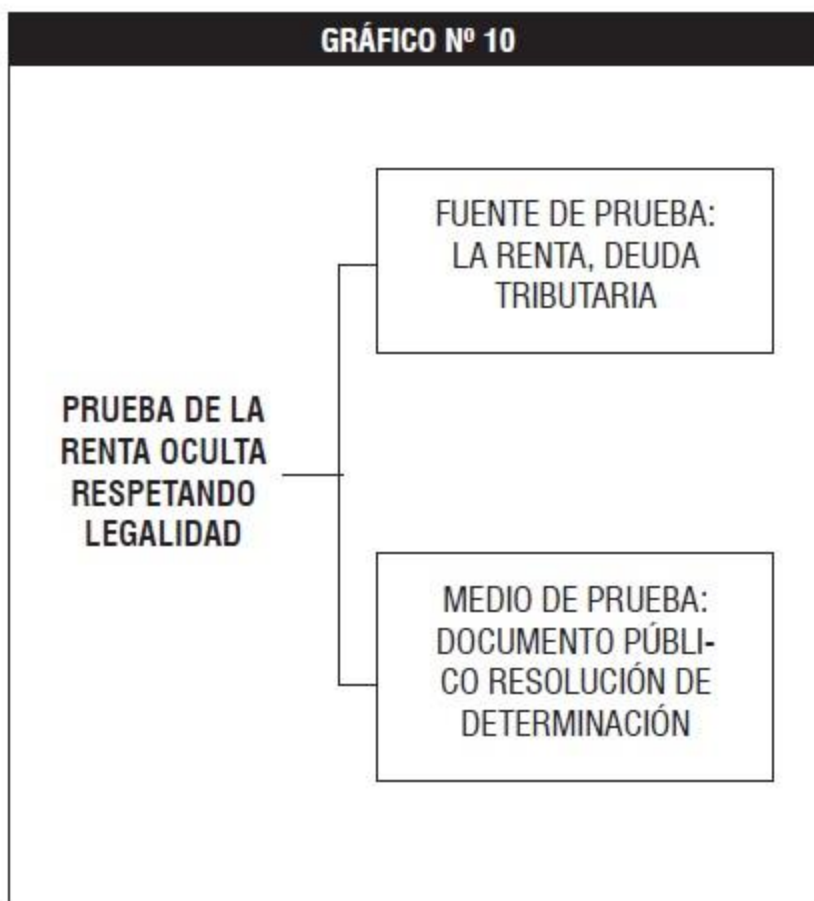
En la pericia contable que se utiliza en el proceso penal por delito tributario, ¿cuáles son las fuentes de prueba?

Las fuentes de prueba son los hechos institucionales:

renta y deuda tributaria, que conforme al principio de legalidad, solamente pueden ser incorporados por el medio probatorio documento público resolución de determinación; no a través del medio de prueba pericial.

No es constitucional, por violación a la presunción de inocencia, condenar al acusado por delito tributario "probando" la renta oculta con una pericia contable, cuando la ley exige una resolución de determinación de deuda tributaria firme (ver gráfico N° 10).

GRÁFICO Nº 10



En el proceso penal por delito de defraudación tributaria en la modalidad de ocultamiento parcial de renta, identificado como Expediente N° 7024-2009 seguido ante el Octavo Juzgado Penal Unipersonal de Trujillo, al término del juzgamiento se dictó la sentencia del 7 de diciembre de 2012, en la que acertadamente el juez estableció que no se podía condenar al acusado sin resolución de determinación de deuda tributaria firme.

La Sala de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia mediante sentencia de vista del 5 de noviembre de 2013, señalando el “triste” argumento de que en la Corte Superior de Justicia de La Libertad se condena con pericia contable, sin necesidad de resolución de determinación de deuda; por cierto sin “obsequiar” una frase para argumentar la prueba del hecho institucional³⁵.

VIII. La prueba del hecho institucional modificación presupuestal indebida

Idéntico problema se produce en el Distrito Judicial de Ayacucho con los procesos penales por delito de malversación de fondos; se formula acusación considerando como prueba de la modificación presupuestal indebida, que forma parte de la acción típica, a la pericia contable, la que resulta ilegal o inconducente para demostrar el hecho constitutivo del peculado impropio³⁶.

El presupuesto público, su proceso de ejecución, las modificaciones presupuestales, no son hechos que existen en la naturaleza, son evidentes creaciones del Derecho presupuestal, por lo tanto, son hechos institucionales.

La modificación presupuestaria y el procedimiento que ha seguido, siendo hechos institucionales no se pueden determinar con cualquier tipo de prueba, sino con la exigida por la ley.

La aplicación debida o legal de los fondos públicos que se realiza en ejecución del presupuesto está prevista en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N° 28411, en específico en su Capítulo IV

- Ejecución Presupuestaria, Sub Capítulo III - Modificaciones Presupuestarias.

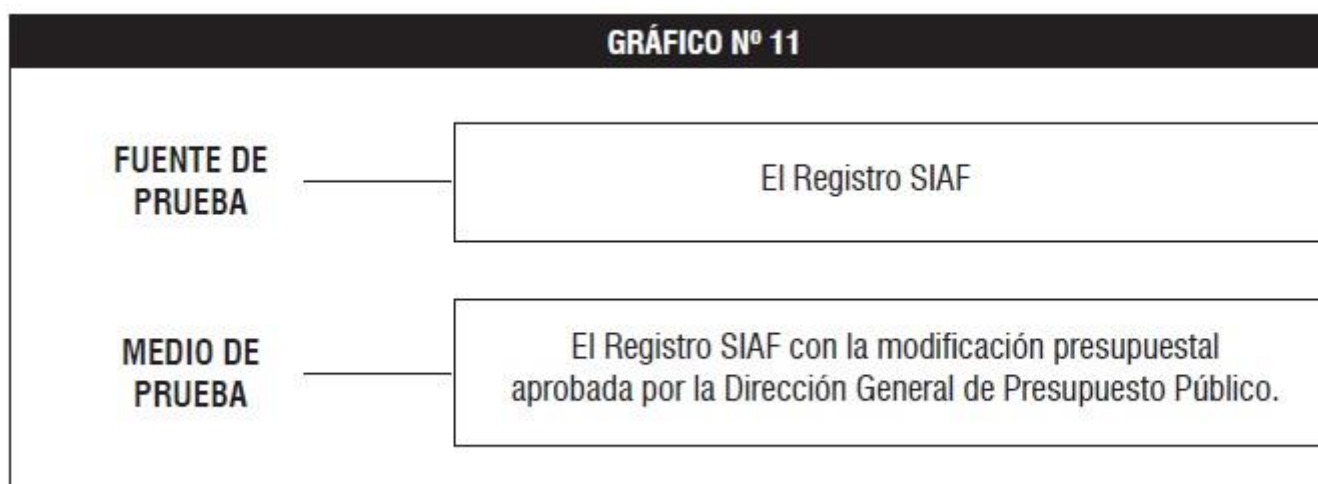
De acuerdo a la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto [artículos 3, 4 inciso a), y 28], la Dirección General de Presupuesto Público, Órgano del Ministerio de Economía y Finanzas, como la más alta autoridad técnica administrativa en materia presupuestaria, tiene el control presupuestal del gasto público.

La ejecución del presupuesto y sus modificaciones se realizan informáticamente a través del Sistema Integrado de Administración Financiera a cargo de la Dirección General de Presupuesto Público.

En un caso de malversación de fondos hay que probar si las modificaciones presupuestarias se realizaron siguiendo el procedimiento establecido en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

El Registro SIAF es la fuente de prueba y el medio de prueba; se trata de la forma legal que se realice y pruebe si hay una modificación presupuestal aprobada.

Recuérdese el caso único del documento, donde fuente de prueba y medio de prueba documental prácticamente resultan lo mismo (ver gráfico N° 11).



Solamente la Dirección General de Presupuesto Público puede establecer si una modificación presupuestaria es errada por no existir saldos de libre disposición.

La única prueba de cargo en un proceso penal cuyo hecho objeto de imputación es una ilegal modificación presupuestal es la desaprobación de la modificación por parte de la Dirección General de Presupuesto Público; si esta no existe en el proceso penal la imputación no puede mantenerse y menos sustentar una condena.

Una pericia contable no puede demostrar hechos institucionales, menos si prescinde de verificar el SIAF.

Los casos que motivan esta reflexión resultan inconstitucionales por violación a la presunción de inocencia porque continúan a pesar de haberse demostrado que la Dirección General de Presupuesto Público aprobó las modificaciones del presupuesto público del Gobierno Regional de Ayacucho.

IX. La prueba del hecho institucional acto irregular en el ejercicio de la abogacía

En el proceso penal seguido al ex ministro de Justicia Aurelio Pastor Valdivieso, este fue condenado en primera instancia como autor de tráfico de influencias simuladas a partir del audio de un diálogo que sostuvo dentro de la relación abogado-cliente con la ex alcaldesa de la Provincia de Tocache, Corina de la Cruz Yupanqui.

La exalcaldesa iba a ser vacada por tener una condena confirmada por difamación agravada, por lo que requería que Aurelio Pastor colabore con el abogado que participaba en el caso. Pastor explica que, a su criterio, no se produciría la vacancia sino la suspensión, por ser esta la posición asumida por el Jurado Nacional de Elecciones ante casos penales no terminados, pues estaba pendiente el recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia; y que sí se lograría anular la condena porque no se había realizado pericia del audio con las frases difamatorias a pesar de que la sentenciada no reconoció su voz, conforme a la jurisprudencia. Indica que se entrevistaría con miembros del Jurado Nacional de Elecciones para buscar tiempo que permita avanzar en el procedimiento del recurso de nulidad, y que igualmente lo haría con el Fiscal Supremo en lo Penal para tratar de acelerar el dictamen, pues estimaba que al ser inminente la suspensión se trataría de que, con la anulación de la sentencia condenatoria, sea lo más corta posible.

Ante comentarios de la cliente sobre si su problema podría ser solucionado con dinero (sobornos), el abogado le dijo que no, explicando que los miembros del jurado eran sus amigos, por lo que sabía que eran personas correctas y, por tanto, era imposible utilizar dinero; advirtiendo que si alguien sugería lo contrario, engañaría a la exalcaldesa.

El abogado da cuenta de sus visitas, informando que al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones le había solicitado tiempo, todo el plazo legal, y de ser posible más; y que al Fiscal Supremo Penal lo convenció para un dictamen rápido y favorable; explicando que el caso tenía tiempo en el despacho fiscal, que había ido al Poder Judicial por breve término para un informe ante el Jurado Nacional de Elecciones; y que respecto al fondo, el Fiscal Supremo tenía un antecedente aplicable, el dictamen en el caso del periodista Paul Garay Ramírez.

No corresponde aquí presentar íntegramente la defensa del caso, ello será quizá materia de otro artículo; solamente quiero resaltar que si los hechos objetos del diálogo fueron actos de abogacía y de ejercicio legítimo, se determinaron sin prueba, solo con apreciaciones; por ejemplo, se consideró que no eran de abogacía porque no hubo “apersonamiento” o pidió tiempo más allá del plazo legal.

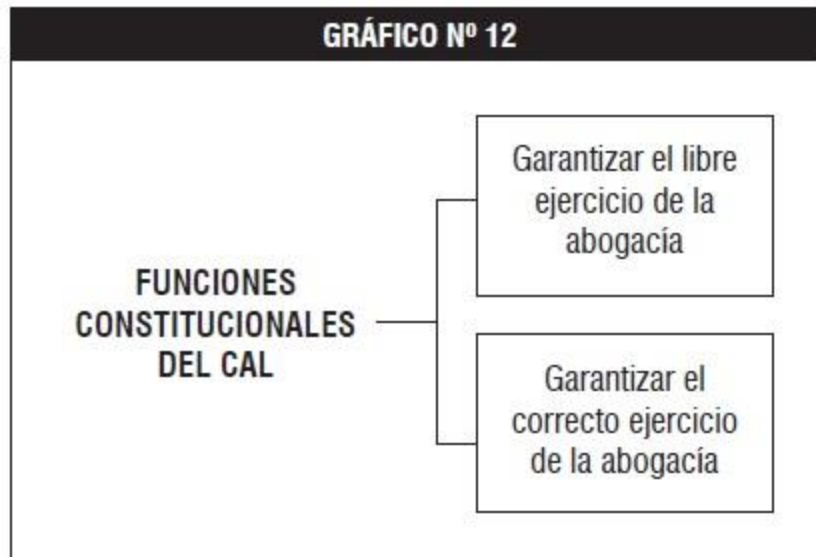
Tratándose de un caso de mala práctica profesional, ¿por qué en el caso de un médico, ingeniero, etc., si sería indispensable acudir a las reglas de la profesión –*lex artis*– a través de actividad probatoria, incluso acudiendo a los Colegios Profesionales; y en el caso del abogado, no?

No podría razonarse que es innecesario porque los jueces son abogados, pues se condenaría con conocimientos privados, lo que prohíbe la garantía de presunción de inocencia.

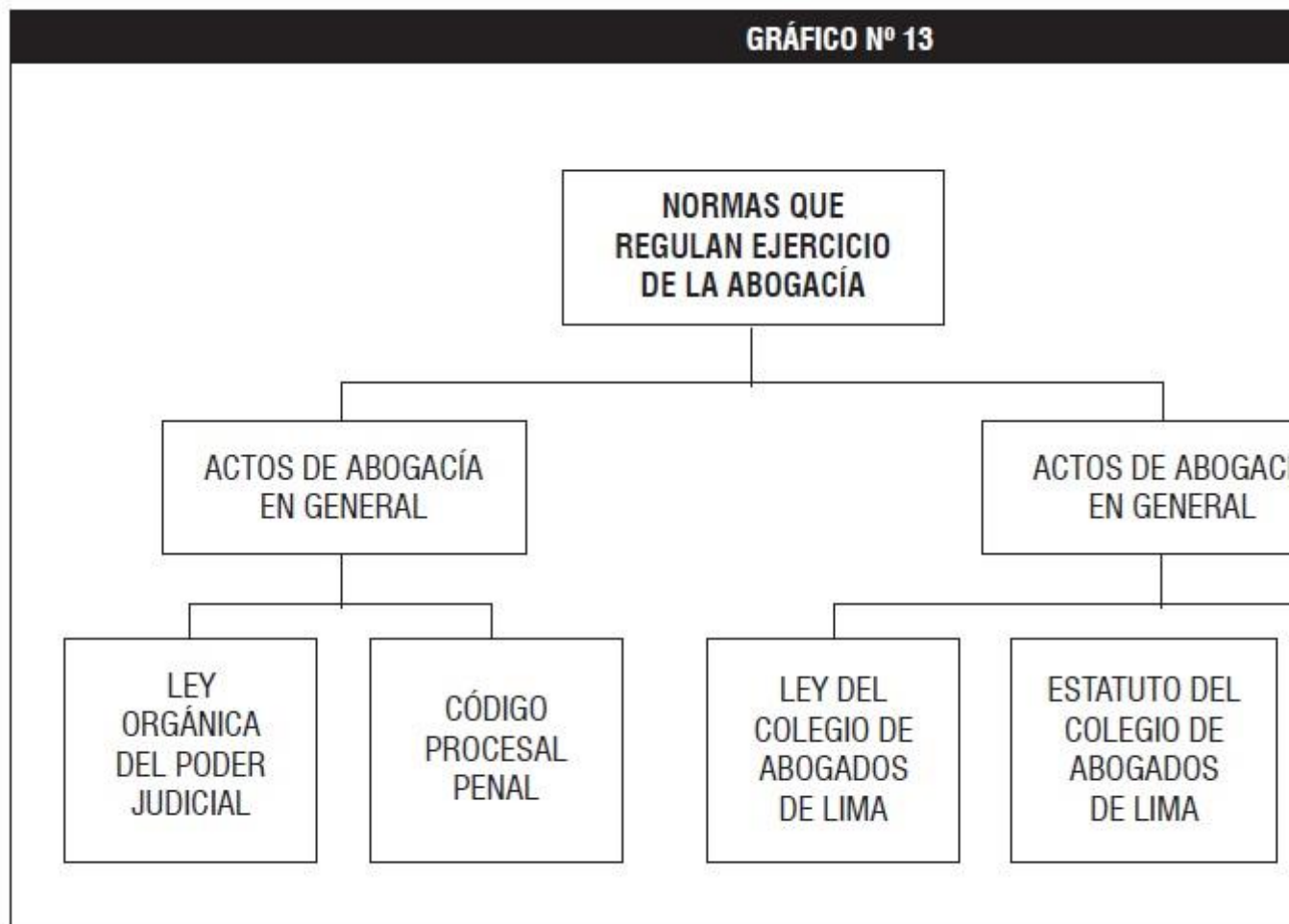
La abogacía, los actos que abarca su ejercicio profesional, su corrección, son hechos institucionales, su prueba depende de lo que establezca la ley.

El Tribunal Constitucional interpretando el artículo 20 de la Constitución, establece que este otorga rango constitucional a los Colegios de Abogados, asignándole dos funciones:

a) garantizar el libre ejercicio de la abogacía; y b) garantizar el correcto ejercicio de la abogacía. Así lo ha establecido en la STC del 20 de febrero de 2006, proceso de inconstitucionalidad en el “caso Colegio de Periodistas del Perú”, fundamento jurídico 937; y en la STC del 11 de diciembre de 2006, proceso de amparo en “caso José Silva Vallejo”, fundamentos jurídicos 4 a 12 (ver gráfico N° 12).



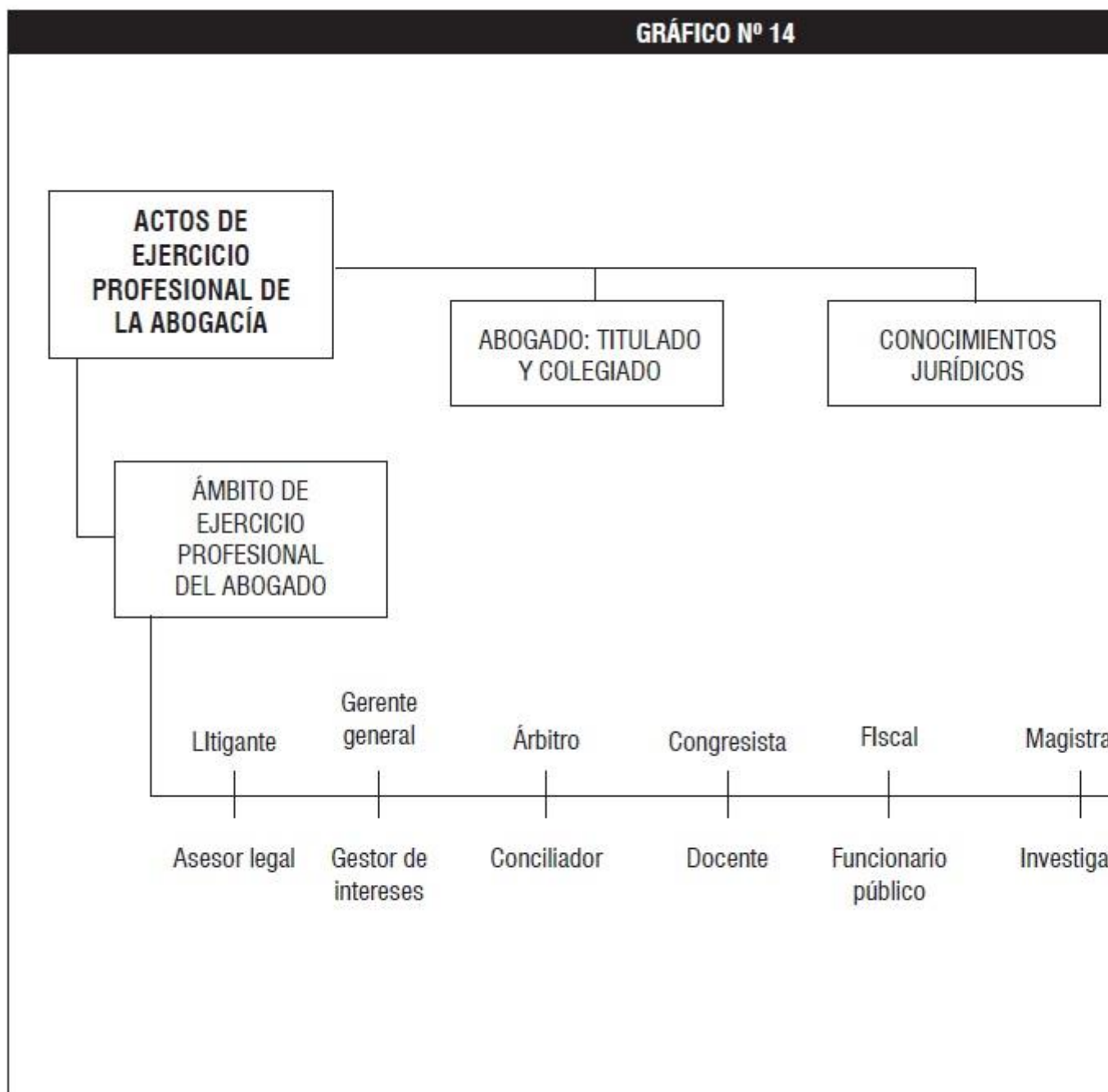
La Constitución reconoce, conforme al Tribunal Constitucional, autonomía normativa por la que el Colegio de Abogados establece sus reglas de ejercicio profesional –*lex artis*–; para determinarlas hay que verificar si se trata de un acto de abogacía en un proceso judicial o fuera de este (ver gráfico Nº 13).



En el proceso comentado se trataría de actos de abogacía en general.

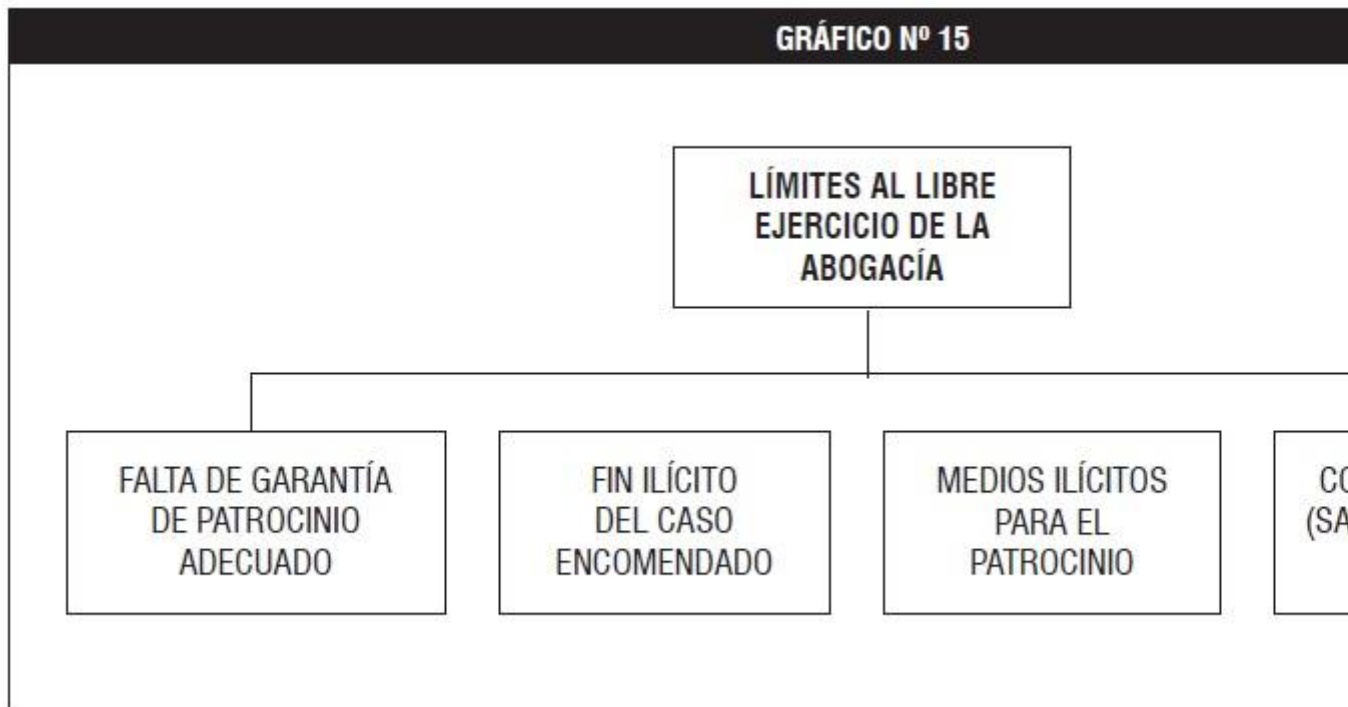
El Código de Ética Profesional rige todos los ámbitos de la abogacía: patrocinio judicial, administrativo, consultoría, asesoría, función jurisdiccional, y cualquier otra en la que se necesite título de abogado (artículo 1).

En el Glosario de Términos del Código de Ética Profesional se define ejercicio profesional como la actividad en la que el abogado utiliza sus conocimientos jurídicos con independencia de si es remunerado o no. Incluye desempeñarse como litigante, asesor legal, gestor de intereses, árbitro, conciliador, congresista, docente, fiscal, funcionario público, magistrado, investigador, comentarista en asuntos jurídicos, y todo aquel trabajo profesional o académico donde el abogado utilice dichos conocimientos (ver gráfico N° 14).



El abogado tiene la libertad para aceptar todo tipo de causas, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de los derechos del cliente dentro del marco jurídico aplicable (artículo 18).

El libre ejercicio de la abogacía o de patrocinio tiene los siguientes límites: (ver gráfico N° 15)



El abogado no debe realizar soborno, en sentido amplio, como medio para patrocinar.

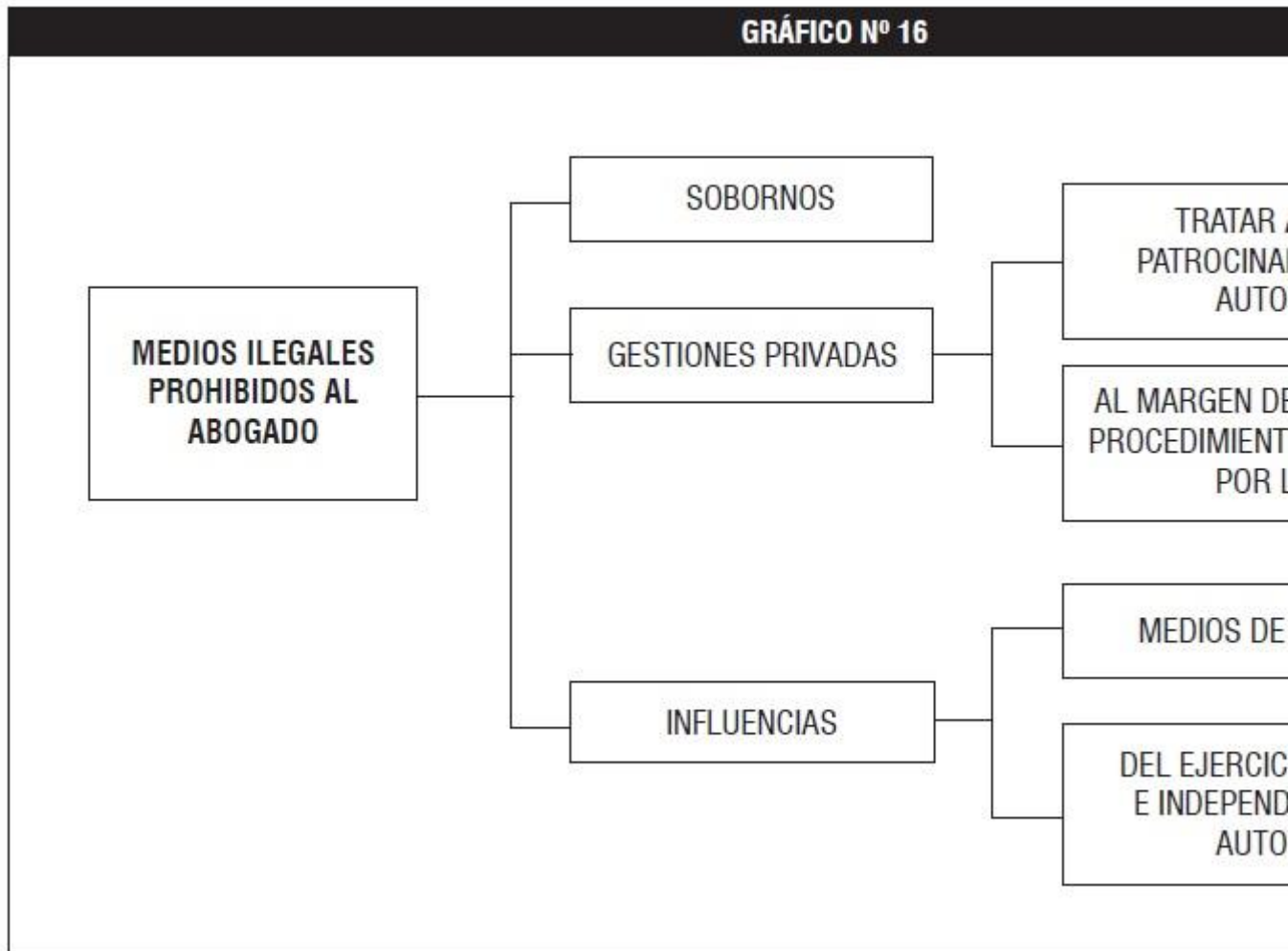
Tiene el deber de instruir a su cliente de que no puede incurrir en cohecho; y de renunciar si lo hace (artículo 56). Se trata de un deber del abogado en la relación con las autoridades.

El abogado no debe realizar gestiones privadas, es decir, tratar asuntos que patrocina con la autoridad que los conoce, al margen de los medios y procedimientos permitidos por la ley (artículo 57). Se trata de un deber del abogado en la relación con las autoridades.

El abogado no debe utilizar medios que representan una injerencia para el ejercicio imparcial e independiente de la autoridad (artículo 63).

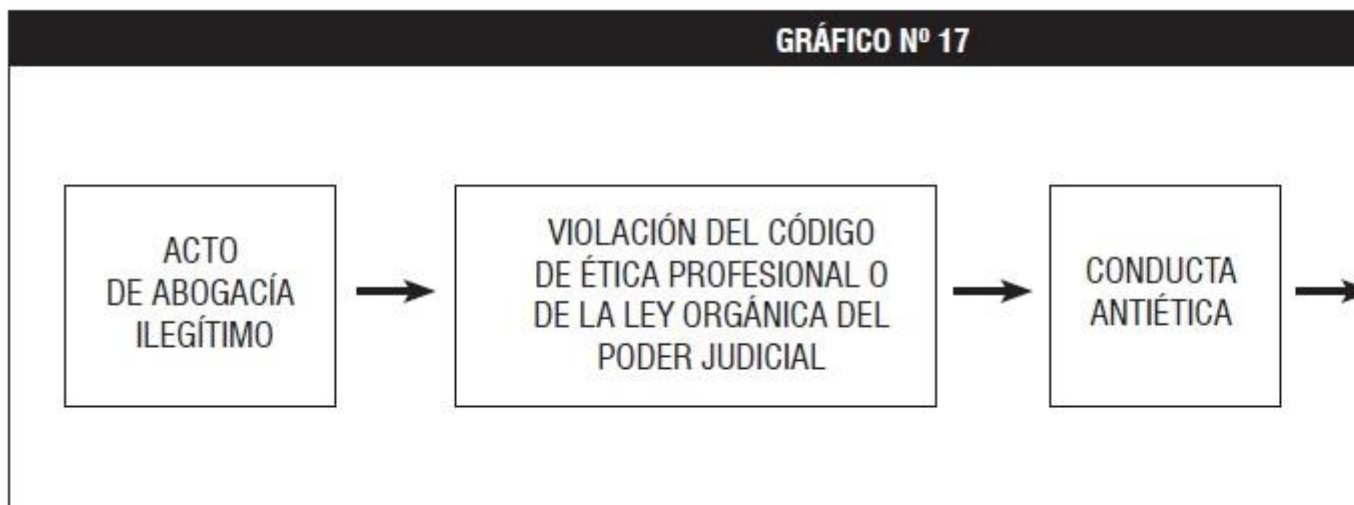
El artículo 63 del Código de Ética Profesional prohíbe la influencia, entendida como injerencia en el ejercicio imparcial e independiente de una autoridad; esto es, procurar que tome una decisión parcializada o presionada por la relación con el abogado (ver gráfico N° 16).

GRÁFICO Nº 16



La necesidad de probar hechos institucionales comentados, respetando la libertad constitucional del libre ejercicio de la abogacía³⁸, exige la siguiente operación: (ver gráfico Nº 17).

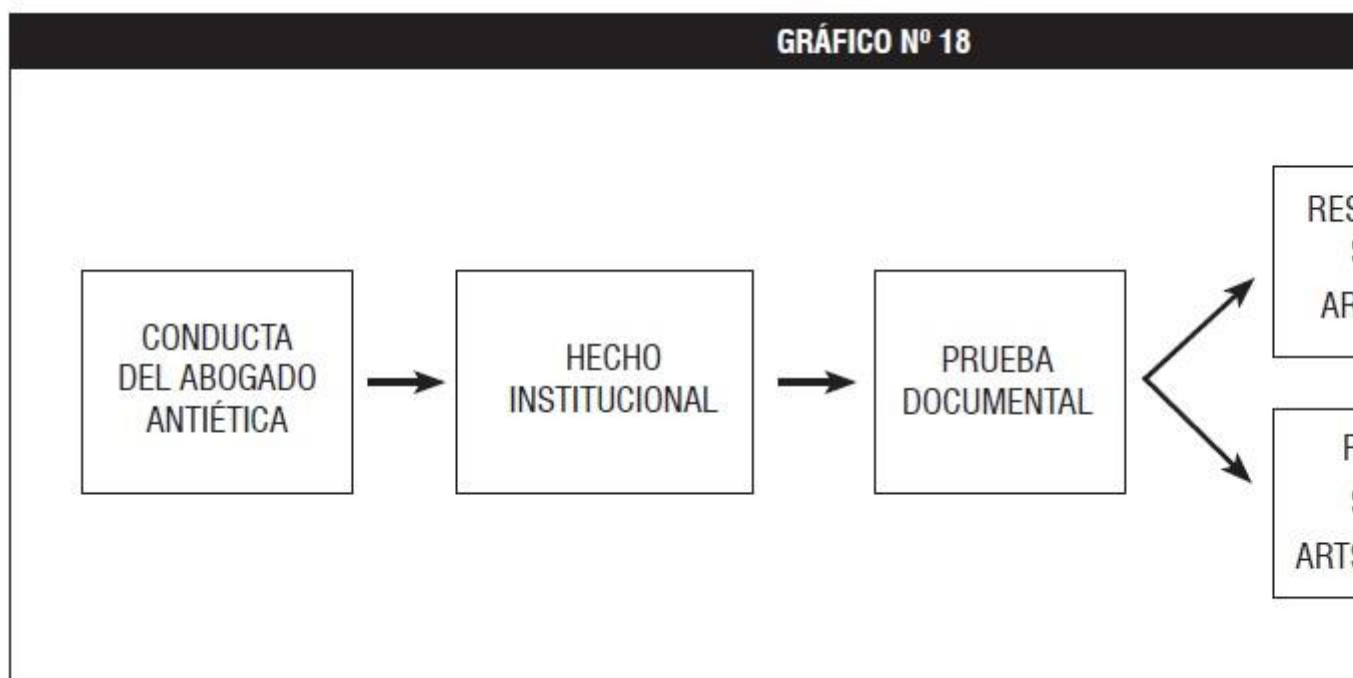
GRÁFICO Nº 17



Para realizarla es indispensable determinar cómo la norma jurídica señala que se prueba si un acto es ejercicio de la abogacía, para evitar que a un abogado se le pretenda encarcelar por no apersonarse, sin considerar que los gestores de intereses no intervienen en procesos; se presentan ante la autoridad de forma pública, no privada, utilizando sus conocimientos jurídicos.

Asimismo, frente al cuestionamiento de pedir tiempo más allá del plazo legal, se debe considerar el artículo 60 del Código de Ética Profesional, que prohíbe el abuso del proceso generando dilaciones innecesarias; esto es, si admite las dilaciones necesarias como la defensa de prescripción de la acción penal.

En caso de procesos judiciales, la conducta procesal indebida se prueba con un documento público: la resolución judicial; igual con el acto de abogacía indebido fuera de proceso: con la resolución sancionatoria del Colegio de Abogados de Lima (ver gráfico N° 18).



Si las pericias contables no reemplazan a la prueba que exige la ley, menos lo harán en este caso los conocimientos privados del juez o las apreciaciones del fiscal.

X. Conclusiones

- La garantía procesal constitucional de presunción de inocencia prohíbe demostrar hechos con pruebas ilegales o inconducentes.
- El objeto y el tema de prueba lo forman diversos tipos de hechos procesales.
- Un tipo de hecho procesal son los hechos institucionales.
- Los hechos institucionales solo se demuestran con la prueba establecida en la ley.
- En la praxis judicial no se distinguen los hechos institucionales y la forma legal de probarlos.

* Como ya es costumbre desde hace más de tres años, en este artículo es mi colaborador Exson Vilchérrez Ato, quien me asiste eficientemente en la actividad académica y profesional.

** Abogado socio del Estudio Sousa & Nakazaki. Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Ética Profesional de la Universidad de Lima y la Academia Nacional de la Magistratura.

1 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. "La valoración de la prueba pericial en el proceso penal". En: *Anuario 2013 - Alerta Informativa*. Estudio Loza Ávalos, Lima, 2013, p. 148.

2 Ídem.

3 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 895-896.

4 CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 72 y ss.

5 FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 91 y ss.

6 TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdad*. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 184 y ss.

7 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. "La valoración de la prueba pericial en el proceso penal", p. 148.

8 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 715-720.

9 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 8ª edición, Sesator, Lima, 1984, pp. 299-300.

10 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 560.

11 Ejecutorias supremas del 7 de marzo de 1974, causa N° 1429-93-B; del 3 de octubre de 1988, causa N° 472-88; del 14 de febrero de 1994, causa N° 3101-93; del 13 de setiembre de 1995, causa N° 2392-94-B; del 14 de enero de 1999, causa N° 4588-98; y del 16 de abril de 2002, causa N° 4439-2001. Ver SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 899-900. Casación N° 01-2008-La Libertad, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 15 de febrero de 2008.

12 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, p. 48.

13 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. "El trastorno bipolar como causa de inimputabilidad: a propósito de la prueba del dolo y la determinación de la culpabilidad penal". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 24, Instituto de Derecho Penal-Idemsa, Lima, 2012, p. 396.

14 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 813.

15 CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba en el proceso penal*. 4ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 32.

16 Ídem.

17 FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Pb. Cit., pp. 48-49.

18 NAKAZAKI SERVICIÓN, César Augusto. "El trastorno bipolar como causa de inimputabilidad: a propósito de la prueba del dolo y la determinación de la culpabilidad penal", p. 396.

19 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, Madrid, 2002, p. 89 y ss.

20 *Ibidem*, pp. 75-76.

21 FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 49.

22 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 90.

23 Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1113, publicado el 5 de julio de 2012, no aplicable a este caso por el principio constitucional de irretroactividad de la ley tributaria.

24 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Ejecutoria del 9 de octubre de 2002, R.N. N° 3382-2002-Loreto.

25 HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. "Preceptos generales de la prueba en el proceso penal". En: *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 11.

26 CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 87 a 89.

27 PARDO IRANZO, Virginia. *La prueba documental en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 73-76.

28 MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, pp. 150- 152.

29 MIDÓN, Marcelo Sebastián. "Concepto de prueba, jerarquía y contenido del derecho a la prueba". En: *Tratado de la prueba*. Marcelo Sebastián Midón (coordinador-director), 1ª reimpresión, Librería de la Paz, Buenos Aires, 2007, pp. 51-55.

30 JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 28-32.

31 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Ob. cit.*, pp. 812 y 813.

32 CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Ob. cit.*, pp. 16-26.

33 SANCHÍS CRESPO, Carolina. *La prueba por soportes informáticos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 68-72.

34 CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 67-71.

35 Veremos cómo termina el caso, confiando en repetir la absolución.

36 El problema se puede verificar en el Expediente N° 730-2013, actualmente en la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho para revisar la sentencia absolutoria, la que si bien es a favor de la defensa, no impide comentar que la juez recogió el argumento de la no probanza de la afectación de un servicio público, el resultado típico; no trató el argumento de la aprobación de la modificación presupuestal conforme lo exige una correcta operación

probatoria, pues solo si se prueba la acción se analiza el resultado. Véase también el Expediente N° 01473-2013, actualmente en el Juzgado de Investigación Preparatoria de Huamanga - Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en etapa intermedia de control de requerimiento mixto.

37 Pleno del Tribunal Constitucional, proceso de inconstitucionalidad, Exp. N° 0027-2005-PI/TC.

38 El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho al libre ejercicio de la abogacía tiene rango constitucional, siendo su fundamento el derecho al trabajo y el derecho a la defensa de los patrocinados. Así tenemos la STC Exp. N° 03833-2008-PA/TC, del 30 de junio de 2010, “caso Milton Mercado Apaza”, fundamentos jurídicos 4 y 10.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

NATURALEZA JURÍDICA DE LA “CONSTANCIA EXPRESA DE FALTA DE ABONO” Y DEL “REQUERIMIENTO DE PAGO” EN EL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO EN SU MODALIDAD DE GIRO DE CHEQUES SIN FONDOS

Juan Carlos TELLO VILLANUEVA*

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor examina los tres problemas más representativos del delito de libramiento indebido i) la naturaleza de la constancia expresa puesta por el banco girado señalando el motivo de la falta de pago (que considera una condición objetiva de punibilidad); ii) la naturaleza del requerimiento escrito del pago al girador (que entiende, es la de un requisito de procedibilidad); y iii) la consecuencia de abonar el monto total del cheque dentro del tercer día del requerimiento (que, a su juicio, constituye una excusa absoluta).

MARCO NORMATIVO

- Código Penal: art. 215.
- Ley N° 27287: arts. 170, 173 y 207.

I. Planteamiento del problema (*Quaestio*)

En el tráfico mercantil, el pago de las obligaciones dinerarias no siempre se hace en efectivo o al “cash”, a menudo que se utilizan otros “medios de pago”

con similar “valor” y función. Dentro de estos, podemos encontrar al cheque¹, el cual al ingresar al tráfico jurídico, puede dar lugar a que se utilice indebidamente, ocasionando perjuicio.

Teniendo en cuenta esta realidad, nuestro legislador ha tipificado el delito de libramiento y cobro indebido en el artículo 215 del Código Penal² (en adelante: CP), el cual instaura seis modalidades “comisivas” alternativas: el giro de cheques sin fondos (inciso 1), la frustración de pago (inciso 2), la imposibilidad de pago (inciso 3), la revocación encubierta del pago (inciso 4), el cobro indebido (inciso 5) y el endoso indebido de cheque (inciso 6). Además, esta norma señala en su último párrafo que, para la primera modalidad³, se “requiere (...)

de la constancia expresa⁴ puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago” y que “no procederá la acción penal si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de vencimiento del requerimiento escrito y fehaciente”⁵.

En este orden de ideas, cuando se analiza la primera modalidad comisiva, conocida como “giro de cheques sin fondos”, se advierte que existe discrepancia en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a cuál es la naturaleza jurídica de la indicada “constancia” y “requerimiento”, respectivamente.

Así, respecto a la primera, algunos señalan que es un elemento del tipo penal⁶, otros de un requisito de procedibilidad⁷ y finalmente hay quienes arguyen que tan solo poseería un carácter probatorio⁸. El efecto práctico de adoptar tal o cual opinión tiene repercusiones procesales. En el primer caso, en el supuesto de que se omita dicha “constancia”

una vez formalizada la investigación preparatoria, daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción (“pues no constituiría delito”⁹), operando con ello los efectos de la cosa juzgada.

En el segundo caso, bajo esta misma hipótesis, existiría la posibilidad de deducir una cuestión previa, acarreado la nulidad de todo lo actuado¹⁰, pero una vez subsanado dicho requisito, se podrá reanudar el proceso (no opera la “cosa juzgada”); mientras que en el tercer caso no afectaría materialmente la consumación del delito, sino tan solo su probanza, dando lugar, según esta lógica, a una posible “corrección” con otros medios de prueba o, en su defecto, a un archivo por falta de elementos de convicción.

En relación con el “requerimiento de pago”, se han diseñado tres opiniones: algunos consideran que es un elemento del tipo¹¹; otros un requisito de procedibilidad¹²; y finalmente, hay quienes precisan que es una excusa absolutoria o causa personal de exclusión de pena¹³. Del mismo modo, esta elección tiene repercusiones procesales. En el primer y tercer caso daría lugar a la incoación de una excepción de improcedencia de acción (“no constituiría delito” y “no sería justiciable”, respectivamente); mientras que, en el segundo caso, se podría deducir una cuestión previa.

En este contexto, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos?

En tal sentido, en el presente artículo demostraremos que en el primer caso se trata de una condición objetiva de punibilidad, mientras que en el segundo se trata de un requisito de procedibilidad; descartando de manera crítica las demás opciones y aclarando algunas confusiones existentes en la doctrina y jurisprudencia al respecto; sin embargo, previamente destacamos el método y procedimiento que utilizaremos para contrastar dichas aseveraciones.

II. Método y procedimiento

Utilizaremos el método dogmático, que consiste en el análisis de la letra del texto normativo, desde la perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial, descomponiendo dicho texto analíticamente para luego reconstruirlo en forma coherente, arrojando una construcción (interpretación) o teoría jurídica¹⁴.

En nuestro caso, se hará el análisis de la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” y del “requerimiento de pago” en el delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheques sin fondos, contenidos en el último párrafo del artículo 215 del Código Penal, a través de los distintos criterios de interpretación: literal, lógica, sistemática y teleológica de dicha norma.

En cuanto al procedimiento, seguiremos el que utilizó Santo Tomás de Aquino en su famosa publicación *Suma Teológica*, de la cual nos da cuenta Savater¹⁵: “Cada artículo de la *suma* consta de cuatro partes. En la primera parte, *Quaestio*, se plantea el problema en forma concreta. En la segunda parte, *Disputatio*, se exponen los principales argumentos a favor y en contra. En la tercera parte, *Responsio*, se presenta la solución razonada justificada. En la cuarta parte, *Vera Solutio*, vuelve sobre los argumentos expuestos en la *Disputatio* para eliminar las razones falsas y afirmar definitivamente la verdadera solución del problema propuesto originalmente”.

III. Argumentos doctrinales y jurisprudenciales (*Disputatio*)

1. Sobre la “constancia expresa de falta de abono”

i) Es un elemento del tipo penal

En la doctrina, San Martín Castro¹⁶ afirma que: “(...) la exigencia de que el cheque tenga la anotación que exprese el motivo de la negativa de pago y la fecha de su presentación, de conformidad con el artículo 170

de la Ley de Títulos Valores, en tanto la ley penal busca proteger el tráfico lícito de los cheques, esto es, el cheque debe ser mercantilmente válido, **constituye una exigencia que integra el tipo penal**, que define la antijuridicidad penal de la conducta. En tal virtud, el medio de defensa que debe plantearse en estos casos es la excepción de naturaleza de acción y no la cuestión previa, puesto que la constancia del banco librado no es un presupuesto procesal que funciona como condición de procedibilidad”.

En el ámbito jurisprudencial, en el **Exp.**

Nº 4183-97, la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 9

de diciembre de 1997, estableció que: “En el título valor deberá obrar **constancia** con expresa mención del motivo de la negativa de pago al referido título; **siendo ello una exigencia del tipo objetivo**, que deberá verificarse a efecto de establecer la tipicidad del hecho denunciado”¹⁷.

Asimismo, en el **Exp. Nº 7737-97**, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 23 de abril de 1998, dejó sentado que: “Se le imputa al encausado el haber girado un cheque por la cantidad de doscientos treinta nuevos soles con cuarenta y dos céntimos;

título valor que al ser presentado a la entidad bancaria, para su cobro en efectivo, fue rechazado con el sello ‘no conforme’, sin precisar el motivo. Que, estando al enunciado precedente no se habría cumplido con lo dispuesto por el artículo ciento setenta de la Ley de títulos valores, al no obrar **constancia** con expresa mención del motivo de la negativa al pago del referido título valor, siendo esta exigencia, **un aspecto del tipo objetivo** que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica”.

ii) Es un requisito de procedibilidad

El profesor García Caveró¹⁸ expresa: “Sin el cumplimiento del protesto o la **constancia** del banco por falta de pago dentro del plazo legal de presentación del cheque, **no será posible el inicio del proceso penal**”.

Por su parte Peña Cabrera Freyre¹⁹ opina:

“(…) resulta fundamental que el supuesto agraviado acredite que el título valor no ha podido ser cobrado, por ende, **la constancia expresa** puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago, **es un requisito** de ineludible cumplimiento para que no se inicien investigaciones sin revelar indicios de criminalidad.

Podemos decir, entonces, que **la previsión normativa contenida en este párrafo se constituye en una verdadera condición objetiva de procedibilidad**, en tanto su cumplimiento es de naturaleza obligatoria, condicionando el ejercicio de la acción penal que debe satisfacer previamente el presunto agraviado de la conducta criminal, condición que se encuentra desarrollado en un norma extraprocesal (la Ley de Títulos Valores)”.

Caro Coria²⁰ bajo el *nomen iuris* de “requisito de procedibilidad” considera que: “Es la exigibilidad que se necesita para que **proceda** la acción penal incoada contra el infractor de la norma penal. En el caso de este delito, salvo los incisos 1 y 6, será indefectible contar con la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento (sello “sin fondos”), no obstante el delito ya está consumado”.

En la jurisprudencia, en el **Exp. Nº 2103-97**, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 4 de julio del año 1997, estableció que: “Procede declararse fundada la cuestión previa, si en el título valor del banco no se hace **constar** en forma expresa la falta de fondos o la inexistencia de la cuenta corriente sobre la cual fue girado el cheque”.

En este mismo sentido tenemos el **Exp.**

Nº 3464-97-A21.

iii) Tiene carácter probatorio

En la doctrina, Bramont-Arias Torres²², contradictoriamente, bajo el subtítulo de “condición objetiva de procedibilidad” opina que:

“En el delito de libramiento y cobro indebido se exige en los incisos 1 y 6 que el cheque se haya protestado o se deje **constancia** expresa, puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago. Esto se justifica por **cuestiones probatorias** del presente ilícito penal”.

Hugo Álvarez²³ expresa: “La presentación del cheque ante el banco para su cobro, o la exigencia de la mención expresa del motivo del no pago, no es un elemento que configura el tipo. **Estas constituyen un elemento de prueba previa a cargo del agraviado y no un elemento constitutivo del tipo** (…)”.

Asimismo se argumenta: “(…) el carácter **probatorio** del precepto en estudio se revela como cuando el banco sí sella el cheque, pero no manifiesta la específica razón del impago, caso donde, con buen criterio, se debe apreciar una cuestión probatoria subsanable durante el proceso, por ejemplo, con el informe de la entidad bancaria sobre el motivo de la falta de pago del cheque, sin necesidad de declarar la nulidad de todo lo actuado (que generaría la postura de la cuestión previa)

(…)”²⁴.

En la jurisprudencia, en el **Exp. Nº 5661-98**, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 22 de diciembre del año 1998, expresó:

“El artículo doscientos quince del Código Penal dispone como requisito de procedibilidad el ‘requerimiento’, que se debe efectuar al agente sobre la falta de pago mediante protesto u otra forma documentada;

es más la norma precisa que no procede la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha de requerimiento;

mas no dispone que el título valor lleve el sello de no pagado por falta de fondos;

máxime si puede apreciarse del título valor que este fue presentado en el término y que obra un sello de la entidad bancaria, expresando tan solo ‘cheque rechazado por no conforme’ y la firma del funcionario del banco, no manifestando la razón de la negativa de pago; que si bien se advierte que este protesto bancario no cumple con los presupuestos previstos en la Ley de Títulos Valores, este Colegiado es de opinión de que **la falta de este requisito es atribuible al banco, pero puede ser subsanado durante la instrucción, con el informe de la entidad bancaria sobre el motivo de la falta de pago del cheque, no siendo este un requisito de procedibilidad que resulte del texto expreso de la ley que así lo imponga**”²⁵.

Asimismo, en el **Recurso de Nulidad Nº 5264-98-Lima**, de fecha 2 de julio del año 1999, se dejó sentado que: “La falta de pago debe ser acreditada mediante la comprobación que debe poner el banco a petición del tenedor del cheque o mediante el protesto;

en consecuencia, **se trata de medios probatorios** que revelan auténticamente la falta de pago parcial o total”²⁶.

2. Sobre el “requerimiento de pago”

i) Es un elemento del tipo penal

En la doctrina, Peláez Bardales²⁷ expresa que: “Este delito se consuma al tercer día de haber sido requerido el pago del cheque o cheques y no haberse abonado el importe de los mismos”. En similar sentido, Peña Cabrera expresa que: “Este delito se consuma cuando pasan los tres días después del requerimiento y no se ha efectuado el pago”²⁸; mientras que Salinas Siccha expone:

“Es importante dejar establecido que la conducta del agente recién se convierte en delictiva a los tres días después de notificado el requerimiento”²⁹.

En el ámbito jurisprudencial, en el **Exp.**

Nº 1578-9830, de fecha 30 de junio del año 1998, se dejó establecido que: “Al no existir constancia plena de la recepción del **requerimiento de pago** formulado contra el inculpado, **siendo esta exigencia un aspecto del tipo objetivo** que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como **típica**; por consiguiente resulta de aplicación al presente caso lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo cuarto del Código de Procedimientos Penales”.

ii) Es una excusa absolutoria

En la doctrina San Martín Castro³¹ ha manifestado al respecto: “(...) como corresponde al denunciante y al fiscal establecer que se cursó el requerimiento y que el librador no pagó el monto del cheque exigido, se tiene que si se ha omitido tal emplazamiento o este fue absolutamente defectuoso o ilegal, es obvio que no puede afirmarse la posibilidad de pena en

la acción antijurídica penal denunciada (no siempre hay pena frente a una conducta típicamente antijurídica y culpable).

Siendo así, la conducta imputada, en este caso, no puede calificarse de *justiciable penalmente* (...).

Luego de manera clara manifiesta: “La circunstancia del requerimiento de pago y de su ulterior y necesario incumplimiento para estimar punible el libramiento indebido de un cheque, en consecuencia, está configurada como causa de exclusión de pena y no como presupuesto procesal; no es un elemento ajeno al hecho, sino vinculado a él y condicionante de la penalidad de la conducta, por lo que el medio de defensa no es la cuestión previa, sino la excepción de naturaleza de acción”.

En el ámbito jurisprudencial no hemos localizado un pronunciamiento en este sentido.

iii) Es un requisito de procedibilidad

En la doctrina, Peláez Bardales³² enuncia:

“Esta circunstancia o **requerimiento** de pago constituye un importante **requisito de procedibilidad**, sin el cual no se puede formular la acción penal”.

Hugo Álvarez expresa: “el legislador, para determinados supuestos contemplados en el artículo 215 del Código Penal, ha establecido ciertos requisitos de procedibilidad que se deben cumplir para interponer la acción penal correspondiente”; y que “razones de otra índole impiden al fiscal (...) interponer la denuncia penal correspondiente por (no) haberse satisfecho el **requerimiento** del particular que hace inviable su procedimiento”³³.

De manera meridianamente clara Raúl Peña Cabrera³⁴ señala: “(...) el librador tiene, después del requerimiento, tres días hábiles para abonar la cantidad prevista en el cheque. Si este lo hace dentro del plazo, entonces **no procede denuncia penal**”.

Por su parte, Salinas Siccha expone que:

“(...) si dentro de los tres días de requerido, el girado paga el valor del cheque **no procede la acción penal**”³⁵.

En el ámbito jurisprudencial, en el **Exp.**

Nº 190-9436, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 4 de noviembre del año 1997, estableció:

“En cuanto al delito de libramiento indebido debemos tener en cuenta que si bien la encausada ha girado el cheque, no se ha cumplido con los requisitos que exige el artículo 215 del Código Penal, es decir, no ha sido **requerido** para el pago, por cuanto **no se ha cumplido con el requisito de procedibilidad**, máxime si el cheque no ha sido presentado a cobro, no existiendo el sello del banco para establecer si dicho cheque fue presentado para hacerlo efectivo, por lo que, de conformidad con el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales, debe declararse fundada de oficio la cuestión previa en cuanto a este delito se refiere”.

En igual sentido, en el **Exp. Nº 6952-9737**, la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 7 de enero del año 1998, señaló:

“El artículo doscientos quince del Código Penal señala un **requisito de procedibilidad** para que se pueda ejercer la acción penal por el delito de libramiento indebido, esto es, que el agente que haya cometido el ilícito en mención **debe ser requerido documentadamente para el pago respectivo**; que, en el caso de autos, la carta notarial remitida al procesado no fue

entregada por cuanto nadie acudió al llamado del notificador, así aparece del reverso de la citada carta obrante en autos; que siendo esto así, no se ha cumplido el presupuesto indispensable para ejercer la acción penal por el delito de libramiento indebido”.

Asimismo, pueden verse en ese sentido las ejecutorias superiores recaídas en el **Exp.**

Nº 112-97 del 11 de diciembre de 1997, **Exp.**

Nº 4197-97-A del 22 de setiembre 1997, **Exp. Nº 4580-97-A** del 23 de setiembre 1997, y **Exp. Nº 3728-97-A**, citadas por San Martín Castro³⁸.

IV. Solución razonada justificada (*responsio*) y discusión crítica de argumentos (*vera solutio*)

1. Sobre la “constancia expresa de falta abono”

A) Elemento del tipo Respecto a lo manifestado por San Martín Castro³⁹, si bien coincidimos con la afirmación de que la “ley penal busca proteger el tráfico lícito de los cheques, esto es, el cheque debe ser mercantilmente válido”, empero, discrepamos de la afirmación de que por ello sería “un elemento del tipo”, en virtud a las siguientes razones:

a) Desde el punto de vista ontológico, hay que diferenciar tres momentos: el **giro** del cheque, su **presentación** al Banco girado, y la **formalidad** que exige la ley extrapenal (Ley de Títulos Valores –LTV–)

para declarar que el cheque no tiene fondos o es insuficiente, y con ello no pierda su mérito ejecutivo.

En tal sentido, teniendo en cuenta lo expresado por Roxin⁴⁰, de que la interpretación debe realizarse conforme al “**significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-**

legal, y según el fin de la ley”, la tipicidad objetiva se satisface cuando el sujeto activo “gira” un cheque sabiendo que no existe fondos o que los mismos son insuficientes⁴¹; siendo indiferente la “constancia expresa de falta de abono”, que es ajena a la estructura típica del delito.

Refuerza nuestra aseveración, el hecho de que el artículo 173 de la LTV prescribe:

“Para emitir un cheque, el emitente debe contar con fondos a su disposición en la cuenta corriente correspondiente, suficientes para su pago, ya sea por depósito constituido en ella o por tener autorización del banco para sobregirar la indicada cuenta. Sin embargo, la inobservancia de estas prescripciones no afecta la validez

del título como cheque”⁴².

b) El bien jurídico en este delito, está constituido por la confianza en el cheque como orden de pago⁴³ y con ello por la seguridad en el tráfico mercantil⁴⁴, la cual se defrauda con el simple giro, no importando si es uno solo⁴⁵. Si ello es así, el solo hecho de girar este título valor⁴⁶

bajo las condiciones mencionadas lesiona la confianza que se tiene en este título valor como orden de pago, la cual debe ser reforzada con la respectiva sanción penal.

c) Si consideramos que la “constancia expresa de falta de abono” es un elemento objetivo del tipo penal, el dolo debe abarcar su conocimiento, lo que desnaturaliza su contenido, pues bajo este razonamiento el sujeto activo además de conocer que está girando un cheque sin la provisión de fondos suficientes, debe conocer la “constancia expresa de falta de abono”, siendo

este un aspecto “ajeno” a la configuración del tipo⁴⁷. Por ello, coincidimos con García Cavero⁴⁸ en el sentido de que:

“El dolo del autor debe abarcar la conducta prohibida y, concretamente, la falta de fondos suficientes para el pago del cheque girado”.

Asumir esta posición implica que el Derecho Penal protege, a través del bien jurídico, el cheque y su mérito ejecutivo, tomando en cuenta las disposiciones cambiarias pertinentes⁴⁹; sin embargo, la consecuencia más “visible”, es la generación de una incongruencia intrasistémica (“desnaturalización del contenido del dolo”).

En relación con los criterios jurisprudenciales, en el **Exp. N° 4183-97** no se evidencian argumentos que nos permitan una discusión crítica, pero valen las observaciones hechas precedentemente. Respecto a lo vertido en el **Exp. N° 7737-97**, tampoco consideramos acertada la afirmación de que como no se observó la Ley de títulos y valores respecto a la “constancia expresa de falta de abono” esta exigencia “integraría la tipicidad objetiva de este delito”, pues como ya demostramos ello genera una incongruencia intrasistémica.

En suma, los argumentos doctrinales aparentemente son sólidos, pero si se analizan detalladamente se advierten sus inconsistencias.

Respecto a los fundamentos jurisprudenciales, con la limitaciones señaladas, se les puede realizar las mismas observaciones críticas. Siendo ello así, rechazamos la posibilidad de que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono”

sea la de un elemento del tipo.

B) Requisito de procedibilidad

Respecto a la opinión vertida García Cavero, si bien es verdad toma en cuenta los planos ontológicos antes destacados, no se advierten las razones por las cuales nos encontraríamos ante un requisito de procedibilidad, siendo imposible un análisis crítico; empero, lo que sí queda claro, y en esto coincidimos, es que dicha exigencia es una circunstancia ajena a la estructura del delito, aunque según esta opinión condicionaría el “inicio del proceso penal”.

Respecto a lo manifestado por Peña Cabrera Freyre de que ostentaría esta categoría, pues: “(...) su cumplimiento es de naturaleza obligatoria (...) condición que se encuentra desarrollada en un norma extraprocesal (la Ley de Títulos Valores)”, ello no es razón suficiente, pues el hecho de que sea obligatorio no implica que por ello sea un requisito de procedibilidad.

En relación con lo manifestado por Caro Coria, en el sentido de que se trataría de una “exigibilidad”, no se advierten los argumentos por los cuales considera que es un requisito de procedibilidad;

empero, coincidimos con la afirmación de que “el delito ya está consumado”.

En definitiva, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial no se advierten fundamentos contundentes que nos lleven a inferir que la mencionada “constancia” ostentaría tal naturaleza.

Nosotros consideramos que la “constancia expresa de falta de abono” tampoco es un requisito de procedibilidad, pues como acertadamente se ha destacado: “La falta de constancia bancaria de la específica causal del impago del cheque (...) no puede ser subsanada fuera de los treinta días para su cobro que establece el artículo 207 de Ley de Títulos Valores (...). Por lo tanto, sería imposible satisfacer ulteriormente (intraproceso)

un supuesto requisito de procedibilidad, que demandaría la consideración de este precepto como contenedor de una cuestión previa del delito de libramiento indebido (...)”⁵⁰.

Asumir esta postura, implica que el Derecho Penal protege el cheque como orden de pago a través del bien jurídico, y su mérito cambiario⁵¹

a través de la consideración como requisito de procedibilidad; lo cual a primera vista resulta atinado, salvo por la consideración de que la categoría “penal” no se ajusta completamente a las exigencias cambiarias, pues, como ya se precisó en la crítica precedente, ello conlleva a aceptar que luego de los 30 días que brinda la ley extrapenal se podría subsanar dicho “requisito” en el supuesto de que se declare fundada una cuestión previa. Esto genera una incongruencia –cuanto menos parcial– entre las disposiciones cambiarias y “penales”.

Por estas consideraciones, consideramos que tampoco la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” es la de ser un requisito de procedibilidad.

C) Carácter probatorio

Respecto a la opinión de Bramont-Arias Torres, si bien toma en cuenta los planos ontológicos precedentemente analizados, disintimos de ella por las siguientes razones:

a) Bajo la concepción del legislador histórico, si es que su intención hubiese sido hacer referencia a cuestiones probatorias, la regulación debió estar contemplada en el Código Procesal Penal, tal como se estipula de manera similar para el caso del aborto y de los delitos contra el patrimonio⁵².

b) Bajo este prisma –cuestión probatoria–, la redacción del artículo 215 *in fine* del Código Penal (“constancia expresa”) sería solo nominativa sin efecto vinculante para el operador jurídico al momento de realizar la labor interpretativa, vulnerándose el principio de legalidad.

c) Si solo estaríamos ante una cuestión probatoria, existiría la posibilidad de acreditar la falta de fondos o la insuficiencia de los mismos, a través de otros medios probatorios (v. gr. oficiar al banco girado para que informe si a la fecha de giro existió o no fondos; grabación a funcionario competente del banco girado, quien refiere que no existen fondos pero se niega a dejar la “constancia” -imprimir el sello- correspondiente, etc.), lo cual resulta inadecuado, pues llevaría a dejar de lado lo que prescribe la ley cambiaria respecto a las formalidades que debe contener el cheque para que no pierda su mérito ejecutivo, en otras palabras, conllevaría a que se puedan formalizar investigaciones preparatorias en virtud a otros medios probatorios, tornado en inoperantes las disposiciones cambiarias que establecen dicha formalidad.

Incluso, no se debería observar la ley cambiaria, respecto al plazo que exige la LTV para tramitar la constancia, lo que resulta inadecuado.

Estas mismas reflexiones críticas se puede realizar a la opinión de Hugo Álvarez, quien incluso agrega: “(...) es posible determinar con el informe, que bien pueden dar los funcionarios del banco, el momento en que se hizo efectivo el depósito o, dicho de otra manera, si fue durante la emisión o después;

pero esta condición es materia de prueba, no del elemento constitutivo del tipo”⁵³.

Esta posición implica que el Derecho Penal protege a través del bien jurídico el cheque como título valor independientemente de su mérito ejecutivo, lo que conlleva a una ineficacia a efectos penales de las disposiciones cambiarias, generando una incoherencia extrasistémica. A nuestro entender, la senda debe marcarse no solo a través de la protección del cheque como orden de pago (bien jurídico), sino que además debería ampararse el mérito cambiario a través de una categoría distinta, ajena al delito pero vinculada a este, lo cual nos permitirá salvar las incongruencias intra y extrasistémicas antes subrayadas.

Estas mismas observaciones pueden realizarse a la opinión que señala: “ (...) el carácter **probatorio** del precepto en estudio se revela cuando el banco sí sella el cheque, pero no manifiesta la específica razón del impago, caso donde, con buen criterio, se debe apreciar

una cuestión probatoria subsanable durante el proceso (...). A nuestro criterio, este error en la formalidad conlleva a un vicio del título valor (pérdida de su mérito cambiario)

que torna al caso en “no justiciable penalmente”, pese a existir conducta típica, antijurídica y culpable; lo cual por cierto no significa que el perjudicado no pueda iniciar la acción causal y/o una acción de indemnización por daños y perjuicios contra los responsables.

Respecto a los fundamentos esbozados en el **Exp. N° 5661-98**, también discrepamos de ellos, pues una inobservancia de la ley cambiaria (“si bien se advierte que este protesto bancario no cumple con los presupuestos previstos en la Ley de Títulos Valores”), conlleva a que el título valor pierda su mérito cambiario, la cual no puede ser subsanado.

Sobre la afirmación de que no se: “(...) dispone que el título valor lleve el sello de no pagado por falta de fondos (...)”, ello no es correcto, pues dicha exigencia debe ser interpretada sistemáticamente con las normas cambiarias, además tal afirmación se ve reforzada si apelamos a la interpretación del legislador histórico, ya que la LTV (Ley N°

27287), publicada el 19 de junio del año 2000, expresamente modificó el artículo 215 del CP, por lo que debe entenderse (“no como razón suficiente”) que al momento de la interpretación han de tomarse en cuenta estas prescripciones extrapenales.

En relación con las afirmaciones realizadas en el **Recurso de Nulidad N° 5264-98-Lima**, de que se trataría de: “**medios probatorios** que revelan auténticamente la falta de pago parcial o total”, cabe realizar las mismas observaciones realizadas a los criterios doctrinales.

En definitiva, a primera vista los argumentos doctrinales y jurisprudenciales parecen sólidos; no obstante, realizando un análisis minucioso se desvanecen, pues generan incongruencias insalvables. Siendo ello así, descartamos la posibilidad de que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” sea la de ser una cuestión probatoria.

Ante este panorama, descartadas las anteriores opiniones, la tarea pendiente es demostrar nuestra hipótesis, ubicando una categoría en la cual encaje esta exigencia. Así, lo que queda claro hasta este momento es que debe ser “ajena” a la estructura del delito, distinta a las condiciones de procedibilidad y que no debe ser solamente una cuestión probatoria.

En tal sentido, “(...) hay casos en los cuales el legislador procura no aplicar la amenaza penal, sino cuando el delito va acompañado de alguna otra **circunstancia**, sin la que faltaría un fundamento político-criminal suficiente para justificar la sanción. Tal fundamento es a veces motivado por razones personales (excusas absolutorias) o bien se refiere en general a la *punibilidad* del hecho (condiciones objetivas de punibilidad)”⁵⁴. La categoría que engloba estas circunstancias se ha denominado punibilidad⁵⁵.

Respecto a las excusas absolutorias, “son fundamentos personales que o bien excluyen la punibilidad o bien levantan la punibilidad (...)”⁵⁶, las primeras “(...) están en relación al propio autor o partícipe del delito y tienen una vigencia estrictamente personal; únicamente producen efectos en la persona en la cual concurren, y no benefician por lo tanto, a ningún otro partícipe del delito (...) De manera, entonces, que en ciertas circunstancias la comisión del delito no es suficiente, sino que se requiere para que sea punible, que además no se dé ninguna de estas excusas absolutorias”⁵⁷; mientras que las segundas “(...) son circunstancias que ocurren con posterioridad a la realización del hecho”⁵⁸.

En relación con las condiciones objetivas de punibilidad, son “circunstancias que han de añadirse a la acción que realiza un injusto responsable”⁵⁹ y no se refieren directamente “a la persona del autor o partícipes, sino que se refieren al hecho mismo en sí”⁶⁰. “Entre ellas se cuentan, ante todo, determinados resultados que fundamentan la punibilidad y a los que no es preciso que se refieran al dolo o a la imprudencia del autor”⁶¹. “Pero no solo resultados que fundamentan la punibilidad y son independientes de la punibilidad, sino también otras circunstancias se consideran condiciones objetivas de punibilidad”⁶².

Dentro de este breve panorama dogmático, rechazamos la posibilidad de que la “constancia expresa de falta de abono” sea una excusa absolutoria, no solo porque no se ajusta a la concepción doctrinal brindada (relación con fundamentos personales), sino que además su concurrencia no genera la exclusión o levantamiento de la punibilidad, antes bien la fundamenta.

Respecto a su consideración como “condición objetiva de punibilidad” consideramos que es la correcta, pues además de ser una circunstancia “objetiva” que no se refiere directamente a la persona del autor o partícipes, su concurrencia precisamente fundamenta la punibilidad del delito⁶³ y, como ya se destacó, no se refiere al dolo del autor⁶⁴.

Bajo esta línea argumentativa, si la “constancia expresa de falta de abono” es una condición objetiva de punibilidad, se salvan las objeciones en su momento puestas de manifiesto.

Primero, se deja intacta la configuración de dolo, evitándose una perversión de su contenido y un sacrificio innecesario del análisis sistémico del delito (incoherencia intrasistémica).

Segundo, es perfectamente compatible con las prescripciones normativas cambiarias (“formalidad de constancia” y “plazo”), pues en el supuesto de que dicha constancia se realice de manera extemporánea o exista un defecto en la confección del mismo, el caso se tornará en “no justiciable penalmente”⁶⁵, ya que el título valor habrá perdido su mérito ejecutivo (incoherencia extrasistémica).

Teniendo en cuenta esta última reflexión, queda claro que el bien jurídico protegido se lesiona al momento de girar el cheque, pero también es cierto que no puede ampararse tan solo el cheque, sin tomar en cuenta las formalidades y plazos que exige la ley cambiaria.

En tal sentido, desde la óptica penal, la categoría que permite que se cumpla este cometido es la punibilidad y, dentro de esta, las llamadas “condiciones objetivas de punibilidad”.

De este modo, hemos demostrado que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” es la de ser una “condición objetiva de punibilidad”⁶⁶.

2. Sobre el “requerimiento de pago”

Como cuestión preliminar que nos permitirá aclarar varias confusiones y realizar un análisis crítico de las opiniones existentes, es necesario precisar que el último párrafo del artículo 215 del CP⁶⁷ en realidad reconoce dos situaciones jurídicas diferentes: por un lado, el “requerimiento de pago”, y por otro, el “pago del importe del cheque dentro del plazo de tres días”.

A) Elemento del tipo penal

Sobre la aseveración del profesor Peláez

Bardales, en el sentido de que el delito se “consume al tercer día de haber sido requerido el pago del cheque o cheques y no haberse abonado el importe de los mismos”, es incorrecta, pues conlleva concluir que el requerimiento sería parte del tipo penal y, por ende, debe estar abarcado por el dolo, lo cual resulta absurdo, pues el sujeto activo en el momento del giro además de conocer que no cuenta con fondos o que son insuficientes, debe conocer del “requerimiento”.

Asimismo, este autor se contradice, cuando líneas posteriores señala: “Esta circunstancia o requerimiento de pago constituye un importante requisito de procedibilidad, sin el cual no se puede formular la acción penal”.

Esta afirmación implica una confusión de los planos de análisis: material y procesal. Así, si la consumación es posterior al requerimiento, se entiende que este forma parte del momento material del análisis (forma parte de la estructura del delito), resultando totalmente contraproducente que este mismo requerimiento pueda ser considerado, a la vez como requisito de procedibilidad (momento procesal del análisis). Estas mismas observaciones críticas pueden realizarse a Peña Cabrera y Salinas Siccha, quienes razonan en similar sentido.

Respecto a las afirmaciones hechas en el **Exp. Nº 1578-98**, de que el “**requerimiento de pago**” sería un “aspecto del tipo objetivo”, no se evidencian los argumentos de dicha aseveración; sin embargo, cabe realizar las aludidas observaciones críticas.

Por estas consideraciones, la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” no es la de ser un elemento del tipo penal.

B) Excusa absoluta

Sobre la afirmación de San Martín Castro de que: “La circunstancia del requerimiento de pago y de su ulterior y necesario incumplimiento para estimar punible el libramiento indebido de un cheque, en consecuencia, está configurada como causa de exclusión de pena y no como presupuesto procesal; no es un elemento ajeno al hecho, sino vinculado a él y condicionante de la penalidad de la conducta, por lo que el medio de defensa no es la cuestión previa, sino la excepción de naturaleza de acción”, no es atinada, pues dicho “requerimiento” no se relacionan con fundamentos personales ni su concurrencia genera la exclusión o levantamiento de la punibilidad, sino que la fundamenta.

Dentro de esta lógica, si consideramos que el “requerimiento de pago” y su posterior “incumplimiento” ostentan esta naturaleza, la conclusión a la que habría que llegar es que obligatoriamente su presencia tornaría a la conducta en “no punible”, lo cual resulta absurdo.

Por esta razón, tampoco la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” es la de ser una excusa absoluta.

C) Requisito de procedibilidad Peláez Bardales precisa que dicho “requerimiento”

constituye un requisito de procedibilidad;

empero, no se advierten las razones que apoyen dicha consideración, igual observación se le puede realizar a Hugo Álvarez, quien se limita a señalar que la falta de **requerimiento** “hace inviable el procedimiento”.

Respecto a la afirmación del profesor Raúl Peña Cabrera de que: “(...) el librador tiene, después del requerimiento, tres días hábiles para abonar la cantidad prevista en el cheque.

Si este lo hace dentro del plazo, entonces **no procede denuncia penal**”; es incorrecta, pues confunde el “requerimiento de pago”

con el “pago dentro de los tres días”, al que hacíamos referencia en la primera parte del presente ítem. Además, si asumimos que el pago dentro de los tres días es un requisito de procedibilidad, el mecanismo de defensa ante su inobservancia quedaría inoperante.

Por otra parte, la opinión de Salinas Siccha no sugiere mayor argumentación.

Respecto a la jurisprudencia, coincidimos con los criterios sentados en el **Exp. Nº 190-94**

y en el **Exp. Nº 6952-97**, en el sentido de que la ausencia del “requerimiento” (requisito exigido por el artículo 215 del Código Penal) conlleva la utilización del mecanismo de defensa técnico

conocido como cuestión previa, y que es necesaria una debida notificación del mismo como exigencia expresa de la norma penal.

En suma, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial no se advierten los argumentos por los cuales consideran que el “requerimiento de pago” sería un requisito de procedibilidad, lo que nos imposibilita realizar un análisis crítico de aquellos.

En este orden de ideas, es necesario desentrañar la “verdadera” naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” y, luego de ello, con la finalidad de aclarar las confusiones antes reseñadas, determinar de la naturaleza jurídica del “pago del importe del cheque dentro del plazo de tres días”.

En relación con la primera tarea, habiendo descartado la posibilidad de que sea un elemento del tipo o una excusa absolutoria, tenemos dos opciones: considerar que es un requisito de procedibilidad o una condición objetiva de punibilidad. Respecto a ello, ha surgido un arduo debate en la doctrina sobre la determinación de los criterios diferenciadores entre estas dos categorías⁶⁸, llegándose a concluir que: “(...) tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las condiciones de procedibilidad son circunstancias ajenas al concepto del delito y obedecen a consideraciones básicamente político-criminales.

Sin embargo, mientras las primeras integran la categoría de la punibilidad y condicionan, por tanto, la concreta imposición de la pena, las segundas actúan fundamentalmente condicionando el inicio del proceso penal⁶⁹. No obstante, esta diferenciación no es de mucha ayuda en el presente caso, pues el “requerimiento de pago” sin mayor problema se podría ajustar a ambas categorías.

Ante este panorama, siguiendo el consejo 8

desarrollado por el profesor Manuel Atienza, ⁷⁰ es necesario verificar las consecuencias o efectos prácticos de la elección. Así, si fuera una condición objetiva de punibilidad, el mecanismo de defensa técnico a plantear sería una excepción de improcedencia de acción (“no es justiciable penalmente”), mientras que si consideramos que es un requisito de procedibilidad el mecanismo consistiría en una cuestión previa.

En el supuesto de que no se efectuase el “requerimiento de pago” o existiese un defecto en su notificación, si asumimos la primera opción daría lugar a una imposibilidad de enmienda o corrección, mientras que en el segundo caso sí cabría ella.

Negar la posibilidad de corrección del “requerimiento”

nos parece errado, pues el mismo no afecta ni el título valor ni su mérito ejecutivo, siendo un requisito subsanable⁷¹.

Además, ni el artículo 215 del CP ni la LTV

mencionan plazo para su realización⁷², por lo que en el supuesto que se omita o exista un defecto en su tramitación, se podrá deducir una cuestión previa y oportunamente proceder a su enmienda. Siendo ello así, es preferible este tipo de consecuencia. Además, este “requerimiento” sería un “requisito de procedibilidad expresamente reconocido en la ley penal”⁷³.

En definitiva, en atención a las consecuencias, hemos demostrado que la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” es la de ser un requisito de procedibilidad.

Respecto a la naturaleza jurídica del “pago dentro de los tres días después de notificado el requerimiento”, citando las mismas observaciones críticas antes desarrolladas a su posible consideración como elemento del tipo o una cuestión probatoria (estos “criterios” ni siquiera

tienen respaldo doctrinal ni jurisprudencial), tenemos tres opciones: considerar que es una “excusa absolutoria”, una “condición objetiva de punibilidad” o un “requisito de procedibilidad”.

Descartamos la tercera opción, pues implicaría concluir que el pago sería un requisito para proseguir la causa, lo cual no es correcto, pues precisamente el pago da origen a la no intervención penal⁷⁴.

Del mismo modo, descartamos la segunda posibilidad, pues si bien en cierta medida se podría considerar como una “condición objetiva”, sin embargo, este parecer es incorrecto, pues las “condiciones objetivas” son situaciones que cuando concurren hacen que la conducta se torne en punible, lo cual no se da en el presente caso, antes bien el “pago” dentro de los tres días da origen a la no punibilidad de la conducta.

Respecto a la primera opción, creemos que es la correcta, no solo por tener un fundamento personal, sino además porque al verificarse el pago, por razones político-criminales, la conducta se torna en “no punible” por una “escasa significación social del hecho”⁷⁵, ya que la pretensión de pago del agraviado ya se encontraría satisfecha. Siendo ello así, la naturaleza jurídica del “pago dentro de los tres días después de notificado el requerimiento”

es la de una excusa absolutoria⁷⁶.

Por otro lado, ahondando en el origen de la confusión en su momento enfatizada (consideración como requisito de procedibilidad), creemos que esta se debe a que la redacción del último párrafo del artículo 215 es poco feliz, pues prescribe: “no **procederá** la acción penal, si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente (...)”, lo que a primera vista daría a entender que el pago dentro del mencionado plazo sería un requisito de procedibilidad (“no procede”);

no obstante, como ya demostramos, en realidad nos hallamos ante una excusa absolutoria⁷⁷.

En definitiva, la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” es la de un requisito de procedibilidad; mientras que el “pago dentro de los tres días posteriores al requerimiento”

es una excusa absolutoria.

V. Conclusiones

- Al afirmar que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono”

es la de ser una condición objetiva de punibilidad, esta no forma parte del tipo objetivo y, por ende, no se deforma el contenido del dolo.

- Al alegar que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono” es la de ser una condición objetiva de punibilidad, es perfectamente compatible con las prescripciones normativas cambiarias que regulan la “formalidad de la constancia” y “el plazo”, pues en el supuesto de que dicha constancia se realice de manera extemporánea o exista un defecto en la confección del cheque, el caso se tornará en “no justiciable penalmente”, ya que el título valor habrá perdido su mérito ejecutivo.

- Al aseverar que la naturaleza jurídica de la “constancia expresa de falta de abono”

es la de ser una condición objetiva de punibilidad, el mecanismo de defensa técnico a plantear es una excepción de improcedencia de acción (“no es justiciable penalmente”), operando los efectos de la cosa juzgada.

- Al alegar que la naturaleza jurídica del “requerimiento de pago” es la de ser un requisito de procedibilidad, en el supuesto de que se omita o exista un defecto en su tramitación, este

constituye una situación subsanable, no afectándose ni el título valor ni su mérito ejecutivo, siendo el mecanismo de defensa técnico a deducir una cuestión previa, no operando los efectos de la cosa juzgada.

• Al afirmar que la naturaleza jurídica del “pago dentro de los tres días después de dicho requerimiento” es la de ser una excusa absolutoria, la conducta típica, antijurídica y culpable del delito de libramiento indebido en su modalidad de giro de cheque sin fondos, se torna en “no punible” por una escasa significación social del hecho, siendo el mecanismo de defensa técnico a deducir una excepción de improcedencia de acción (“no es justiciable penalmente”).

VI. Recomendaciones de *lege ferenda*

Con la finalidad de brindar mayor predictibilidad jurídica proponemos la siguiente modificación:

Texto actual:

“**Artículo 215.-** Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, el que gire, transfiera o cobre un cheque, en los siguientes casos:

(...)

Con excepción de los incisos 4 y 5, **no procederá la acción penal**, si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador”.

Texto propuesto:

“**Artículo 215.-** Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, el que gire, transfiera o cobre un cheque, en los siguientes casos:

(...)

Con excepción de los incisos 4 y 5, **no será punible la conducta**, si el agente abona el monto total del cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador”.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel (2008). *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*.

Disponible en: <<http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf>>.

BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Astrea, Buenos Aires, 1978.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto.

“Aspectos penales de la nueva Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 83, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2000.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 2ª

edición, Editorial San Marcos, Lima, 1996.

CARO CORIA, Dino Carlos (2011). "Libramiento indebido". Disponible en: <http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2263_libramientoindebido.pdf>.

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*. Fecat, Lima, 2003.

ECHAIZ MORENO, Daniel. "Tratamiento legal del cheque en el Perú". En: *Actualidad Jurídica*. N° 197, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico*. Tomo II, Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA NAVARRO, Edward. "Los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios.

Tercera Parte: El delito de libramiento y cobro indebido". En: *Actualidad Jurídica*.

N° 146, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2006.

GRÁNDEZ ODIAGA, José. *La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material*. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, 2003.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *El delito de libramiento indebido en la jurisprudencia penal*.

Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Idemsa, Lima, 2011.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel.

Jurisprudencia del proceso penal sumario.

Grijley, Lima, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, 2ª reimpresión, Reppertor, Barcelona, 2002.

MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Ediciones Jurídicas, Lima, 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición, Montevideo, B de F, 2001.

PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El cheque*.

Protección jurídica y el delito de libramiento y cobro indebido. Grijley, Lima, 2001.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl.

Derecho Penal. Parte especial. Tomo II, Idemsa, Lima, 2010.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima, 1993.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*.

Tomo I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 2010.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004.

SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. "La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho". En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 14, 2011.

TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos. "La cuestión previa y prejudicial en el nuevo proceso penal. ¿Existen reformas sustanciales en relación al Código de Procedimientos Penales de 1940?". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*.

Nº 137, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2010.

TORRES CARRASCO, Manuel Alberto.

"Modalidades especiales del cheque". En:

Actualidad Jurídica. Nº 83, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo 1, 5ª edición, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal y Criminología. Docente universitario de Derecho Penal y Procesal Penal.

1 El cheque es un título valor que supone una orden de pago y consta de dos actos jurídicos, por un lado, el contrato de cuenta corriente celebrado entre el librador del cheque y el banco, que le permite contar con fondos disponibles para el uso de cheques; y, por otro lado, el pago de una obligación dineraria al beneficiario del cheque, quien puede cobrar directamente el cheque o pagar una deuda propia con el endoso del mismo a su acreedor. Por ello acertadamente se precisa: "(...) a tenor del artículo 1.1 de la Ley de Títulos Valores (en adelante, LTV), se trata precisamente de un valor que representa el derecho patrimonial del beneficiario, está destinado a la circulación (pudiendo hacerlo a través, por ejemplo, del endoso) y debe reunir los requisitos formales esenciales (como que su emisión sea exclusivamente a cargo de un banco). Asimismo, supone una orden de pago puesto que, según lo dispone el artículo 174, inciso c) de la mencionada ley, el cheque debe contener 'la orden pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero, expresada ya sea en números, o en letras, o de ambas formas', de modo tal que el banco girado recibe una orden de su cliente para el pago del cheque, la cual no podrá rehusar (siempre que existan fondos suficientes, ya que de no ser así pagará solo hasta donde alcancen los fondos disponibles del emitente, de acuerdo con el artículo 211.1 de la LTV), siendo esa orden pura y simple, por lo que no podría estar sujeta a un plazo convencional (salvo tratándose del cheque de pago diferido, regulado en el artículo 199 de la misma norma cambiaria), ni a una condición (suspensiva o resolutoria), ni a cargo alguno". ECHAIZ MORENO, Daniel. "Tratamiento legal del cheque en el Perú". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 197, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2010, p. 284. En suma: "Los sujetos que intervienen en este título valor son: i) El **emisor** o girador que

es la persona que gira el cheque debiendo para ello ser titular de una cuenta bancaria que cuente con los fondos suficientes para cubrir el importe que señala este título valor; ii) El **girado** es el banco o empresa del sistema financiero que, descontando de los fondos constituidos en la cuenta corriente de la que es titular el emisor, debe efectuar el pago del importe del cheque a su tenedor. iii) El **tenedor**, beneficiario o titular es de quien se emite, a su favor, el cheque, el que se dirigirá al banco para cobrar el importe señalado en el título valor". GARCÍA NAVARRO, Edward. "Los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios. Tercera Parte: El delito de libramiento y cobro indebido". En: *Actualidad Jurídica*. N° 146, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2006, p. 78.

2 Sobre la conveniencia de la intervención penal se ha pronunciado GARCÍA CAVERO, Percy (2007). *Derecho Penal económico*. Tomo II. Lima, Grijley, p. 247; en contra, entre otros: BAJO FERNÁNDEZ citado por PEÑA CABRERA, Raúl (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II, Lima, Ediciones Jurídicas, p. 500; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2010). *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II, Lima, Idemsa, pp. 590-591.

3 También se hace referencia a la sexta modalidad que no es materia de análisis; no obstante, mutatis mutandis se le puede aplicar los resultados de la presente investigación.

4 El texto legal también hace referencia al protesto; sin embargo, por cuestiones metodológicas y por ser más utilizada en el tráfico mercantil hemos "limitado" nuestro análisis a la "constancia expresa" que opera como formalidad sustitutoria de aquella. Este punto de partida no implica que no se le pueda aplicar los resultados de la presente investigación, pues ambas categorías cumplen la misma función, esto es, de que "el cheque tenga mérito ejecutivo y se puedan ejercitar las acciones cambiarias pertinentes", cfr. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto.

"Modalidades especiales del cheque". En: *Actualidad Jurídica*. N° 83, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2000; siendo ello así, determinada la naturaleza jurídica de una de ellas ("constancia expresa") mutatis mutandis se le aplica a la otra ("protesto").

5 Teniendo en cuenta lo señalado por HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Lima, Idemsa, p. 193, en el sentido de que: "El Derecho está siempre condicionado por la realidad socio-política de cada Estado y la concepción político-jurídica del legislador es determinante en el escogimiento de la fuente legal", solo a efectos de mejor ilustración, en la legislación extranjera el reconocimiento de este tipo penal puede ser agrupado de la siguiente manera: a) Reconocimiento como **delito contra la fe pública**: Código Penal de la Nación de Argentina –Ley 11.179–: Título XII, capítulo VI (del pago con cheques sin provisión de fondos) artículo 302.1; Código Penal de Bolivia: Título IV, capítulo IV (cheques sin provisión de fondos) artículo 204; y, el Código Penal de Ecuador: Título IV, capítulo VI (del pago con cheques sin provisión de fondos) artículo 368. b) Reconocimiento como **delito contra el patrimonio o propiedad**: Código Penal de Guatemala: Título VI, capítulo V (Estafa mediante cheque) artículo 268; Código Penal para el Distrito Federal de México: Título XV, capítulo V (Fraude) artículo XIII; Código Penal de Colombia: Título VII, capítulo IV (Fraude mediante cheque) artículo 248; Código Penal de Venezuela: Título X, capítulo III (De la estafa y otros fraudes)

artículo 464.2; Código Penal de Costa Rica: Título VII, sección VII (Estafas y otras defraudaciones) artículo 221;

y, el Código Penal de Nicaragua: Título IV, capítulo VI (Estafas, Estelionato y Defraudación) artículo 283.11. c)

Reconocimiento como **delito contra el orden económico o socioeconómico**: Código Penal de Panamá: Título V, capítulo VI (Delitos cometidos con Cheques y Tarjetas de Crédito) artículo 284.1; y, el Código Penal de El Salvador:

Título IX, capítulo III (de las insolvencias punibles) artículo 243.1. No reconocen esta figura jurídica, entre otros: el Código Penal de Uruguay, Paraguay, Chile, Honduras, España, Francia y Alemania.

6 SAN MARTÍN CASTRO, César (2003). *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Lima, Grijley, p. 378. En el ámbito jurisprudencial: **Exp. N° 4183-97**, Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, 9 de diciembre de 1997. En: LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel.

Jurisprudencia del proceso penal sumario. Grijley, Lima, 1999, p. 420. Asimismo el **Exp. N° 7737-97**, Corte Superior de Justicia de Lima, 23 de abril de 1998. Disponible *Data Penal 2013. Legislación y Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*. Gaceta Penal y Procesal Penal. En adelante los expedientes citados que no remitan a otra fuente, se debe entender que se encuentran disponibles en este documento electrónico.

7 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pp. 269-270; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 604;

CARO CORIA, Dino Carlos (2011). "Libramiento indebido". Disponible en: <http://www.mpfm.gob.pe/escuela/>

contenido/actividades/docs/2263_libramientoindebido.pdf. En la jurisprudencia: **Exp. N° 2103-97**, Corte Superior de Justicia de Lima, 4 de julio del año 1997 y **Exp. N° 3464-97-A**, citadas por SAN MARTÍN CASTRO, César.

Ob. cit., p. 377 (nota al pie 152).

8 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. "Aspectos penales de la nueva Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287". En: *Actualidad Jurídica*. N° 83, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2000; GARCÍA NAVARRO, Edward. Ob. cit., p. 82; HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *El delito de libramiento indebido en la jurisprudencia penal*.

Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 45. En la jurisprudencia: **Exp. N° 5661-98**, Corte Superior de Justicia de Lima, 22 de diciembre del año 1998; y **Recurso de Nulidad N° 5264-98-Lima**, de fecha 2 de julio del año 1999.

9 Sería un supuesto de atipicidad relativa. Más precisamente, este mecanismo de defensa procede cuando el hecho denunciado no constituye delito; es decir, "(...) ya porque no existe aun la ley que prevé el caso o porque **el suceso no se adecua a la hipótesis de una ley penal preexistente**". MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Lima, Ediciones Jurídicas, 1984, p. 44.

10 Cfr. artículo 4.1 del Código Procesal Penal de 2004.

11 PELÁEZ BARDALES, Mariano. *El cheque. Protección jurídica y el delito de libramiento y cobro indebido*. Grijley, Lima, 2001, p. 167; PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 487; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la vida y otros estudios de Derecho Penal*. Palestra Editores, Lima, 1997, p. 155. En el ámbito jurisprudencial:

Exp. N° 1578-98, del 30 de junio de 1998.

12 PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. cit., p. 174; HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 14 y ss.; y, de manera meridianamente clara PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 500, SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 155. En la jurisprudencia tenemos: el **Exp. N° 190-94**, Corte Superior de Justicia de Lima, 4 de noviembre del año 1997; **Exp.**

Nº 6952-97, Corte Superior de Justicia de Lima, 7 de enero del año 1998. Asimismo, las ejecutorias superiores: **Exp.**

Nº 112-97, 11 de diciembre de 1997, **Exp. Nº 4197-97-A**, 22 de setiembre 1997, **Exp. Nº 4580-97-A**, 23 de setiembre 1997; y **Exp. Nº 3728-97-A**, citadas por SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 376-377 (nota el pie 151).

13 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 377-378.

14 Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Tomo 1, 5ª edición, Lima, Ediciones Jurídicas, pp. 161-173. Siguiendo las reflexiones del profesor MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª edición, Montevideo, B de F, 2001, p. 212: “La dogmática jurídico-penal (...) trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los impunes (...) En este sentido (...) cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales de los individuos frente al poder arbitrario del Estado”.

15 Citado por SÁNCHEZ ZORRILLA, Manuel. “La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho”. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Nº 14, 2011, p. 342.

16 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 378 (el resaltado es nuestro).

17 LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. Ob. cit., p. 420 (el resaltado es nuestro).

18 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., pp. 269-270.

19 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 604.

20 CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 29 (el resaltado es nuestro).

21 Citada por SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 377 (nota al pie 152).

22 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. Ob. cit., pp. 51-55 (el resaltado es nuestro).

23 HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 45.

24 Actualidad Jurídica. “Casos prácticos y consultas procesal penales: la falta de constancia del banco señalando el motivo de la falta de pago del cheque, ¿funda una cuestión previa en el delito de libramiento indebido?”. *Gaceta Jurídica*, Lima, marzo de 2006, p. 147.

25 El resaltado es nuestro.

26 El resaltado es nuestro.

27 PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. cit., p. 167.

28 PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 487.

29 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 155.

30 El resaltado es nuestro.

31 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 377-378.

32 PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. cit., p. 174 (el resaltado es nuestro).

33 HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., pp. 14-15.

34 PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 500 (el resaltado es nuestro).

35 SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 155 (el resaltado es nuestro).

36 El resaltado es nuestro.

37 El resaltado es nuestro.

38 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 376-377 (nota el pie 151).

39 Las referencias de autores y jurisprudencias son las desarrolladas y citadas en el ítem precedente, por lo que en el presente acápite nos limitaremos a realizar el análisis crítico.

40 ROXIN, Claus (2010). *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 5ª edición, Madrid, Civitas, p. 149 (el resaltado es nuestro). Este mismo autor señala que esta forma de proceder constituye una síntesis de la teoría objetiva y subjetiva de la interpretación, cfr. Ob. cit., pp. 150-151.

41 En la doctrina se discute si la consumación opera al momento de girar el cheque o al momento de su falta de pago por ausencia de fondos (presentación de cheque para su cobro). Así, por un lado, se señala que: “En nuestro concepto resulta irrelevante y carece de toda trascendencia legal o punitiva que en el instante en que se gira el cheque exista o no provisión de fondos, pues este hecho no resulta verificable, en tanto no se presente el cheque para su cobro”, PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. cit., p. 166; mientras que, por otro lado, se expresa: “El tenor del tipo penal apunta a exigir la provisión de fondos (...) al momento de la emisión del cheque. Frente a esta afirmación podría decirse que lo que realmente importa no es el momento de la emisión del cheque, sino del pago.

Sin embargo, hay que recordar que el cheque, a excepción del cheque de pago diferido, es pagadero desde el momento de su emisión, lo que da mucha lógica a la exigencia de fondos (...) desde el momento de su emisión. En este sentido, la emisión de un cheque sin fondos (...) será típica, aun cuando al momento de su presentación para el pago el titular de la cuenta haya hecho un abono suficiente para satisfacer el pago. En este último caso, si bien la conducta es típica, podrá decirse que no hay una antijuridicidad material (afectación al bien jurídico protegido), en la medida que el tenedor del cheque ha visto cumplida su expectativa de cobro al momento de presentarlo al banco girado”. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 255. Nosotros nos adherimos a la última posición, pues es la que toma en cuenta los aspectos ontológicos que acabamos de desarrollar.

42 Por ello con acierto GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 254, ha expuesto: “La primera modalidad del delito de libramiento indebido consiste en girar un cheque sin provisión de fondos suficientes (...). **La prohibición penal se sustenta en el deber legal establecido en el artículo 173 de la LTV**, según el cual, para la emisión de un cheque, el emitente debe contar con fondos a su disposición en la cuenta corriente correspondiente, suficientes para su pago, ya sea por depósito constituido en ella o por tener autorización del banco para sobregirar la indicada cuenta” (el resaltado es nuestro).

43 El cual contribuye al adecuado funcionamiento del orden económico como parte del sistema social. Cabe mencionar que “(...) la entrega de un cheque a determinada persona de ningún modo constituye un pago, sino solo encierra una orden o mandato a que el pago se efectúe”. SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 153.

44 Con una opinión similar, aunque genérica, Peláez Bardales manifiesta: con la introducción en el Código Penal de esta figura, “se expresa su voluntad protectora del prestigio mercantil y de la confianza que debe existir en relación a este título valor”. “La comisión de este delito, no

solo afecta el patrimonio individual de las personas, sino también, en términos generales, atenta contra la colectividad en su conjunto al generar desconfianza con respecto a este instrumento importante de pago”, PELÁEZ BARDALES, Mariano. Ob. cit., p. 163. Hugo Álvarez

señala que el bien jurídico protegido de manera general es la confianza y la buena fe en los negocios, y de manera específica, la seguridad del tráfico mercantil (HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 17). BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*.

2ª edición, Lima, Editorial San Marcos, p. 390, exponen: “el verdadero bien jurídico es el sistema de pagos”;

entendiendo el bien jurídico en términos generales, PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 482-483, expresa: “en el (...) Código Penal se le ha ubicado en los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, estableciéndose de esta manera, la preeminencia de este bien, sobre los otros. Es indudable que si no existe la confianza no se darían las operaciones crediticias, quebrantándose la buena fe que se puso en los negocios”. SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 154, expone: “(...) de modo principal, se destaca la lesión o puesta en peligro de la buena fe en los negocios y con ello la deslegitimación del cheque, pues ante su repetible incumplimiento ya nadie va a aceptarlo como orden o mandato de pago”. Por su parte GARCÍA NAVARRO, Edward. Ob. cit., pp. 77-78, expresa: “Nuestra posición identifica al orden socioeconómico como el bien jurídico protegido primordial, pero, a la vez, consideramos que, de forma indirecta, se afecta al patrimonio individual del girado y se crea también desconfianza a la sociedad en la utilización del cheque; comprendemos esto solo en un segundo plano, ya que la protección específica y primordial se dirige a favor del buen funcionamiento del sistema crediticio traducido en el tráfico jurídico comercial. El sistema crediticio no es más que el género detentor de la circulación de pagos en el ámbito comercial; dicho tráfico se ve afectado cuando el agente decide aprovecharse del cheque para lograr disponer el patrimonio de su víctima”, aunque cabe realizar la objeción hecha por García Caveró antes destacada. Por último, Bustos Ramírez citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 591, expresa: “El bien jurídico es el sistema de pagos en el mercado económico, que toma lugar con el empleo específico del cheque como título valor, afectándose la confiabilidad de los agentes hacia dicho mecanismo de valor”.

45 Con esta formulación se salva la crítica del profesor García Caveró de que: “(...) la realización de una conducta típica no podrá afectar estos intereses generales, pues **un solo libramiento indebido no desestabiliza, por ejemplo, el sistema de créditos (...)**”. Ob. cit., p. 250 (el resaltado es nuestro). Con similar efecto interpretativo, pero enunciado en términos funcionales, este mismo autor expresa: “(...) el delito de libramiento indebido y cobro indebidos tiene como **bien jurídico protegido la expectativa normativa de conducta de los agentes económicos referida al uso regular del cheque tanto por parte del girador, como de los endosatarios y tenedores**.”

Esta expectativa se defrauda con un solo libramiento o cobro indebido, con absoluta independencia de su repercusión en el funcionamiento del sistema de créditos o los negocios. Con esta formulación procuramos no caer en el error naturalista de definir el patrimonio como bien jurídico y decir que el delito lesiona este bien jurídico.

Si bien la expectativa penalmente protegida tiene un carácter patrimonial, la defraudación de esta expectativa no precisa necesariamente la lesión efectiva de intereses patrimoniales” (el resaltado es nuestro).

46 Por ello acertadamente se afirma que es un “delito de mera actividad”, cfr. HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 14.

47 Aunque no insignificante, pues la LTV exige que se cumpla dentro de los 30 días de emitido el cheque para que no pierda su mérito ejecutivo.

48 GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 257.

49 **Artículo 18.1.- Mérito ejecutivo y ejercicio de las acciones cambiarias:** “Los títulos valores tienen mérito ejecutivo, si reúnen los requisitos formales exigidos por la presente Ley, según su clase”.

50 *Actualidad Jurídica*. Ob. cit., p. 147.

51 “Constancia expresa de falta de abono”.

52 Respecto al aborto, el **artículo 200** del Código Procesal Penal prescribe: “**Examen en caso de aborto**. En caso de aborto, se hará **comprobar** la preexistencia del embarazo, los signos demostrativos de la interrupción del mismo, las causas que lo determinaron, los probables autores y las circunstancias que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho”. Para el caso de los delitos contra el patrimonio, el **artículo 201** del citado cuerpo procesal, prescribe: “**Preexistencia y valorización. 1.** En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito, con cualquier medio de prueba idóneo (...)” (el resaltado es nuestro).

53 HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 48. Este autor además expresa, respecto a la constancia expresa de no pago por falta de fondos que: “(...) estas constituyen requisitos de procedibilidad o condiciones objetivas de punibilidad (...)”; no obstante, contradictoriamente el hilo argumentativo gira en torno a su consideración como medio de prueba, no advirtiéndose argumentos para considerar que se trataría de un requisito de procedibilidad o de una condición objetiva de punibilidad, e incluso dentro de esta discusión no deja zanjada su posición ni mucho menos toma partida clara a favor de esta o la otra, tratándose de una aseveración sin sustento argumentativo. Son estas razones las que nos han llevado a no incluirla como opinión a favor de su consideración como requisito de procedibilidad o condición objetiva de punibilidad.

54 BACIGALUPO, Enrique (1978). *Lineamientos de la teoría del delito*. Buenos Aires, Astrea, p. 95 (el resaltado es nuestro).

55 Sobre esta “cuarta categoría” de manera crítica: ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 969 y ss. (num. 6 y 21). En contra y señalado que formaría parte del injusto típico Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 117.

56 BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., pp. 95-96.

57 *Ibidem*, p. 97. Son ejemplos de este tipo de excusas absolutorias, las reguladas en los artículos 208 y 406 del Código Penal. De manera crítica, ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 971 y ss. (nums. 3, 4 y 5).

58 BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 98. Tenemos como ejemplo el desistimiento voluntario regulado en el artículo 18 del CP. En la doctrina nacional, CONTRERAS GONZALES, María Elena. “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas legales absolutorias”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 172, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2008, p. 131, ha señalado que las excusas absolutorias son “(...) situaciones reconocidas por el derecho que imposibilitan la aplicación de una pena, por circunstancias de protección a bienes jurídicos como la familia, la estrecha relación entre ofensor y ofendido, escasa significación social del hecho, escasa significación del bien jurídico, existencia de otro medio menos lesivo para la solución de un conflicto, por perdón del ofendido y por último para facilitar y beneficiar la viabilidad de la administración de justicia”.

59 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 970.

60 BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 99.

61 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 970.

62 *Ibidem*, p. 971. La diferencia entre excusas absolutorias y condiciones objetivas de procedibilidad estriba en que mientras en las primeras su concurrencia genera la no punibilidad de la conducta típica, antijurídica y culpable, en las segundas su presencia fundamenta la punición.

63 Al igual que sucede con la “apertura de concurso” en el delito de quiebra del §283 del Código Penal alemán que a la letra prescribe: “El hecho **solo es punible**, cuando el autor haya suspendido sus pagos o cuando se haya abierto el proceso de la quiebra o la solicitud de apertura haya sido rechazada por falta de masa” (el resaltado es nuestro).

64 ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 970.

65 No desaparece la acción causal, sino tal solo la acción cambiaria.

66 En la doctrina nacional ningún autor ha llegado a esta conclusión o ha realizado una afirmación en este sentido (sobre la aseveración de HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 48, véase las observaciones críticas realizadas en la nota el pie 53). En la doctrina extranjera, JIMÉNEZ DE ASÚA citado por BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 100, apoya nuestra afirmación.

67 Artículo 215 del CP, último párrafo: “(...) Con excepción del incisos 4 y 5, no procederá la acción penal, si el agente abona el monto total del Cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador”.

68 Con citas y señalando que esta polémica se refleja en la falta de claridad que hoy existe sobre la delimitación entre Derecho material y procesal, cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 984-992. En el ámbito nacional, se ha señalado que, no hay que confundir entre condiciones objetivas de punibilidad y condiciones objetivas (o requisitos) de procedibilidad; así, mientras que en la ausencia de las primeras no se pune, en la ausencia de las segundas no se procede. Cfr. GRÁNDEZ ODIAGA, José. *La posibilidad de causar perjuicio como elemento del tipo en el delito de falsedad documental material*. Tesis para obtener el título de abogado. Universidad Nacional de Cajamarca, 2003, p. 103.

69 CONTRERAS GONZALES, María Elena. Ob. cit., p. 131.

70 ATIENZA, Manuel (2008). *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*. Disponible en: <[http://](http://proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf)

proiure.org.pe/articulos/tesis3.pdf>, el cual expresa: “8. No obstante, muchos pseudoproblemas –especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática– pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando se lo objeta desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, **cuando lo que esté en cuestión sea la ‘naturaleza jurídica’ de la institución X**, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la ‘verdadera esencia’ de X. **Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el que a X se le califique de Y o de Z, luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro**. Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X”.

71 En esta línea argumentativa, puede consultarse el criterio jurisprudencial recaído en el **Exp. N° 6952-97**-Corte Superior de Justicia de Lima, que expresa: “(...) el segundo párrafo del artículo doscientos quince del Código Penal, señala un **requisito de procedibilidad** para que se pueda ejercer la acción penal por el delito de libramiento indebido, esto es, que el agente que haya cometido el ilícito en mención, debe ser requerido documentadamente para el pago respectivo; que, en el caso de autos, **la carta notarial** remitida al procesado Carlos Alberto Rojas Gutiérrez **no fue entregada por cuanto nadie acudió al llamado del notificador**, así aparece del reverso de la citada carta obrante a fojas nueve; que siendo esto así, no se ha

cumplido el presupuesto indispensable para ejercer la acción penal por el delito de libramiento indebido (...)” (el resaltado es nuestro). En el caso de la notificación a las personas jurídicas, en el **Exp. N° 2561-98 “C”**-Corte Superior de Justicia de Lima, se ha dejado sentado que: “Si bien es el representante autorizado de la persona jurídica quien asume la presunta autoría, sin embargo los elementos especiales que fundamenten la penalidad del ilícito deben concurrir en la representada, por lo cual el requerimiento a efectos de la configuración del delito de libramiento es válido si se efectúa en el domicilio de la empresa y no en el del procesado”.

72 Sobre este tema, GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 271, expresa: “En nuestra opinión, el requerimiento de pago de un cheque (...) debe hacerse en el término de un año, pues este es el plazo que reconoce la ley dentro del cual el cheque puede ser pagado lícitamente por los bancos”. Nosotros coincidimos con esta opinión, pues toma en cuenta las disposiciones cambiarias.

73 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, Idemsa, 2004, p. 335. Del mismo modo, pueden consultarse: MIXÁN MASS, Florencio. Ob. cit., p. 117. SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 364. DE LA CRUZ ESPEJO, Marco. *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*. Lima, Fecat, 2003, pp. 24-25. Para un análisis comparativo de la regulación del mecanismo de defensa técnico, conocido como cuestión previa, en el Código de Procedimiento Penales y el Código Procesal Penal del 2004, véase: TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos. “La cuestión previa y prejudicial en el nuevo proceso penal.

¿Existen reformas sustanciales en relación al Código de Procedimientos Penales de 1940?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 137, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2010, pp. 251-260.

74 Bajo esta línea argumentativa rechazamos la afirmación de HUGO ÁLVAREZ, Jorge. Ob. cit., p. 14, para quien sería un requisito de procedibilidad, cuando expone: “Desde luego que **no procede** la acción penal si el agente abona el importe consignado en el cheque dentro del tercer día hábil de ser requerido formalmente”.

75 CONTRERAS GONZALES, María Elena. Ob. cit., p. 131.

76 A similar conclusión llega PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 606, quien expresa: “(...) cuando el agente abona el monto total del cheque, previo requerimiento, es un dato ajeno al injusto y a la culpabilidad, instituyéndose en una variante de excusa absolutoria”. Al parecer asume esta posición, aunque de manera poco clara, CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 29, quien señala que: “(...) **no procede** la acción penal si el agente (luego de consumar el delito) abona el monto total del cheque (en efectivo) dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente cursado al girador. Por razones político criminales no se sancionará al agente, no obstante la conducta no pierde su condición de injusto penal reprochable”.

77 Lamentablemente este mismo texto persiste en el artículo 319 del Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal N° 3491/2013-CR. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/

d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/b66728b14420ae1405257cd800648371/\$FILE/PL03491140514..pdf>.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

¿ES LA PRUEBA INDICIARIA MENOS FIABLE QUE LA PRUEBA DIRECTA?

[-]

CONSULTA:

Se nos consulta sobre las consecuencias que genera la no intervención del abogado defensor del imputado en la celebración de un acuerdo provisional entre el fiscal y el imputado para llegar a una terminación anticipada.

Respuesta:

La consulta planteada gira en torno a saber qué ocurre si el acuerdo provisional de terminación anticipada del proceso se obtiene tras negociaciones realizadas entre el fiscal y el imputado, sin intervención del abogado defensor de este.

Pues en nuestra opinión, dicho acuerdo provisional carecería de validez jurídica, pues se habría realizado vulnerando el derecho a la defensa técnica del imputado, dado que los acuerdos si bien son voluntarios, deben realizarse con todas las garantías y en igualdad de condiciones entre las partes, lo que no sucede cuando el imputado –que es un lego en Derecho–

acude solo a dichas reuniones de acuerdo provisional, sin la asesoría y desprovisto del consejo de su abogado defensor, que precisamente es el encargado de su defensa técnica.

Sin embargo, dicho vicio no afectaría el hecho de la petición conjunta realizada por el fiscal y el imputado de someterse a dicha terminación anticipada. En efecto, aunque se concluya que el acuerdo provisional realizado sin participación del abogado defensor del imputado es nulo por implicar la vulneración del derecho de defensa y generar estado de indefensión, no ocurre lo mismo con la propia petición conjunta a la que acompañaba el mencionado acuerdo provisional.

Esto es así porque, si bien resulta preferible, no toda petición conjunta de inicio de procedimiento de terminación anticipada va acompañada de un acuerdo provisional, en cuyo caso la solicitud tendrá como único significado manifestar la voluntad de las partes de someterse al referido procedimiento especial, dejando pendiente la discusión sobre los alcances del acuerdo, el cual deberá realizarse en la audiencia de terminación anticipada.

En efecto, la incorporación de un acuerdo provisional nulo por vulneración del derecho a la defensa (acuerdo sin participación de abogado defensor) en la solicitud conjunta de incoación del procedimiento de terminación anticipada, no afecta de nulidad el procedimiento. En dichos casos, el juez de la investigación preparatoria deberá entender que aunque no sea posible considerar válido el acuerdo provisional realizado sin participación del abogado defensor del imputado, esto no afecta la legitimidad de la petición conjunta, que deberá ser tramitada.

En todo caso, el juez deberá ser cauteloso en informar a las partes, al Ministerio Público y al imputado, por un lado, sobre la imposibilidad de utilizar el acuerdo provisional y, por otro lado, sobre el hecho de que la discusión de los términos del posible acuerdo de terminación anticipada 1 REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Pacífico, Lima, 2015, p. 125.

tendrá lugar recién en la audiencia respectiva¹.

BASE LEGAL

Código Procesal Penal de 2004. art. 468 incs. 1 y 2.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN: NO PUEDE EMPLEARSE PARA EXCLUIR DEL PROCESO A QUIEN SE CONSIDERA INOCENTE DE LOS CARGOS

[-]

SUMILLA

El Colegiado Superior, al resolver la excepción de naturaleza de acción, ha realizado un juicio de valor sobre el fondo de la imputación contra el encausado. Sostiene que al haberse establecido que el autor del homicidio fue otra persona, se descarta que el excepcionante haya ejecutado el delito. Sin embargo, a través de dicho medio técnico de defensa no se puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, pues ello significaría desnaturalizar su objeto, que es verificar la licitud o no de la imputación o si es justiciable penalmente.

SUMILLA

La conducta que se le atribuye al encausado excepcionante –haber planificado el asalto donde resultó muerto el agraviado– sí tiene relevancia penal, y además no concurre ninguna causal que indique que no sea justiciable penalmente, por lo que corresponde que el órgano jurisdiccional continúe con el proceso y emita un pronunciamiento de fondo luego de efectuar la actividad probatoria pertinente, debiendo dilucidar si aquel tiene o no algún grado de responsabilidad penal –como podría ser a título de cómplice– en el evento delictivo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado : Alcides Acuña Díaz

Delito : Homicidio calificado

Agraviado : Fausto Sergio Alegre Obregón

Fecha : 21 de enero de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

- Código Penal: arts. 106 y 108.
- Código de Procedimientos Penales: arts. 5 y 298 inc. 1.

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1673-2012-ÁNCASH

Lima, veintiuno de enero de dos mil catorce.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior, contra la resolución de vista, emitida en la sesión de audiencia del diecisiete de enero de dos mil doce, cuya acta obra a fojas mil doscientos dieciocho, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el abogado defensor del acusado Alcides Acuña Díaz; en el proceso que se le sigue por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - homicidio calificado, en agravio de Fausto Sergio Alegre Obregón.

Interviene como ponente el señor Juez

Supremo Neyra Flores.

CONSIDERANDO

Primero.- El representante del Ministerio Público al fundamentar su recurso de nulidad mediante escrito de fojas mil doscientos veintiocho, precisó que para resolver la procedencia o no de la excepción de naturaleza de acción solo se debe realizar un test de tipicidad y antijuricidad, reservando el juicio de culpabilidad (juicio de reproche)

únicamente para el momento de realizar la subsunción de los hechos al tipo penal materia de acusación, actividad que corresponde realizar al emitir la sentencia, pues es recién en ese momento que se va a discutir si el acusado es o no responsable del o de los delitos imputados. En tal sentido, del análisis a los fundamentos de la resolución impugnada se advierte que el Colegiado Superior al declarar fundado el medio técnico interpuesto, ha consignado argumentos que tienen directa relación con la responsabilidad del acusado, lo que desnaturaliza la figura jurídica de la excepción de naturaleza de acción, en la medida que a través de tal excepción no puede evaluarse la suficiencia probatoria ni mucho menos la culpabilidad del procesado, que es más bien, el objeto a determinarse en una sentencia; en consecuencia, deberá declararse la nulidad de la recurrida por la causal prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales.

Segundo.- De acuerdo al dictamen acusatorio de fojas novecientos setenta y siete, la imputación estriba en que el día trece de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, el encausado Alcides Acuña Díaz y otros sujetos, entre los que se encontraba Wilfredo Enrique Espíndola Corsino (de acuerdo a la sentencia emitida por el Colegiado Superior y que obra a fojas mil cincuenta y siete, autor del disparo que causó la muerte del agraviado), previa planificación y concertación, ingresaron al domicilio del occiso Fausto Sergio Alegre Obregón, ubicado en el jirón Huaylas número doscientos noventa y ocho, en la localidad de Huaraz, donde funcionaba la Distribuidora de Fertilizantes "DIPAGRO", con el fin de apoderarse del dinero producto de las ventas, circunstancias en que se disparó en contra del citado Alegre Obregón, causándole la muerte.

Tercero.- Que la excepción de naturaleza de acción prevista en el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, procede únicamente cuando los hechos materia del proceso no constituyen delito o no son justiciables penalmente, no pudiendo evaluarse en ella los argumentos de defensa o irresponsabilidad, los cuales son objeto del proceso penal principal.

Cuarto.- Que del análisis de la resolución recurrida se advierte que el colegiado Superior ha realizado y emitido en su pronunciamiento, juicio de valor sobre el fondo de la imputación que

se le hace al encausado Acuña Díaz; así, sostiene, que al haberse establecido que el autor del homicidio fue la persona de Wilfredo Enrique Espíndola Corsino, se ha descartado que Acuña Díaz haya ejecutado los actos propios de dicho ilícito.

Al respecto cabe indicar, que a través del citado medio técnico de defensa, no se puede emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, pues ello significaría desnaturalizar su objeto, que tiende a verificar más bien, la licitud o no de la imputación, o en su caso, si esta resulta ser justiciable penalmente.

En tal sentido, la conducta que se le atribuye al encausado Acuña Díaz –de haber concertado y planificado el asalto 1 al establecimiento comercial del agraviado Fausto Sergio Alegre Obregón, y como consecuencia de ello se causó su muerte–, sí tiene relevancia penal –por lo que no se cumple con el primer supuesto del dispositivo legal citado en el fundamento jurídico anterior–, además, no existe ningún supuesto de excusa absoluta o de otra índole similar que nos lleve a concluir que tal conducta no sea justiciable penalmente –segundo supuesto de la norma anotada–, por lo que, debe ser el órgano jurisdiccional respectivo el que emita el pronunciamiento de fondo, luego de efectuar toda la actividad probatoria pertinente, pues aun cuando Acuña Díaz, de acuerdo con lo resuelto por el Colegiado Superior, no fue el autor del disparo mortal; sin embargo, debe dilucidarse si este tiene o no algún grado de responsabilidad –como podría ser a título de cómplice–, en el evento delictivo denunciado;

por lo que debe continuarse con el proceso a Acuña Díaz, conforme a su estado.

Quinto.- Que habiéndose dispuesto en la recurrida la inmediata libertad del citado acusado, en virtud de lo resuelto en la presente resolución, debe retrotraerse su situación jurídica a la que tenía antes de su expedición –mandato de detención–; en consecuencia, debe disponerse su inmediata recaptura a efectos de que se prosiga con la secuela procesal.

DECISIÓN

De conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon **HABER NULIDAD** en la resolución de vista, emitida en la sesión de audiencia del diecisiete de enero de dos mil doce, cuya acta obra a fojas mil doscientos dieciocho, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el abogado defensor del acusado Alcides Acuña Díaz; **reformándola:**

declararon **INFUNDADO** el medio técnico de defensa citado; derivado del proceso que se sigue al encausado Alcides Acuña Díaz por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, en agravio de Fausto Sergio Alegre Obregón; debiendo continuarse con el trámite de la presente causa, según su estado; **ORDENARON:** se cursen las órdenes de captura correspondientes contra el mencionado encausado; y, los devolvieron.

SS. VILLA STEIN, PARIONA PASTRANA, BARRIOS ALVARADO, NEYRA FLORES, CEVALLOS VEGAS

e) finalmente, que tal decisión o los referidos fundamentos, se encuentran motivados, al señalar que, “la motivación suficiente no implica la expresión de abundantes argumentos para la solución del caso, sino aquello mínimo indispensable para adoptar tal decisión”.

4. En virtud de lo expuesto, este Tribunal Supremo considera que la causal de inobservancia o errónea aplicación de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de motivación respecto a la fijación del monto de reparación civil, se encuentra bien fundada, así:

4.1. Por un lado, si bien, en el presente caso el actor civil –los representantes legales o los herederos legales del agraviado– no se han constituido en Parte Civil, esto no constituye a *prima facie* un obstáculo para negar la fijación de la misma en la sentencia, pues, el NCPP ha previsto que ante la no constitución del Actor Civil como sujeto procesal, el fiscal en su formulación de acusación solicitará el monto de la reparación civil, esto de conformidad con el

artículo trescientos cuarenta y nueve, literal “G”, del citado Código adjetivo; esta lógica procesal, implica que la legitimidad de constitución de Actor Civil, en primer orden es del actor civil, y en segundo orden, es secundaria y le corresponde al Ministerio Público.

4.2. El Fiscal en la formulación de su acusación solicitó como monto de reparación civil la suma de quince mil nuevos soles que deberán pagar solidariamente los ya sentenciados con el Tercero Civilmente Responsable -

Instituto Peruano del Deporte de La Libertad, empero, se advierte que tanto el Juzgado Colegiado como la Sala de Apelaciones fijaron en cien mil nuevos soles el monto de reparación civil.

4.3. De autos se advierte que la actuación de oficio de la Sala Penal de Apelaciones en incrementar el monto de reparación civil a cien mil nuevos soles, ha sido fundamentado sobre argumentos subjetivos y no objetivos, desconociendo y emitiendo un fallo “*ultra petita* o *plus petita*”, decidiendo más allá de lo pedido, lo que a su vez, transgrede el principio de congruencia procesal; aunado a ello, la decisión de incrementar el monto solicitado por el fiscal a la suma antes indicada, no se ha amparado en documentación o en otro medio que fortalezca su decisión, es decir, no existen otros elementos, condiciones específicas o cualidades especiales o de juicio que al ser valorados permitan objetivamente determinar un monto elevado como el fijado por las instancias inferiores; asimismo, ha desconocido que la motivación y fundamentación de fijar la reparación civil responde a la lógica y los fines de las reglas del derecho civil, las mismas que tienen como sustento el principio de autonomía de la libertad, no siendo ajeno a esto, el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo ciento seis, que si bien como regla general señala que la constitución en actor civil impide que presente demanda indemnizatoria en la vía extrapenal; también, regula como regla especial, que el actor civil que se desiste como tal, antes de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía, dicho dispositivo procesal se armoniza con las reglas del Derecho Civil; por tanto, el monto fijado por el Juzgado Colegiado y la Sala de Apelaciones debe reducirse al monto solicitado por el Ministerio Público en su dictamen acusatorio, esto es, a la suma de quince mil nuevos soles.

V. Del motivo casacional. Falta de aplicación de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación

El recurrente denuncia que la orden establecida por la Sala de Apelaciones, referida a que el Instituto Peruano del Deporte cumpla en el plazo no mayor de sesenta días con abonar el monto de reparación civil, contados a partir que la sentencia quede ejecutoriada, contraviene el artículo sexto de la Ley número veintiocho mil ciento doce, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, que señala: “Las entidades del Sector Público solo pueden ejecutar ingresos y realizar gastos conforme a Ley (...)”; sin embargo, tal pretensión de parte resulta ser una interpretación errónea, pues, tal como lo ha señalado la Sala de Apelaciones: “el juez penal tiene la facultad de precisar el plazo en el cual debe efectivizarse el pago de la reparación civil, consolidándose de esta manera la tutela procesal efectiva a la víctima, no debiéndose perder de vista que el tercero puede hacer uso del derecho de repetición y excusión, y en caso exista demora en los trámites administrativos del erario nacional, debe ser valorado por el juez encargado de la ejecución de la sentencia (...)”, Por tanto, tal decisión no ha sido emitida contraviniendo normas jurídicas que sean necesarias para su aplicación.

DECISIÓN Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de **i) INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE DEFENSA PROCESAL:**

–**Falta de motivación referida a la fijación de la responsabilidad solidaria**–; **y, ii) FALTA DE APLICACIÓN DE OTRAS NORMAS JURÍDICAS NECESARIAS PARA SU APLICACIÓN.**

II. FUNDADO el recurso de casación por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de defensa procesal: **Falta de motivación referida a la fijación del monto fijado como reparación civil**, interpuesto por la defensa del Tercero Civilmente Responsable, José Mario Prada Córdova, Procurador Público Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Educación.

III. En consecuencia: **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento setenta y dos, de fecha veintiséis de abril de dos mil once, que revocó la sentencia de fecha quince de setiembre de dos mil diez, de fojas cuarenta y seis, en el extremo que fijó a los sentenciados Felipe Tulumba Culqui y Carlos José Polo Armas, el pago por concepto de reparación civil la suma de mil nuevos soles y al tercero civilmente responsable –Instituto Peruano del Deporte de La Libertad–, la suma de cien mil nuevos soles; reformándola fijó en la suma de cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados Felipe Tulumba Culqui y Carlos José Polo Armas solidariamente con el Tercero Civil Responsable – Instituto Peruano del Deporte de La Libertad–, a favor de los herederos legales del occiso Cristhian Ginojjo Mendoza Santa Cruz; como consecuencia del proceso que los condenó por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud –homicidio culposo–, en agravio de Cristhian Ginojjo Mendoza Santa Cruz.

IV. Actuando en sede de Instancia, **REVOCARON** la sentencia de fecha quince de setiembre de dos mil diez, de fojas cuarenta y seis, en el extremo que fijó a los sentenciados Felipe Tulumba Culqui y Carlos José Polo Armas, el pago por concepto de reparación civil la suma de mil nuevos soles y al tercero civilmente responsable –Instituto Peruano del Deporte de La Libertad–, la suma de cien mil nuevos soles; **REFORMÁNDOLA:**

FIJARON la suma de quince mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados Felipe Tulumba Culqui y Carlos José Polo Armas solidariamente con el Tercero Civil Responsable –Instituto Peruano del Deporte de La Libertad–, a favor de los herederos legales del occiso Cristhian Ginojjo Mendoza Santa Cruz, en el plazo no mayor de sesenta días contados a partir de ejecutoriada la presente sentencia; como consecuencia del proceso que los condenó por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud –homicidio culposo–, en agravio de Cristhian Ginojjo Mendoza Santa Cruz.

V. ORDENARON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal el veintinueve de agosto de dos mil doce a horas ocho y treinta de la mañana; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

VI. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez

Supremo Salas Arenas.

SS. VILLA STEIN; RODRÍGUEZ TINEO;

PARIONA PASTRANA; NEYRA FLORES;

SANTA MARÍA MORILLO

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

NO DEBE ANULARSE LA SENTENCIA POR DEFECTOS EN LA ACTUACIÓN PROBATORIA SI ELLO VULNERARÍA EL DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

[-]

SUMILLA

Si bien las conclusiones de culpabilidad emergen de un razonamiento lógico efectuado por el tribunal, estas tienen como sustento solo la prueba de cargo aportada por los denunciados; es decir, no es el resultado del análisis de todo el caudal probatorio, en el que debió incluirse la prueba de descargo y, para mantener vigente el principio de imparcialidad, una prueba técnica especializada (contable y valorativa) respecto a la existencia de un perjuicio económico al Estado.

SUMILLA

Pese a que la Sala debió recurrir a peritos contables e ingenieros civiles a efectos de tener un mejor conocimiento del caso, atentos al tiempo transcurrido y por respeto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, corresponde a este Tribunal evaluar la prueba existente y emitir un pronunciamiento de fondo. En tal sentido, se advierte que la prueba actuada no genera certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, por lo que se amerita su absolución en virtud del principio in dubio pro reo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado : Carlos Francisco Cáceres Soto

Delito : Peculado

Agraviado : Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes

Fecha : 29 de enero de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

• Código Penal: arts. 23 y 387.

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 3777-2012-CAJAMARCA

Lima, veintinueve de enero de dos mil catorce.

VISTOS; en audiencia pública el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Carlos Francisco Cáceres Soto contra la sentencia de fojas dos mil noventa y cinco, de fecha trece de diciembre de dos mil once, en el extremo que lo condena y el recurso de nulidad interpuesto por el representante legal del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes, debidamente constituido en parte civil contra la resolución de fojas dos mil doscientos treinta, de fecha veinticinco de julio de dos mil doce.

Interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

Primero.- Materia de grado

1.1. El encausado Carlos Francisco Cáceres Soto impugna el extremo de la sentencia de fojas dos mil noventa y cinco, de fecha trece de diciembre de dos mil once, que lo condena como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso agravado, en perjuicio del Estado - Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, inhabilitación por el periodo de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, y fijó en la suma de diez

mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar en forma solidaria el sentenciado a favor de la entidad agraviada y restituir la suma de treinta y tres mil seiscientos cuarenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos.

1.2. El representante legal del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes impugna la resolución de fojas dos mil doscientos treinta, de fecha veinticinco de julio de dos mil doce, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el encausado Telmo Alcides Solazar Ahumada, en consecuencia se archivó la causa que se le siguió en su condición de cómplice primario por delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio del Estado - Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes.

Segundo.- Agravios de los impugnantes

2.1. Que, el encausado Carlos Francisco Cáceres Soto en su recurso fundamentado a fojas dos mil ciento sesenta y cuatro, alega que el Colegiado Superior no tuvo en cuenta que no tiene la condición de funcionario o servidor público, por ello no suscribió el convenio con la entidad agraviada y en tal sentido al no tener vínculo contractual no custodió o administró dinero del Estado, no obstante lo cual se le condenó por el delito de peculado por extensión; que no le es de aplicación lo previsto en el último supuesto del artículo trescientos noventa y dos del Código Penal, pues dicha norma está referida a aquellas personas que forman parte de la persona jurídica; que, de otro lado, no se tomó en consideración que no se realizó una pericia técnica que determine, no solo los supuestos daños causados, sino también el perjuicio económico que se habría ocasionado al Estado, lo cual imposibilitó al Tribunal Superior entender el expediente técnico;

y, que no se valoraron en forma debida las conclusiones del informe reformulado por el Órgano de Control Institucional del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social de fecha veintinueve de junio de dos mil nueve.

2.2. Que, el representante legal del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes en su recurso fundamentado a fojas dos mil doscientos cuarenta y nueve, sostiene que es un error de derecho por interpretación del Colegiado Superior señalar que los hechos no son perseguibles penalmente, por cuanto falta un requisito esencial para configurar el delito de malversación de fondos agravado; esto es, la calidad de funcionario o servidor público, por tanto se está frente a una merituación irrazonable y segmentada de los medios de prueba, por lo que su conclusión adolece de virtualidad fáctica, de tal modo que se afectó al debido proceso.

Tercero.- Hechos incriminados

Que, de la acusación fiscal de fojas mil quinientos sesenta y cuatro, corregida a fojas mil seiscientos cuatro, fluyen los siguientes hechos que son materia de incriminación:

3.1. El veintidós de enero de dos mil siete, se celebró un Convenio Tripartito, signado con el número cero cuatro - dos mil seis -

cero cero treinta y cuatro, el mismo que fuera suscrito por el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes, la Municipalidad Distrital de El Prado, provincia de San Miguel y los representantes del Núcleo Ejecutor del Proyecto denominado "Trocha Carrozable El Empalme - Quindén Alto", el que tenía como meta el mejoramiento de cinco kilómetros de la indicada trocha carrozable que conduce del lugar denominado "El Empalme"

hasta el Caserío de Quindén Alto, lo cual comprendía obras preliminares de movimiento de tierra, pavimento, construcción de cunetas longitudinales sin revestir, teniendo como plazo de ejecución tres meses, los cuales fueron computados desde el uno de julio hasta el uno de setiembre de dos mil siete, por un monto presupuestal ascendente a trescientos mil nuevos soles.

3.2. Que, el Núcleo Ejecutor estuvo conformado por Bernardino Vásquez Castañeda, en su condición de Presidente, Armando William Correa Villoslada como Tesorero y Julia Suárez Ramos como Secretaria; en tanto, la Municipalidad Distrital de El Prado eligió como su representante al Regidor Santos Porfirio Sánchez Gálvez, en su condición de Fiscal; y como Ingeniero Residente de la Obra se nombró al encausado Carlos Francisco Cáceres Soto, iniciándose la obra, la cual no fue concluida, habiéndose suspendido en un primer momento para luego ser resuelto el Convenio al haberse detectado la mala administración de los recursos económicos.

3.3. El encausado Ingeniero Residente Carlos Francisco Cáceres Soto, habría hecho modificaciones al proyecto al haber construido las alcantarillas en concreto, cuando el expediente técnico señalaba que debía haberse construido con tubería metálica TMC, ello con lo finalidad de reducir costos y poder percibirlos en forma indebida, sin contar con la autorización del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes y habiendo hecho caso omiso a las recomendaciones del Ingeniero Supervisor de la obra.

3.4. Dicho encausado tampoco habría presentado la preliquidación de la obra cuando la paralizó, a efecto que se prosiguiera con la misma, nombrándose nuevo ingeniero.

3.5. De otro lado, dicho encausado informó que se habría realizado pagos por alquiler de maquinaria pesada (tractor, un rodillo, volquetes, moto niveladora y camión cisterna)

por un monto de ciento veintiocho mil nuevos soles, siendo que dichos pagos resultan irregulares, pues algunas de las maquinarias no fueron utilizadas, como es el caso del tractor oruga que solamente fue utilizado ciento veinte horas, por lo que se debió pagar la suma de veintitrés mil nuevos soles; sin embargo, se canceló la suma de setenta y un mil nuevos soles. Asimismo, el pago de los volquetes no se justifica, por cuanto, el material de afirmado apilado no es el adecuado;

de igual manera, tampoco se justifica el pago de la motoniveladora, pues no fue empleada.

3.6. Que, según la manifestación del contratista, hasta el siete de mayo de dos mil ocho, solo se canceló la suma de trece mil nuevos soles; sin embargo, las boletas de venta tienen fecha dos, tres y cuatro de julio del año dos mil siete, evidenciándose que habrían sido entregadas de favor, por parte del contratista, máxime si conforme a los diferentes asientos del Supervisor de Obra en el cuaderno respectivo se advierte que hasta el cinco de agosto del año dos mil siete, no llegaba la maquinaria de la obra, iniciándose esta con el tractor oruga y que la paralización de fecha seis de agosto del mismo año, se debió a la falta de maquinaria pesada, la misma que recién llegó el diecinueve de setiembre del indicado año y que no se habrían utilizado en forma adecuada en la misma obra.

3.7. El citado Ingeniero Residente en su informe de preliquidación documentado con las boletas de venta, ha señalado el pago de quince mil nuevos soles por el uso de rodillo liso vibratorio y

cinco mil nuevos soles por camión cisterna cuando dicha maquinaria no se ha utilizado; ya que debía utilizarse en las etapas de extendido y compactado del afirmado, perfilado y compactado de subrasante y conformación de terraplen conforme al expediente técnico; incluso, esta maquinaria no habría llegado a la obra y que el hecho que el pago haya reemplazado al flete y pago por uso de la comprensora y un pago adicional por el tercer tractor oruga, configuraría malversación de fondos, en el que estarían involucrados tanto el Ingeniero Residente Carlos Francisco Cáceres Soto y el Tesorero Armando William Correa Villoslada por ser quienes manejaban el presupuesto; así como el contratista Telmo Alcides Salazar Ahumada, quien proporcionó la documentación para sustentar dichos gastos.

3.8. Asimismo, el Ingeniero Residente habría pagado con dinero presupuestado para otros rubros, al comprar una cantera de propiedad de Orfelinda Alvitres ubicada en el Caserío el Molino.

3.9. En mérito a lo antes señalado el titular de la carga de la prueba acusó al encausado Carlos Francisco Cáceres Soto como autor de los delitos de peculado agravado y malversación de fondos, mientras que al encausado, Telmo Alcides Salazar Ahumada como cómplice primario del delito de malversación de fondos.

Cuarto.- Fundamentos

4.1. Respecto de la sentencia de fecha dos mil noventa y cinco, de fecha trece de diciembre de dos mil once

4.1.1. Que, revisado el juicio de valor plasmado en la sentencia materia de grado, advertimos que el Tribunal de Instancia llegó a la conclusión de que se había acreditado la materialidad del delito de peculado y la responsabilidad penal del encausado Carlos Francisco Cáceres Soto, en atención a que no existe coherencia entre el presupuesto asignado al Proyecto "Trocha Carrozable El Empalme - Quindén Alto" con los acuerdos sobre manejo de presupuesto suscrito entre el Núcleo Ejecutor y el Ingeniero Residente de la obra ni con las boletas de pago emitidas por el contratista de maquinaria pesada;

del mismo modo, porque no existe equivalencia entre los partes diarios con las boletas extendidas por el contratista ni menos con el cuaderno de obra, todo lo cual representó un perjuicio de once mil seiscientos cuarenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos, a lo que suma el pago por maquinaria pesada que no estuvo en la obra y de otra que al estar no fue utilizada en la misma, lo que asciende a un perjuicio de doce mil nuevos soles, que adicionado al monto antes señalado se tiene un perjuicio económico de treinta y tres mil seiscientos cuarenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos, ello sin incluir lo facturado por el contratista como laborado por la maquinaria pesada de su traslado de la ciudad de San Miguel a la obra y viceversa.

4.1.2. Que, el Tribunal de Mérito para establecer lo anterior comparó el presupuesto inicial contemplado en el expediente técnico de la obra Proyecto "Trocha Carrozable El Empalme - Quindén Alto" con el presupuesto ejecutado por el Núcleo Ejecutor con el Ingeniero Residente Carlos Francisco Cáceres Soto, es decir el perjuicio que indica el tribunal Superior emergió del avance físico de la obra que salió a relucir en los informes de fojas cuatrocientos noventa y seis y de fojas mil trescientos setenta y ocho, que concluyen que la obra avanzó hasta un treinta y siete punto diecinueve por ciento y cuarenta por ciento respectivamente.

4.1.3. Que, sin embargo, es de tener en consideración que si bien las conclusiones de culpabilidad emergen de un razonamiento lógico efectuado por el propio Tribunal de Instancia, estas tienen como sustento solo la prueba de cargo aportada por los denunciados, los que incluso sirven de sustento a la tesis inculpativa del representante del Ministerio Público, es decir, no es el resultado del análisis o evaluación de todo el caudal probatorio acopiado a los autos en los que debió incluirse, no solo la tesis exculpativa del encausado y sus documentales e instrumentales que aportó, sino que fundamentalmente para mantener vigente el principio de imparcialidad del Tribunal de Mérito debió dejarse guiar de una prueba técnica especializada (contable y valorativa) en la materia que le debió cuando menos proporcionar

aportes mínimos respecto a la existencia de un evidente perjuicio económico en detrimento del patrimonio del Estado y, del mismo modo, otro medio de prueba, que tratándose de la ejecución de una obra que tiene que ver con la construcción de una trocha carrozable, le brinde conocimientos básicos respecto a lo requerido para el inicio, desarrollo y ejecución de una obra de esta naturaleza, esto es, el estudio de factibilidad, impacto ambiental, expediente técnico, materiales, etc., experticia que evidentemente no posee el Tribunal Superior, pues más allá que de autos se aprecie que un daño es cuantificable sin necesidad de operaciones complicadas y sin que se necesiten de conocimientos especiales, pues para que la valoración de la prueba resulte válida y ser fiel reflejo de lo ocurrido, esta debe estar en esencia basada en las máximas de la experiencia, la sana crítica y las reglas de la lógica y la ciencia, lo que no ocurrió en el caso de autos, pues dado a la naturaleza del evento criminal denunciado y acusado era ineludible recurrir a peritos contables e ingenieros civiles, los primeros para los efectos de evaluar y estudiar los documentos contables y determinar su idoneidad, así como establecer acorde con los presupuestos otorgados y el dinero gastado hasta el momento en que se paralizó la ejecución de la obra si se produjo una afectación al dinero del Estado; que, igualmente, el nombramiento de los segundos era inevitable, teniendo en cuenta que se trataba de una obra que requería dicha especialidad y por ende, era obligatorio contar con sus aportes técnicos con el fin de conocer si dicho trabajo se venía realizando de manera adecuada y si se estaba en la posibilidad de seguir los lineamientos consignados en el expediente técnico, o en su caso el apartamiento de los mismos por el Ingeniero Residente era algo irregular y perjudicaba el uso de la obra en futuro y si se siguieron los trámites correspondientes para proceder a ejecutar la tarea en forma distinta, a lo que señalaba el expediente técnico y si ello era favorable para la población.

4.1.4. Que, si bien, los jueces pueden prescindir de la práctica de pruebas o diligencias en función a criterios tales como su imposibilidad, sobreabundancia o inutilidad, y valorar la suficiencia de las pruebas actuadas con criterio de conciencia, ello teniendo en cuenta la imputación del representante del Ministerio Público y la tesis exculpatoria y defensiva del encausado, resulta obligatoria la designación y nombramiento de peritos a efectos de tener un mejor conocimiento del *thema probandum* y de esta manera exponer mayores argumentos relacionados con el hecho objeto de acusación y determinar la materialidad del delito y en su caso la culpabilidad del encausado; que esta omisión probatoria determinó que se haya emitido una decisión judicial con pruebas diminutas, no obstante estando a que todo justiciable tiene derecho a ser juzgado en plazo razonable, lo cual es criterio jurisprudencial uniforme por los tribunales de justicia a nivel nacional, corresponde en tales circunstancias evaluar la prueba actuada en las condiciones antes señaladas y emitir un pronunciamiento final que ponga término a la presente relación jurídico-procesal penal dado al tiempo transcurrido.

4.1.5. Que, en efecto, es de tener en cuenta que el encausado Carlos Francisco Cáceres Soto de manera uniforme tanto en sede fiscal como judicial señaló que si bien fue en mérito al Convenio Tripartito, signado con el número cero cuatro - dos mil seis - cero cero treinta y cuatro, el mismo que fuera suscrito por el Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes, la Municipalidad Distrital de El Prado, provincia de San Miguel y los representantes del Núcleo Ejecutor del Proyecto denominado "Trocha Carrozable El Empalme-Quindén Alto" que fue designado como Ingeniero Residente para la ejecución de la obra, esta tuvo la presencia de dos eventualidades preponderantes que obstaculizaron continuar con el desarrollo del trabajo, las mismas que no fueron previstas en el expediente técnico y que no fueron corregidas en tiempo oportuno, pero que ello no significó la apropiación de dinero del Estado para sí o para un tercero;

señaló que el material para los efectos de efectuar la obra debían ser tomados de una cantera adyacente, pero al realizar ello se encontraron con un material que tenía que ser removido con explosivos, lo cual no había sido previsto; que, de otro lado, la maquinaria pesada fue contratada por su persona y por el tesorero del Núcleo Ejecutor de un contratista en la ciudad de San Miguel, pero cuando este lo llevó no pudo ser utilizada dado a la carencia de material por el defecto de la cantera y asimismo en relación a la maquinaria pesada que no fue llevada al lugar de la obra esta, según el contratista, estaba en reparación hasta que esta se necesitara en la obra, lo cual escapa a su responsabilidad como Ingeniero Residente, circunstancias respecto de las cuales fueron puestas en conocimiento de César Augusto Ruiz Roncal en su condición de Supervisor de la obra para que este a su vez informara a los funcionarios

correspondientes del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes; empero, pese a ello dicha entidad lejos de solucionar tales eventualidades, observó los informes que este realizó; que la versión defensiva del encausado Carlos Francisco Cáceres Soto se ve corroborada con la propia declaración fiscal y judicial del Ingeniero Supervisor antes mencionado y se constata con los distintos informes que este último remitió al Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes y requirió al contratista para que ponga con prontitud a trabajar la maquinaria pesada requerida; y, asimismo, con el acta de constatación fiscal de fecha veintidós de mayo de dos mil ocho, en el que se verifica que los propios moradores del lugar de la obra excavaron en las canteras a la espera de los explosivos, pero estos nunca llegaron; que a lo expuesto se aúna el mérito del Informe Reformulado número cero cero nueve - dos mil ocho - dos - tres mil novecientos uno, denominado “Examen Especial al Equipo Zonal Cajamarca y Convenios de Gestión del Equipo Zonal Chiclayo - Foncodes”, de fojas mil ochocientos setenta y dos, en el que respecto a la obra materia de autos se concluye que la paralización de la obra se debió a la falta de una adecuada previsión, como el uso de explosivos, no considerados en el presupuesto, y el tardío cumplimiento del contratista en poner la maquinaria en obra, así como el desempeño deficiente del Ingeniero Residente, pues no planificó adecuadamente la obra y demoró en la entrega de la preliquidación, no habiéndose recomendado acciones judiciales contra el imputado, todo lo cual determina en atención a la prueba aportada por el titular de la carga de la prueba que surge una duda razonable respecto a la existencia del delito de peculado y la responsabilidad penal del encausado Carlos Francisco Cáceres Soto.

4.1.6. Que, en consecuencia, examinada la prueba glosada, se concluye en que esta no genera certeza respecto al objeto de proceso, pues la prueba actuada carece de potencialidad para declarar acreditada la existencia del delito y consecuentemente la responsabilidad penal del encausado; que, en efecto, no se llegó a despejar la incertidumbre inmersa en el proceso, es decir, la actividad probatoria constitutiva del presente proceso determinó la existencia de razones opuestas equilibradas entre sí para afirmar o negar de manera categórica la culpabilidad y responsabilidad del encausado, por consiguiente, es de aplicación el principio de *in dubio pro reo* y en atención a ello corresponde emitir un veredicto absolutorio respecto de su persona por los hechos materia de acusación fiscal.

4.2.- Respecto de la resolución de fojas dos mil doscientos treinta, de fecha veinticinco de julio de dos mil doce

4.2.1.- Que, el representante legal del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes, cuestiona que el hecho que el Tribunal de Instancia haya declarado fundada la excepción de naturaleza de acción que dedujo el encausado Telmo Alcides Salazar Ahumada respecto del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos.

4.2.2.- Que, al respecto, el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, prevé como uno de los medios de defensa técnico que puede utilizar el justiciable para impugnar el desarrollo de la relación procesal, la excepción de naturaleza de acción, la que se entiende doctrinariamente como el derecho del inculpado de solicitar que se archive definitivamente los actuados, porque considera que los hechos inculcados no tienen contenido penal; esto es, que no concurren la tipicidad, antijuricidad o la culpabilidad; es decir, que un hecho no constituye delito cuando la conducta manifestada por el agente, con su acción u omisión, no se adecua a un tipo penal previsto por la Ley Penal, o el hecho fáctico no es justiciable penalmente, esto es que puede estar tipificado como delito –hecho típico, jurídico y culpable–, pero está rodeado de alguna circunstancia que lo exime de sanción penal, es decir la penalidad se encuentra excluida, por haberlo considerado así el legislador, en atención a causas de parentesco u otra circunstancia con fines de una mejor convivencia social, verbigracia las excusas absolutorias que contempla nuestro Código Penal.

4.2.3.- Que, asimismo, no son justiciables penalmente los comportamientos típicos que la doctrina jurídico-penal los reconoce adecuados socialmente y, por tanto, carecen de relevancia penal para la pretensión sancionadora del Estado; por lo que, en tal orden de ideas, la

excepción de naturaleza de acción solo procede cuando las circunstancias antes señaladas surgen con toda evidencia de los términos de la denuncia y lo actuado en el proceso.

4.2.4.- Que, en el presente caso, analizada la conducta imputada por el señor representante del Ministerio Público al encausado Telmo Alcides Salazar Ahumada no se advierte que esta configure el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos; esto es, no se aprecia la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo; que, en efecto, conforme al hecho objeto de acusación, el representante del Ministerio Público le atribuye a dicho encausado el indicado delito a título de cómplice primario, pues estima que coadyuvó a que el autor de dicho delito, esto es, el encausado Carlos Francisco Cáceres Soto, desencadene su designio criminal en los términos que se precisan en el tercer fundamento jurídico de la presente Ejecutoria Suprema; que, sin embargo, el delito de malversación de fondos previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, busca preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos o el principio de "legalidad presupuestal"

entendido como la disciplina y racionalidad funcional en el servicio; que, por tanto, la conducta del funcionario o servidor público consiste siempre en dar una aplicación pública definitiva a los bienes públicos, diferente a la que originariamente estaban destinados con lo cual se afecta el servicio o función encomendada; que, en consecuencia, no solo no se aprecia cuál sería el aporte causal determinante de este encausado para la consumación del delito de malversación de fondos, sino que no se advierte que dicho ilícito penal incriminado se perpetre al interior de la Administración Pública y no fuera de ella; que, de este modo, la conducta que habría desplegado dicho encausado resulta atípica; que, por ello, este extremo de la sentencia también resulta arreglado al mérito de lo actuado y a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil noventa y cinco, de fecha trece de diciembre de dos mil once, que condenó a Carlos Francisco Cáceres Soto como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso agravado, en perjuicio del Estado - Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social - Foncodes, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, inhabilitación por el periodo de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, y fijó en la suma de diez mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar en forma solidaria el sentenciado a favor de la entidad agraviada y restituir la suma de treinta y tres mil seiscientos cuarenta y siete nuevos soles con cincuenta céntimos; con lo demás que contiene; reformándola:

ABSOLVIERON a Carlos Francisco Cáceres Soto de la acusación fiscal formulada en su contra por el citado delito y agraviado; en consecuencia: **ORDENARON** se anulen los antecedentes policiales y judiciales del mencionado ciudadano generados por estos hechos y se archiven los autos en este extremo en el modo y forma de ley donde corresponda; declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas dos mil doscientos treinta, de fecha veinticinco de julio de dos mil doce, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción deducida por el encausado Telmo Alcides Solazar Ahumada, en consecuencia archivó la causa que se le siguió en su condición de cómplice primario del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio del Estado - Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social -

Foncodes; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS. VILLA STEIN, PARIONA PASTRANA, BARRIOS ALVARADO, NEYRA FLORES, CEVALLOS VEGAS

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS REPARATORIOS Y EL ROL DEL FISCAL

ESPECIAL REFERENCIA A LA CASACIÓN Nº 437-2012-SAN MARTÍN

Mercedes HERRERA GUERRERO*

[-]

TEMA RELEVANTE

A propósito de la Casación Nº 437-2012-San Martín, la autora estudia la naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios, a los que concibe como manifestación del principio de oportunidad. A su juicio, no es legítima la celebración de dichos acuerdos entre el imputado y el actor civil, sin la intervención del fiscal, sino que esta última resulta obligatoria como una garantía de legalidad y para evitar la celebración de acuerdos reparatorios por imputados que han realizado conductas no subsumibles en el tipo penal.

MARCO NORMATIVO • Código Procesal Penal de 2004: art. 2.

I. Introducción

En la Casación Nº437-2012-San Martín, la Corte Suprema estableció como doctrina jurisprudencial vinculante, que en la etapa de la investigación preparatoria el imputado o la víctima pueden acudir directamente al juez para solicitar que se apruebe el acuerdo reparatorio y se ponga fin a la acción penal.

¿El pronunciamiento de la Sala Penal Permanente implica entonces que en la etapa de la investigación preparatoria o en la intermedia es posible realizar el acuerdo reparatorio sin intervención alguna del fiscal? La Sala no contesta afirmativamente a esta cuestión. No obstante, en la Casación en comentario la posición del fiscal aparece debilitada, como si su papel fuese secundario o fuese una simple formalidad.

En el presente artículo trata sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios que regula el CPP de 2004. El análisis de este tema proporciona luces sobre la función que ha de cumplir el fiscal en la correcta aplicación de la institución de los acuerdos reparatorios.

La naturaleza de los acuerdos reparatorios apenas ha sido desarrollada en la doctrina nacional. El análisis de este tema no es un asunto de relevancia exclusivamente doctrinal;

por el contrario, resulta fundamental en la práctica saber cuál es la peculiar naturaleza de los acuerdos reparatorios para determinar los límites de esta institución, así como las facultades de las partes que intervienen en el acuerdo, especialmente cuál debe ser el rol del fiscal.

II. Los acuerdos reparatorios en el CPP de 2004

1. Los acuerdos reparatorios como mecanismos de simplificación procesal

La doctrina peruana utiliza la expresión “mecanismos de simplificación procesal”

para referirse a las figuras que con base en el consenso (negociación o consentimiento del acusado) promueven una vía más rápida para poner fin al conflicto ocasionado por el delito¹.

Estos instrumentos procesales comprenden diversas figuras que tienen como característica común el hacer posible una solución más rápida del conflicto jurídico-penal. En algunos casos se acorta la etapa de instrucción, en otros la acción penal se extingue bajo determinados requisitos o se permite al fiscal abstenerse de ejercitar la acción penal².

También se les denomina “salidas alternativas”, pues constituyen auténticas alternativas al juicio oral³. Sin embargo, dentro del género “mecanismos de simplificación procesal”

es necesario distinguir tres grupos:

- a) Aquellos en los que hay algún tipo de negociación entre la acusación y la defensa, que constituyen manifestaciones de la justicia penal negociada en sentido estricto (terminación anticipada y conclusión anticipada del juicio);
- b) Mecanismos que evitan el proceso y que en realidad constituyen una auténtica alternativa al mismo (principio de oportunidad y acuerdos reparatorios);
- c) Los que solo simplifican el proceso (proceso inmediato o acusación directa), en los cuales el fiscal opta por tramitar por esta vía algunos casos en virtud de elementos objetivos, sin tomar en cuenta el consentimiento del imputado o de la víctima.

En Latinoamérica, el movimiento de reforma que tomó como base el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, y que impulsó la aprobación de nuevos Códigos en materia procesal penal en Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Chile, Argentina, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Perú, Panamá y República Dominicana, se caracteriza por la inclusión de mecanismos de simplificación procesal, que tienen como fin disminuir eficazmente la carga procesal, definir con rapidez la situación jurídica del imputado y contribuir a la oportuna reparación de la víctima⁴.

En el nuevo modelo procesal, y especialmente en los diversos mecanismos de simplificación procesal, subyace una visión de la persecución penal que convierte el uso de tales mecanismos en una cuestión de estrategia que permite una amplia diversificación de la respuesta punitiva del Estado para combatir el gran problema de la carga procesal⁵.

La excesiva duración de los procesos penales efectivamente lesiona los derechos del imputado y de la víctima, en tanto el primero espera la pronta definición de su situación jurídica y la segunda la reparación oportuna del daño causado⁶. En este sentido, con la tendencia a la simplificación del proceso penal se persigue un objetivo legítimo: la realización de derechos y garantías procesales.

Entre otras, la satisfacción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la reparación con eficacia y celeridad de las necesidades económicas de la víctima⁷.

No obstante la legítima finalidad de los denominados mecanismos de simplificación procesal, no se puede absolutizar la celeridad procesal. Si bien es cierto que los procedimientos simplificados pueden contribuir a disminuir y gestionar de forma eficiente la carga procesal, la celeridad y economía procesal, no pueden buscarse como fin a cualquier precio, es preciso realizar una delimitación concreta y una sistematización debido a los problemas que suscita la renuncia a ciertas etapas procesales⁸. Y más aún, no puede ignorarse la perspectiva sustantiva, la necesaria coherencia sistemática de estas figuras. Se debe determinar también hasta qué punto son compatibles con el Derecho Penal material.

2. ¿Los acuerdos reparatorios son expresión de la mediación penal o manifestación del principio de oportunidad?

El fundamento y legitimidad de los acuerdos reparatorios como instituto procesal penal es controvertido y plantea, entre otras cuestiones, la aplicación del principio de mínima intervención del Derecho Penal, y está ciertamente vinculado a la expansión del Derecho Penal y la incapacidad del proceso penal de investigar y eventualmente sancionar el delito hasta la etapa del juicio oral.

En la segunda mitad del siglo XX, con el surgimiento de un movimiento relativo a la reparación y mediación, se propone la reparación como vía que sustituye la pena o la atenúa⁹.

De modo que actualmente se defiende un Derecho Penal de tres vías, en tanto se postula que la reparación contribuye también a alcanzar los fines de la pena, ya que tiene un efecto resocializador y realiza por ello fines preventivo-especiales y satisface el fin preventivo-general, porque incentiva el reconocimiento de la norma cuando la víctima y la comunidad ven solucionada la disfunción causada por el delito cometido¹⁰.

Paralelamente a la reparación como tercera vía, a nivel procesal ha surgido la justicia restaurativa, que se caracteriza por involucrar a todos los afectados por delitos de escasa entidad lesiva, a fin de que por medio del diálogo lleguen a un acuerdo¹¹. Para ello se pone mayor énfasis en la reparación voluntaria del daño ocasionado a la víctima que en el hecho delictivo en sí¹². En esta corriente se presenta como exigencia ineludible reconocer el papel de la víctima en dos aspectos: la protección que el sistema penal debe otorgar a la misma y la necesidad de construir un proceso penal orientado a ella, sobre todo en aquellos delitos de escasa incidencia en el interés público¹³. A este propósito, la criminología ha propiciado que la víctima pase de ser un mero objeto del sistema punitivo a ser protagonista tanto en el ámbito material como procesal¹⁴.

No obstante, la justicia restaurativa no ha estado exenta de críticas tanto político-criminales como dogmático-jurídicas. Entre otras: la vulneración del principio de igualdad, pues el sistema premia a quien concilia;

la privatización del proceso con la correlativa inaplicación del Derecho Penal que ello implica¹⁵; la distorsión del carácter objetivo del Derecho Penal, ya que la intervención del Estado a través de la mediación podría adquirir un carácter moralizante¹⁶.

Además, conviene resaltar que detrás de algunas de las nuevas figuras que se abren camino en el ámbito procesal –por ejemplo en los acuerdos reparatorios– se advierte la ausencia de referencias a la rama del Derecho a la que debe servir de instrumento. El proceso se erige entonces en un “ente autónomo” que atiende principalmente a la oportuna reparación de la víctima, a la resocialización del reo y solo de modo muy secundario al carácter delictivo del hecho del que se trate¹⁷. Es decir, a partir de la idea de conflicto como eje fundamental del que parte la mediación penal se da preeminencia al proceso comunicativo entre la víctima y el autor para ponerle fin a aquel, más que al hecho delictivo en sí mismo y a la sanción que le corresponde¹⁸.

La justicia restaurativa puede manifestarse en la conciliación entre víctima y autor o en conciliación por medio de reparación, que puede tener lugar en el proceso penal a través de la

participación de órganos de administración de justicia o instituciones mediadoras independientes¹⁹.

En el primer caso predomina la comunicación entre la víctima y el autor y se privilegian las prestaciones de naturaleza inmaterial (por ejemplo, el pedir disculpas);

en cambio, el segundo tipo de conciliación se caracteriza por prestaciones de sustitución, por ejemplo, prestaciones económicas y la comunicación entre víctima y autor no está necesariamente en el primer plano de importancia²⁰.

Si bien en otros ordenamientos –por ejemplo el anglosajón– se admite la mediación al margen del proceso, en el ámbito europeo, por el contrario, se defiende la necesidad de que la mediación tenga lugar al interior del proceso, pues se cree que solo ello garantiza que se vele no solo por los intereses de la víctima, sino también por el restablecimiento del orden jurídico perturbado por el delito²¹.

Aplicando las anteriores consideraciones a los acuerdos reparatorios que regula el CPP

de 2004, es posible afirmar que estos son una clase de mediación penal y a la vez manifestación de la justicia restaurativa, una forma de conciliación entre la víctima y el imputado.

Es el fiscal quien actúa como una especie de mediador, no porque necesariamente deba facilitar el proceso de comunicación entre víctima y autor; sino porque nuestro ordenamiento le otorga al Ministerio Público la función de velar por el cumplimiento de los requisitos legales para que el acuerdo relativo a la reparación civil pueda poner fin a la acción penal.

Pero los acuerdos reparatorios también son una manifestación del principio de oportunidad, como se argumenta a continuación.

En sentido amplio, el principio de oportunidad designa el conjunto de excepciones a la obligatoriedad de la persecución penal. Este concepto comprende diversos supuestos, que tienen en común el otorgamiento de facultades discrecionales o regladas a las partes acusadoras (generalmente al fiscal) para abstenerse de ejercer la acción penal, archivar la causa o negociar con el acusado²².

Una acepción estricta del principio de oportunidad hace referencia a la institución que consiste en el otorgamiento de facultades al fiscal para archivar el proceso cuando no se afecte intensamente el interés público. Con ello se designa al principio de oportunidad “reglado”²³, el cual es una vía para obtener condenas sin que tenga lugar el proceso, y por ende, constituye una alternativa a este²⁴.

Su ámbito de aplicación se circunscribe especialmente a la criminalidad de bagatela, en tanto se estima que respecto a esta clase de delitos el citado principio supone una medida de sustitución del proceso más eficaz y menos gravosa al sistema de justicia penal²⁵. En estos casos se prescinde por completo del ejercicio de la acción penal, se sobresee la causa en la fase preliminar; por ello, se puede afirmar que estamos frente a una alternativa al proceso.

Como institución este principio tuvo su origen en el sistema de enjuiciamiento criminal norteamericano, y posteriormente fue adoptado por los ordenamientos jurídicos europeos, como el alemán, italiano y portugués²⁶.

Alemania es el primer país donde se acoge el principio de oportunidad “reglado”. Así, en los §§ 153 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana (*Strafprozessordnung*)

se regulan los casos en los que el fiscal puede prescindir de la persecución penal en los delitos respecto a los que la pena a imponer es insignificante, la culpabilidad es mínima y el interés público apenas se ha visto afectado.

En el sistema de enjuiciamiento criminal peruano el principio de oportunidad “reglado”

aparece con el CPP de 1991²⁷, que inspirado en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1989²⁸ y en la StPO alemana, estableció algunos supuestos en los que el fiscal podía abstenerse del ejercicio de la acción penal, siempre que ello no afectara al interés público en la persecución: los supuestos de falta de necesidad de pena o falta de merecimiento de pena²⁹.

La incorporación de criterios de oportunidad tendentes a evitar el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público fue la primera manifestación de la composición en la solución de conflictos penales en nuestro sistema procesal penal³⁰.

El inciso 6 del artículo 2 del CPP de 2004 regula los “acuerdos reparatorios”, que procederán para los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del CP y en los delitos culposos. En estos casos el fiscal no tendrá que valorar si se afecta gravemente el interés público o si hay o no necesidad de pena³¹.

Esta es una primera diferencia con los supuestos de aplicación del principio de oportunidad previstos en el inciso 1. Sin embargo, en atención a las diligencias preliminares o de investigación, el fiscal debe analizar si el caso se subsume dentro de los tipos penales citados taxativamente por la norma. Esta valoración no puede dejarse en manos de las partes, ya que en definitiva el fiscal es el titular de la acción penal.

La segunda diferencia entre los acuerdos reparatorios previstos en esta norma y el “principio de oportunidad” regulado en el inciso 2 e inciso 1 es el acuerdo entre imputado y víctima.

En realidad, de una atenta lectura del artículo 2 inciso 6 se advierte que los acuerdos reparatorios son una especie del género principio de oportunidad, en la que adquiere especial relevancia el acuerdo entre imputado y víctima sobre el extremo de la reparación civil, pero necesita de la intervención del fiscal, quien actúa proponiendo el acuerdo reparatorio.

Con ello se aprecia que en los acuerdos reparatorios el Ministerio Público ejerce facultades “regladas” para prescindir del ejercicio de la acción penal cuando el imputado y la víctima o el agraviado llegan a un acuerdo reparatorio.

Incluso en el supuesto del artículo 2 inciso 7, que regula el acuerdo reparatorio cuando el fiscal ya ha emitido la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, aunque sea el juez quien dicte auto de sobreseimiento, la norma exige la intervención del fiscal.

III. La naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios.

Análisis de la Casación N° 437-2012-San Martín

En el fundamento jurídico décimo de la Casación N° 437-2012-San Martín, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema expone algunas consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios, que analizaremos brevemente:

a) “Los acuerdos reparatorios se han introducido con el cambio del ordenamiento procesal. Se consideran como una forma de autocomposición procesal de las partes, en la cual se afecta menos la integridad personal y se evita la estigmatización del imputado y se ofrece a la víctima una respuesta de tipo económica que, de alguna manera, le permite subsanar el derecho vulnerado en una norma, como delito”.

Si bien el ordenamiento reconoce en determinados delitos a la víctima y al imputado la posibilidad de llegar a un acuerdo, la sola manifestación de sus voluntades no es condición suficiente para poner fin al proceso.

Junto al fin privado que concierne sobre todo a la reparación civil, se encuentra el fin público, que atañe a la acción penal. En este sentido, es preciso tener en cuenta que la manifestación de voluntad del imputado y de la víctima es condición necesaria, pero no suficiente para poner fin al proceso penal a través de la figura del acuerdo reparatorio.

Por ello resulta relevante a efectos prácticos advertir que los acuerdos reparatorios, si bien son una manifestación de la justicia restaurativa, a su vez también son expresión de una facultad discrecional que el ordenamiento peruano ha concedido al fiscal de dejar de promover la acción penal en los supuestos previstos en el artículo 2 inciso 6 del CPP de 2004; es decir, se trata de excepciones al principio de legalidad procesal penal o necesidad y, por tanto, como se explicaba *supra*, una manifestación del principio de oportunidad.

b) “La naturaleza jurídica de estos tipos de acuerdos es que son convenios de carácter consensual, bilateral, que se encuadran bajo los principios de celeridad y economía procesal, en donde prevalece la autodisposición de las partes y existe una mínima intervención del Estado”.

En este punto discrepamos de la Sala Penal Permanente, ya que la intervención del Estado a través del fiscal sí es relevante. En la medida que los acuerdos reparatorios tienen efectos sobre la acción penal, porque cumplidos todos los requisitos de un acuerdo entre víctima e imputado la extingue, no es posible prescindir de la intervención del fiscal.

Más aún, la valoración sobre los actos de convicción con los que se cuenta y la subsunción normativa por parte del representante del Ministerio Público es fundamental para una correcta aplicación de la institución de los acuerdos reparatorios.

De nada le sirve al imputado y a la víctima celebrar de manera privada un acuerdo sobre el objeto civil, cuando la conducta punible no se subsume en la figura de los acuerdos reparatorios regulada por el CPP de 2004, por ejemplo, porque de los actos de investigación es posible concluir que el delito cometido no ha sido un homicidio culposo sino uno doloso.

El fiscal y el juez –si ya se hubiera promovido el ejercicio de la acción penal– deben verificar no solo que se cuenten con suficientes elementos de convicción para poder aprobar o sugerir el acuerdo reparatorio, sino también analizar si en el caso concreto no hay pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito (salvo que se trate de un caso “de menor gravedad” o se afecte bienes jurídicos disponibles), y que no concorra alguno de los supuestos previsto en el artículo 2 inciso 9 del CPP de 2004.

Cuando los acuerdos reparatorios se celebren en la etapa de la investigación preparatoria o en la etapa intermedia, el fiscal como titular de la acción penal y el juez como garante de la legalidad deben analizar los hechos fáctica y jurídicamente, es decir, realizar la tipificación que corresponda y evaluar si existen atenuantes o eximentes.

Este es quizás uno de los puntos más cuestionables del instituto de los acuerdos reparatorios regulados por nuestro CPP de 2004, ya que la falta de un análisis ponderado de la calificación jurídico-penal (esto incluye las atenuantes y eximentes) equivale a una **presunción de culpabilidad** del imputado incompatible con el Estado de Derecho.

En este punto se advierte, asimismo, la importante función que debe cumplir el abogado defensor, quien antes de proponer un siempre raudo acuerdo reparatorio, debe escuchar a su patrocinado, analizar jurídicamente los hechos y, si corresponde, pedir el sobreseimiento simple (sin acuerdo reparatorio).

De ahí que resulta útil distinguir si en un caso concreto procede celebrar un acuerdo reparatorio y con ello lograr el archivo de la causa, o simplemente alegar la ausencia de responsabilidad penal y, por ende, pedir que se sobresea el proceso.

La casación bajo análisis también plantea otro problema: ¿hasta qué punto procede aprobar el acuerdo reparatorio con oposición del Ministerio Público? ¿Es esto compatible con el principio acusatorio? La Sala Penal Permanente hace una interpretación que va en contra de lo establecido por el artículo 2 inciso 7 del CPP de 2004, el cual establece que: “Si la acción penal hubiera sido promovida, el juez de la investigación preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento”.

Incluso, aunque se trate de un mecanismo de simplificación procesal, una figura que tiende a la celeridad y economía procesal y a la tutela de los intereses de la víctima, no puede ignorarse que la institución de los acuerdos reparatorios tiene una naturaleza y unos límites. A través del acuerdo reparatorio no solo se persigue una adecuada indemnización a la víctima, sino también la extinción de la acción penal, de ahí que la intervención del fiscal no es un aspecto secundario. Es precisamente el representante del Ministerio Público quien está obligado a: i) Analizar si concurren todos los requisitos que establece el artículo 2 incisos 6 y 9 del CPP de 2004

para hacer cesar la persecución penal contra el imputado, y ii) Verificar si existen suficientes elementos de convicción sobre la supuesta responsabilidad penal del imputado.

c) “Esta petición, planteada por el imputado y agraviado, debe ser necesariamente trasladada al Fiscal Provincial, a cargo de la investigación preparatoria, para que con su opinión de conformidad u oponibilidad, el juez de la investigación preparatoria, sin necesidad de audiencia de acuerdo –en tanto son las partes quienes lo han celebrado–

expida resolución correspondiente”.

Si bien la decisión de archivar el proceso corresponde al juez de la investigación preparatoria, es el fiscal quien cuenta con actos de investigación suficientes para emitir su opinión jurídica sobre si procede un acuerdo reparatorio.

Si bien el acuerdo reparatorio es un acto de naturaleza consensual, ya que se basa en el concierto de voluntades del imputado y la víctima, tal convenio puede poner fin al proceso solo si se cumplen con los requisitos que establece el artículo 2 incisos 6 y 8 del CPP de 2004. No obstante, el cumplimiento de estos requisitos no es una cuestión superficial, que deba resolverse inmediatamente.

Así, por ejemplo, para poder determinar que se trata de un tipo penal de lesiones leves (artículo 122 del CP) es preciso que el fiscal atienda a los actos de investigación con los que cuenta.

A nuestro juicio, el papel del fiscal en los acuerdos reparatorios es tan relevante como el del imputado y la víctima. Estos celebran un convenio que concierne a la reparación civil, pero es el fiscal y solo él (incluso cuando ya ha emitido la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria) a quien compete decidir, de conformidad con la norma procesal penal, si procede archivar el proceso o, por el contrario continuar con él.

IV. A modo de conclusión

Los acuerdos reparatorios son una expresión de la justicia restaurativa, concretamente una forma de conciliación entre víctima y autor por medio de reparación, que exige –a modo de mediación impropia– la intervención del fiscal, y esto debido a que los acuerdos que regula nuestro CPP de 2004 también son una manifestación del principio de oportunidad, en la medida en que es el fiscal quien analiza si se cumplen todos los requisitos que la norma establece para que el acuerdo sobre el objeto civil del proceso produzca efectos sobre la acción penal y se archive el proceso Si bien la institución de los acuerdos reparatorios otorga al imputado y a la víctima un papel protagónico, ello no resta importancia a la intervención del fiscal, ya que tal convenio solo tiene efectos sobre la acción civil en el proceso penal. Para que la acción penal pueda extinguirse, es preciso que el fiscal como titular de la acción penal

intervenga valorando fáctica y jurídicamente los hechos y evaluando si efectivamente se cumplen los requisitos que el artículo 2 incisos 6 y 9 del CPP de 2004 establece.

Incluso, aunque el acuerdo se celebre en la etapa de la investigación preparatoria o en la etapa intermedia y, en ese caso, sea el juez quien apruebe la celebración del acuerdo, el fiscal sigue teniendo un rol protagonista, ya que es él el único titular de la acción penal, a quien corresponde exponer ante el juez la valoración sobre los elementos de convicción, y sobre la subsunción del caso concreto en la norma que regula los acuerdos reparatorios.

De tal suerte que la intervención del fiscal no es una mera formalidad, sino una garantía de legalidad y una forma de atajar la arbitrariedad y evitar una “presunción de culpabilidad” que permita la celebración de acuerdos reparatorios de un imputado que en realidad no ha cometido delito alguno.

* Profesora de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España).

1 Vid. ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho Procesal Penal con aplicación al nuevo proceso penal*.

Jurista Editores, Lima, 2009, p. 891 y ss.; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2009, p. 384; HURTADO POMA, Juan. “La justicia negociada en el nuevo Código Procesal Penal”. En: *Selección de Lecturas. Instituto de Ciencia Procesal Penal*. Lima, 2005, p. 4 y ss.; BROUSSET SALAS, Ricardo y BROUSSET MENDOZA, Ricardo. “La búsqueda de fórmulas para la simplificación del procesamiento penal:

un análisis replanteado. En: *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 64, Lima, 2000, pp. 279-281.

2 Vid. ESPINOZA GOYENA, Julio. “A propósito de la Ley de celeridad y eficacia procesal”. En: Hurtado Pozo, José (Dir.) *La reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*. Fondo Editorial de la PUCP, p. 447.

3 Vid. VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi. “La terminación anticipada del proceso en la audiencia preliminar de control de la acusación”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 173, Gaceta Jurídica, Lima, p. 119.

4 Vid. ORÉ GUARDIA, Arsenio y RAMOS DÁVILA, Liza. “Aspectos comunes de la reforma procesal penal en América Latina”. En: Asencio Mellado, José María y Fuentes Soriano, Olga (coord.). *Nuevos retos de la Justicia Penal*. La Ley, Madrid, 2008, p. 72 y ss.

5 Vid. BINDER, Alberto. “Tensiones político-criminales en el proceso penal”. En: *La realidad de la reforma procesal penal en el Perú*. Ediciones BLG, Trujillo, 2009, p. 35.

6 Vid. ORÉ GUARDIA, Arsenio y RAMOS DÁVILA, Liza “Aspectos comunes de la reforma procesal penal en América Latina”. Ob. cit., p. 98.

7 Sobre este último punto véase MIRA ROS, Corazón. *Régimen actual de la conformidad*. Colex, Madrid, 1998, p. 206.

8 Vid. HAACK, Tim. *Die Systematik der vereinfachten Strafverfahren*. Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 13 y ss.

9 Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “El papel del Derecho Penal en la segunda modernidad”.

En: AA.VV. *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-

Cuéllar García. *Colex*, 2006, p. 336. Vid. DE VICENTE REMESAL, Javier. "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho Penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro".

En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (editor). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Bosch, 1997, p. 173.

10 Vid. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Verlag C.H, 4a ed. Múnich, 2006, p. 103 y ss.

11 Vid. Informe del Secretario General de las NN.UU. sobre justicia restaurativa, emitido tras la reunión del Grupo de Expertos sobre justicia restaurativa en Ottawa, del 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001.

12 Vid. VALL RIUS, Anna. "El desarrollo de la justicia restaurativa en Europa: estudio comparado con la legislación española". En: *Diario La Ley*. Nº 6528, Sección Doctrina, 18 de julio de 2006, p. 1.

13 Vid. DELGADO MARTÍN, Joaquín. "La protección de la víctima por el sistema penal". En: *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*. Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 385 y ss.

14 Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 4ª edición corregida y aumentada, Valencia, 2008, p. 1086.

15 Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan. "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación". En: *Silva Sánchez, Jesús-María(edit.)*. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 150-154.

16 Vid. ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. (Aspectos civiles y penales).

Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 481.

17 Sobre la mediación en el proceso penal y los fines que esta persigue. vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Hacia un nuevo proceso penal*. La Ley, Madrid, 2009, p. 167 y ss.

18 Esta tendencia se puede verificar en los argumentos que exponen algunos autores a favor de la mediación. Por ejemplo: GORDILLO SANTANA, Luis. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Iustel, Madrid, 2007, p. 186; CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Ob. cit., p. 167 y ss.

19 Vid. UWE, Brauns. *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*. Ein Beitrag zur Neubewertung

eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda. Duncker & Humblodt, Berlín, 1996, p. 25.

20 Vid. KASPAR, Johannes. *Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht. Rechtliche Grundlagen und Ergebnisse eines Modellprojekts zur anwaltlichen Schlichtung*. Lit, Münster, 2004, p. 307.

21 Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio. "Las víctimas en el sistema penal. En especial, la justicia restaurativa".

En: González González, Juan Pablo (dir.). *Panorama actual y perspectivas de la victimología: la victimología y el sistema penal. Consejo General del Poder Judicial*. Madrid, 2007, p. 244; PECES MORATE, Jesús Ernesto. "La mediación en la jurisdicción penal". En: *Derecho y justicia penal en el siglo XX. Homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*. Colex, Madrid, 2006, p. 1056 y ss.

22 Concepto que asumen, entre otros: BANACLOCHE PALAO, Julio et ál. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. La Ley, Madrid, 2010, p. 2; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y CONTRERAS ALFARO, Luis. "Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal. Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal". En: *Diario La Ley*. Nº 6255, Sección Doctrina, 18

de mayo de 2005, p. 5 y ss.; DE LA OLIVA, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio y TOMÉ GARCÍA, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2004; MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 71 y ss.; ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. PPU, Barcelona, 1991, p. 208 y ss.; GÓMEZ

COLOMER, Juan-Luis. "Alternativas a la persecución penal y principio de legalidad". En: *Estudios Jurídicos*.

Año 2004, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 3434 y ss.

23 Vid. DE LA OLIVA, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, MUERZA ESPARZA, Julio y TOMÉ GARCÍA, José Antonio. Ob. cit., p. 44 y ss.; MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 71 y ss.; ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 208 y ss.

24 Vid. ORTIZ ÚRCULO, Juan. "El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites". En: *Estudios Jurídicos*. Año 2004, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 3394.

25 Vid. FLORES PRADAS, Ignacio y GONZÁLES CANO, Isabel. *Los nuevos procesos penales (II). El juicio rápido*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 29.

26 Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *Constitución y proceso penal*. Tecnos, Madrid, 1996, p. 134.

27 El artículo 2 del CPP de 1991 que regulaba esta figura fue modificado por Ley Nº 27072 del 23 de marzo de 1999

y la Ley Nº 27664 del 8 de febrero de 2002.

28 Ver el artículo 230.

29 Vid. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 322-324.

30 Vid. ANGULO ARANA, Pedro. *El principio de oportunidad en el Perú*. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 16.

31 Excepto cuando hay pluralidad importante de víctimas, supuesto en el que solo podrán llevarse a cabo los acuerdos reparatorios cuando el delito sea de menor gravedad o afecte bienes jurídicos disponibles.

LA FINALIDAD TELEOLÓGICA DE LA CONFIRMATORIA DE INCAUTACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

Jesús Walter SANZ GALLEGOS*

[-]

TEMA RELEVANTE

El autor, tras analizar la confirmatoria judicial de la incautación, su naturaleza jurídica y su relación con el derecho a probar, subraya que su finalidad implica considerar dos elementos: uno sustancial y otro formal o procesal. En el primero, la confirmatoria de incautación es una subsanación posterior de la afectación de un derecho, y en el segundo, constituye un mecanismo constitucionalmente legítimo para que la prueba obtenida a través de esa vía sea incorporada y valorada dentro del proceso.

MARCO NORMATIVO

- Código Penal: art. 102.
- Código Procesal Penal de 2004: arts. VI, VIII inc. 1, 218 inc. 2, 255 inc. 1, 316 inc. 2, 373 inc. 2, 382 inc. 1, y 383 inc. 1.

I. Introducción: la epistemológica en el proceso

La pregunta era por qué se tenía que solicitar la confirmatoria de incautación inmediatamente;

y aplazar en el tiempo, la situación jurídica de otros derechos importantes como la restricción a la libertad personal. Si se analiza por el lado de la naturaleza de las medidas cautelares personales y reales, no se obtendrá una respuesta satisfactoria; es más, si por ello fuere en un caso hipotético, prevalecería sin duda alguna resolver la situación jurídica de una persona privada de su libertad que, tratar de convalidar inmediatamente la afectación del derecho de propiedad mediante la confirmatoria de incautación.

La “escena del proceso” tal vez pueda dar algunas luces de porqué “solicitar inmediatamente la confirmatoria de incautación”.

En un proceso los hechos no hablan por sí mismos¹, son mudos, para poder “oírlos”

procesalmente es menester reconstruirlos; el proceso se ocupa de una realidad ya vivida, y en este sentido plenamente gastada; incumbe a hechos pretéritos, hechos agotados que definitivamente quedaron en el pasado; aquí los elementos que den verosimilitud asumen un rol importante en la búsqueda de la verdad procesal; la selección de pruebas, autorizando la producción de algunas y rechazando otras, esta en relación con lo **fidedigno** de ellas para

producir certeza de un determinado momento, circunstancia, lugar, tiempo, modo. Considerando que de pronto el juez

no tendrá a su disposición hechos. Ellos han ocurrido ya, con anterioridad a su intervención.

Por lo que el proceso tendrá que ocuparse de una realidad ya vivida, y en este sentido plenamente gastada, incumbe a hechos pretéritos, hechos agotados que definitivamente quedaron en el pasado, hechos póstumos, hechos, en suma, donde junto a su presente existencial, también su posible verdad fáctica está desaparecida.

Ahora bien, para la verificación de las hipótesis [imputación], el proceso judicial se vale de elementos de convicción [etapa de investigación preparatoria] o de la prueba [la que debe entenderse como concepto global, que incluye los términos medio de prueba, elemento de prueba, fuente de prueba, etc.] en el supuesto de que la etapa corresponda a la de juicio oral.

Así, el proceso se nutre de acervo probatorio, y a través de él se trata de adquirir el “conocimiento” que no pasará de ser un conocimiento “relativo”, puesto que queda descartada la posibilidad de hablar de verdades “absolutas”. La prueba es el único instrumento [medio] que puede ser utilizado por el juez para afirmar que un determinado evento pasado ocurrió en un determinado lugar, en un cierto momento y de una determinada manera, lo cual implica simplemente que, para la decisión del caso, no puede valerse de otros elementos que no sean las pruebas actuadas en el juicio oral.

Entonces al aplicar la condena y establecer la autoría del hecho imputado, el juez

deberá haber alcanzado un grado de certeza subjetiva tal que en su mente no debe haber lugar para las dudas; lo que significa que todas y cada una de las hipótesis alternativas a la de la acusación [como la teoría del caso de la parte procesada] debieron haber sido desmentidas y descartadas. Solo así el juez podrá afirmar la verdad de las hipótesis o teoría del caso acusatoria. Para ello es necesario que el fiscal lleve como propuesta de actuación medios probatorios que por sí denoten fidedignidad.

Entonces, así se decanta la confirmatoria de incautación como el mecanismo procesal idóneo en la conservación y aseguramiento de fuentes de prueba; garantizando que no desaparezcan las denominadas “piezas de convicción” [objetos, cosas o vestigios materiales], para así establecer una imputación concreta, a partir de la cual nacerá una relación jurídica procesal penal.

II. Como causa final tiene una doble función

La confirmatoria de incautación presenta como propósito o finalidad una doble función:

- Como medida instrumental generadora de prueba y su perennización.

Presenta una finalidad conservativa, de aseguramiento de fuentes de prueba material y probatoria. Aquí debe concurrir el peligro en la demora y la urgencia, esto es, el riesgo fundado de que, de no incautarse un bien o cosa delictiva haría ineficaz la “averiguación” de la “verdad procesal”, por lo que se garantiza que no desaparezcan o se oculten tales bienes o cosas – instrumentos utilizados en el delito–, asegurando así su vinculación con el autor, y el centro de imputación para establecer una relación jurídica penal certera.

Un sector de la doctrina denomina ello “secuestros impostergables”², y no merecen crítica alguna, pues resultaría ilusorio –por el peligro eminente– pretender que en esas circunstancias se deba obtener previamente una orden judicial. El tema de la inmediatez refuerza, por otro lado, la continuidad para los efectos probatorios y la inmediatez de los objetos incautados con el hecho. Asimismo, garantiza que un derecho no siga siendo afectado por una actividad extrajurisdiccional, sino que de inmediato se confirme su afectación por el órgano jurisdiccional.

Imaginemos el impacto psicológico que puede generar, mostrar o poner a la vista los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, trayéndolos a pleno escenario del juicio oral. Por ejemplo, el NCPP [artículo 382.1] precisa que durante la actividad probatoria “serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes, los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible”.

Sin embargo, para un sector de la doctrina, la “incautación” no cumpliría propiamente fines de investigación, y para ellos los bienes afectados no tienen utilidad para el esclarecimiento de los hechos, no siendo esa la razón por la cual se realiza la incautación³. De ser así, el NCPP

no se ocuparía de mencionar la exhibición de prueba material incautada como una etapa de la secuencia probatoria del juicio oral, ello sin tomar en cuenta además su efecto disuasivo en la teoría del caso del fiscal.

Cabe recordar que toda medida limitativa de derechos –como la incautación–

requiere de una orden [convalidación]

judicial, si se quiere perennizar en el tiempo. Y si bien no estaría en discusión su legitimidad en los supuestos de flagrancia delictiva o peligro eminente de su perpetración, conforme a la potestad prevista en el artículo 218.2 del NCPP, tal afectación anticipada prejurisdiccional requiere ser confirmada por el órgano jurisdiccional.

Pero esta afectación de derechos [el de propiedad en la mayoría de los casos]

no queda allí, además se debe tener en cuenta la prevalencia del Título Preliminar del NCPP, que contiene un principio de validez para la incorporación del bien al proceso y su valoración, esto es, debe de ingresar mediante la confirmatoria de la incautación, mecanismo procesal mediante el cual se controla la legitimidad de su obtención, atendiendo a la **legalidad de las medidas limitativas de derechos**, recogida en el artículo VI del NCPP: “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley”; y la **legitimidad de la prueba**, incorporada en el inciso 1 artículo VIII del NCPP:

“todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”.

- **Como medida de coerción**, la confirmatoria de incautación también presenta un propósito coercitivo patrimonial; como figura típica cautelar mencionada en los artículos 316 al 320 del NCPP, tiene una finalidad de prevención de ocultamiento de bienes sujetos a decomiso o peligro en su utilización, para así contrarrestar la “libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito” que puede agravar o prolongar sus consecuencias –facilitar la comisión de otros delitos–, incidiendo la medida de coerción en los **efectos** del delito, en los **instrumentos** con los que se perpetró, y en los **objetos** del delito.

Los **efectos del delito** o *producta scaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible;

los **instrumentos del delito** o *instrumenta scaeleris* son los objetos que sirvieron en relación de medio a fin con la infracción, o han servido para su ejecución;

los **objetos del delito** son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica. En estos casos la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia; en el entendido de que el juez resolverá el decomiso o pérdida de los **objetos** o los **instrumentos**, así como los **efectos** de la infracción penal, consecuencia señalada en el artículo 102 del Código Penal.

III. El derecho a probar

El derecho a probar tiene como contenido esencial el derecho a que se **admitan, actúen y valoren** debidamente los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para ello, conforme a los principios que la inspiran y lo delimitan⁴.

Desglosando tal posición, implica en primer lugar que el juzgador admita los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados, atendiendo al **principio de idoneidad o conducencia**, por el cual existen situaciones en las que la ley señala que determinados hechos solo pueden ser acreditados con cierto tipo de medios probatorios, o que en determinados procedimientos solo puede admitirse tal tipo de medios probatorios y no otros⁵; por tal motivo, el inciso 1 del artículo VIII del NCPP, sobre la legitimidad de la prueba, ha observado como principio que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; consistiendo la confirmatoria de incautación un mecanismo procedimental legítimo para incorporar al proceso [en una futura valoración probatoria intraproceso]

los elementos de convicción obtenidos.

Incautar significaría dar valor probatorio y asegurar los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por ley⁶, cautelando también la **evitabilidad** de los acontecimientos, sobre todo el peligro [impedir sus consecuencias] de la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito, y que estos puedan agravar o facilitar la comisión de otros delitos si no son incautados: “estas medidas, tienen por objeto impedir que se realicen determinadas actuaciones perjudiciales para ciertos sujetos procesales durante la pendencia del proceso”⁷.

Así, la confirmatoria de incautación en **forma inmediata** asegura los elementos de convicción para efectos probatorios válidos tanto para la formulación de requerimientos como para su introducción en la actividad probatoria en el juicio oral; y en **forma mediata**, legitima la afectación en el tiempo razonable de un derecho, convalidando la actividad prejurisdiccional realizada por el fiscal, al estar ante una situación “líquida”, es decir marcada por una fuerte verosimilitud del derecho invocado, con el consabido peligro en la demora cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro eminente de su perpetración.

IV. Estándar probatorio

Retomando al principio de idoneidad o conducencia, existen situaciones en que en determinados procedimientos solo pueden admitirse un tipo de medios probatorios y no otros⁸. También en otros casos se trata de establecer requisitos para dar una ponderada “certeza” al momento de valorar el contenido de los medios probatorios o fuentes de prueba; como sucedió con los “requisitos de sindicación de coacusado, testigo o agraviado” [Acuerdo Plenario N° 02-2005/

CJ-116] o con la “apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual”

[Acuerdo Plenario N° 01-2011/CJ-116].

Entonces, los modelos de procesos penales buscan un grado de certeza. El procedimiento penal **es un método**, regulado jurídicamente para averiguar la verdad acerca de una imputación y, con el fin de cumplir dicha misión, acude a la prueba, por intermedio de la cual las personas que intervienen en él intentan lograr precisiones acerca de la hipótesis [tesis, antítesis y síntesis] que constituye su objeto principal.

Así, por ejemplo, para Rodrigo Cerda San Martín se requiere de estándares probatorios.

Un proceso gobernado por un estándar muy exigente no tiene como objetivo primario la búsqueda de la verdad, o más precisamente la eliminación de errores, pues conforme

disminuya, la posibilidad de errar al declarar probado un hecho, aumenta la posibilidad de errar al darlo por no probado. En una decisión probatoria hay dos errores posibles: el primero, aceptar como verdadero [o dar por probado] lo que es falso y, el segundo, no aceptar como verdadero [o dar por no probado]

lo que es verdadero.

Si se consideran que los derechos o intereses afectados por el primer error [aceptar como verdadero lo que es falso] merecen menor protección que los afectados por el segundo error [no aceptar como verdadero lo que es verdadero], entonces el estándar de prueba será poco exigente y podrá valer una probabilidad por debajo de una preponderante.

En todo caso, la mayor o menor tolerancia con cada uno de los errores posibles es una cuestión de grado y, en consecuencia, puede haber una gradación de estándares de prueba sobre un hecho⁹.

Para arribar a una comprobación de la hipótesis [imputación concreta o teoría del caso], se hace indispensable la realización de una investigación, que será realizada dentro de un proceso reglamentado por la normativa procesal. Estas normas podrán reglamentar no solo la manera en que las pruebas puedan ser propuestas y producidas, sino que además podrán reglamentar la valoración que de ellas deba hacerse, es decir, la forma en que el juez

debe valorar los medios de prueba reunidos¹⁰

[actuados], estas reglas impregnarán el tipo de estándar probatorio que presente el modelo.

En el modelo peruano del NCPP, el juez

selecciona también las pruebas, autorizando la producción de algunas y rechazando otras, facultad que se desprende en la etapa intermedia e incluso en la etapa de juicio oral, tal como lo establece el artículo 373.2 del mencionado código: “excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El juez

decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes”.

Para ello tomará primeramente en cuenta los dichos de las partes, produciendo una primera elección en la que desecha cierto contenido factual por considerarlo irrelevante y, posteriormente, centrará su atención en la producción de las pruebas y en el debate argumentativo de aquel contenido que sí considera pertinente a los fines del proceso.

Finalmente, organiza un relato de relatos. Porque los elementos probatorios, en su inmensa mayoría, se presentan como relatos. Los dichos de las partes ya lo son, pero también los de los peritos, testigos, y alguna prueba documental introducida mediante lectura también puede tener la forma de un relato; forma de introducción de prueba que permite el artículo 383.1.a., del NCPP: “1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: a) Las actas conteniendo la prueba anticipada”.

Otro sector doctrinario reclama una mejor estandarización de los llamados “juicios de inferencia”, a fin de facilitar un mayor grado de elaboración teórica por parte del Derecho Penal y así lograr un mejor control en la forma de valorar las pruebas y su justifi-

cación al momento de emitir una sentencia condenatoria o absolutoria.

V. Aspectos de valoración

Para la valoración de la incautación, esto es, de los instrumentos comisivos del delito como “piezas de convicción” es necesario:

primero, que los instrumentos hayan sido obtenidos mediante un proceso constitucionalmente legítimo, como lo son los supuestos procedimentales señalados en el artículo 218

del NCPP11; y **segundo**, que se hayan incorporado al proceso de la misma manera, existiendo para ello la interpretación dada al artículo 316. 2 del NCPP por el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 sobre incautación, el cual considera que la extemporaneidad o excesiva demora **no tiene efecto cancelatorio**, ello sin perjuicio de las sanciones administrativas aplicables al fiscal que haya incurrido en aquellas.

Si se prescinde de la confirmación de la incautación, el bien no existiría para el proceso [carece de eficacia valorativa] al no haber sido incorporado a él mediante el mecanismo procedimental legítimo, además de estar afectándose un derecho de propiedad en el tiempo sin la intervención del órgano que goza del principio de “exclusividad jurisdiccional”¹².

Esta garantía esencial denominada también como principio de “reserva” en el ejercicio estatal de la jurisdicción, solo se lleva a cabo mediante los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde la potestad de resolución de conflictos intersubjetivos y sociales, o de otorgar medidas de coerción; hallándose estipulada en el artículo 255.1 del NCPP.

Esta garantía así configurada –de rígida separación del Poder Judicial respecto de los demás poderes públicos–, exige determinar con precisión lo que es propio de lo jurisdiccional, puesto que está vedado al órgano judicial asumir funciones que no están incardinadas en la potestad jurisdiccional, así como igualmente está prohibido que otro órgano del Estado pueda asumir funciones propias de la potestad jurisdiccional.

Lo acabado de afirmar, de que si se prescinde de la confirmación de la incautación, el bien no existiría para el proceso en sus aspectos valorativos [refiriéndonos específicamente a la exhibición de los bienes incautados] al no haber sido incorporado mediante un mecanismo procedimental legítimo, se refiere a una valoración absolutamente procesal. Recordemos que el medio de prueba es el acto procesal por el cual se introduce un elemento de prueba, en tanto que la fuente de prueba [persona, objeto, documento, etc.], es un concepto metajurídico o ajurídico, que corresponde a una realidad anterior al proceso, existe independientemente exista o no un proceso; esta ahí, es autónoma, lo que no sucede con el medio de prueba, que es un concepto construido para el proceso.

VI. Finalidad teleológica

La finalidad de la confirmatoria de incautación como figura procesal se centra en dos elementos: uno sustancial y otro formal. En cuanto a lo **sustancial**, la confirmatoria de incautación es una subsanación de la afectación de un derecho, y **procesalmente** es el mecanismo constitucionalmente legítimo para que la prueba obtenida sea incorporada y valorada dentro del proceso.

VII. Valoración de la prueba preconstituida

Lo que no ha sido puesto a debate es la posible dicotomía entre la incautación de objetos o afectación de bienes relacionados con el delito, y **el acta** que perenniza un hecho, considerando que en la incautación a nivel policial [incautación probatoria], el acta sola por principio constituiría una prueba preconstituida.

Si bien no existe norma alguna que la declare formalmente prueba preconstituida, esta surge de su naturaleza e irreproducibilidad, posibilidad a que se contrae el artículo 383.1.e del NCPP al considerar que podrán ser incorporadas al juicio para su lectura “las actas levantadas por la Policía el fiscal o el juez de la investigación preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este código o la ley, tales como las actas de

detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

Existen así **dos actos**: la afectación de la propiedad de unos bienes y a la vez **perennización de un hecho**. En efecto, si bien la incautación –afectación de un bien– no ha sido confirmada, por lo que no se podrían utilizar las especies como un medio de prueba material [exhibición], ¿qué sucede con el hecho perennizado en las actas? Este aspecto no ha sido puntualizado ni tomado en cuenta por el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 sobre incautación; empero, su solución sería dar lectura al acta de incautación como prueba preconstituida.

VIII. Conclusiones

Tal vez la forma instrumental de incautación y, por la consecuencia que reviste, el posterior decomiso de lo incautado, tenga semejanza con lo referido por Calamandrei sobre las “declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva”, que son distintas a las medidas cautelares y que al juez

le está permitido dictar con urgencia en vista de la particular certeza del derecho o de su naturaleza especial¹³, al tener que ser dictadas sin retardo, como algo distinto de lo ortodoxamente cautelar, a fin de conservar la situación de hecho, preservar ciertas y determinadas situaciones jurídicas.

En cuanto al tema conocido, el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 sobre incautación ha dejado sentado que la solicitud extemporánea de confirmatoria de incautación no genera la inadmisibilidad de la prueba obtenida, y que la justificación de tardanza se deberá observar en razón al principio de proporcionalidad, el cual se halla plasmado en el artículo VI del NCPP, verificándose asimismo que aquella haya sido obtenida mediante un **proceso constitucionalmente legítimo**, e incorporada al proceso de la misma manera.

La finalidad teleológica de la figura de la confirmatoria de incautación tiene dos elementos:

uno **sustancial** y otro **formal**. En cuanto a lo sustancial, es una subsanación de la afectación de un derecho, en tanto que en lo procesal o formal, es el mecanismo constitucionalmente legítimo para que la prueba obtenida sea incorporada y valorada dentro del proceso. Además, en el supuesto de no existir un requerimiento de confirmatoria de incautación, igual el acta podría ser introducida a través de su lectura como **prueba preconstituida**, posibilidad que facultad el artículo 383.1.e del NCPP, al contener el acta una diligencia irreproducible, objetiva y perennizada.

* Fiscal Adjunto Superior Penal Titular.

1 CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 39.

2 CAFFERATA NORES, José y TARDITTI, Aída. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado*.

Tomo 2, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 44.

3 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y GUERRERO LÓPEZ, Susana. *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Juristas Editores, Lima, 2009, p. 217.

4 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: *Ius et Veritas*. N° 14, UCP, Lima, junio de 1997, p. 172.

5 Ibídem, p. 173.

6 Artículo 316, inciso 1 del Código Procesal Penal.

7 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y GUERRERO LÓPEZ, Susana. Ob. cit., p. 201.

8 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. cit., p. 173.

9 CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo et ál. *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del "más allá de toda duda razonable"*. Librotécnica, Santiago de Chile, 2012, pp. 404-405.

10 GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 18.

11 Artículo 218, incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal:

"1. Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.

2. La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria".

12 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2012, p. 640.

13 CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 37.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

LA SOLICITUD DE CESE DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DEBE CUESTIONAR LOS PRESUPUESTOS DE SU PERMANENCIA Y NO LOS PRESUPUESTOS DE SU IMPOSICIÓN

[-]

CONSULTA:

A fin de presentar una solicitud de cesación de prisión preventiva a favor de un imputado, se nos consulta qué se debe entender por la exigencia de “nuevos elementos de convicción”

a que se refiere el artículo 283 del CPP

de 2004.

Respuesta:

El artículo 283 del CPP de 2004 prescribe que el cese de la prisión preventiva procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición.

La propia Corte Suprema, en la Casación N° 391-2011-Piura, ha establecido como doctrina jurisprudencial este mismo criterio, aunque solo se ha limitado a reproducir literalmente la norma, sin dar mayores luces sobre lo que entiende por los aludidos “nuevos elementos de convicción”.

Siendo así, resulta necesario hacer algunas precisiones sobre dicho instituto con miras a dar respuesta a la consulta planteada.

En principio, cuando se habla de cese de la prisión preventiva, en casos como el planteado, lo que debe hacer el investigado o procesado es intentar desvirtuar la existencia de los **elementos de convicción** que sostienen los presupuestos para la **permanencia** de la prisión preventiva, y no los **presupuestos de imposición**.

La diferencia parece ser sutil, pero es muy importante, pues si bien existe un cierto grado de identidad, en tanto los **presupuestos de permanencia** son los mismos que los de la **imposición** (por ejemplo, el peligro procesal), debe analizarse las variables de tiempo transcurrido y el avance del proceso, que podrían haber hecho desaparecer los presupuestos que en algún momento existieron al momento de imponer la medida cautelar.

Por tal razón, es correcta la afirmación de que la solicitud de cese no puede confundirse con un recurso de **revisión** de la prisión preventiva impuesta.

Entonces, en buena cuenta, cuando el defensor plantea el cese de la prisión preventiva, lo adecuado es que busque **evidencia nueva o recién conocida** que permitan acreditar que los presupuestos que existían al momento de la imposición, ya no existen en el momento actual, en el que se está solicitando el cese de dicha medida.

Lo prescrito en el artículo 283 del CPP de 2004 resalta así la regla del *rebus sic stantibus*, por cuanto hace depender el cese de la prisión preventiva a la existencia de nuevos elementos de convicción que demuestren que ya no concurren los motivos que originalmente determinaron su imposición, esto es, a la variación en el tiempo de las circunstancias que en su momento llevaron a la imposición de la medida coercitiva.

Asimismo, debe mencionarse que los nuevos elementos que buscan el cese de la prisión preventiva impuesta, deben al menos generar duda razonable respecto a su subsistencia.

Así, por ejemplo, no se trata de que los nuevos elementos generen convicción (certeza)

de que el peligro procesal ya no existe, sino solo poner en duda su existencia o intensidad necesaria para sustentar la prisión preventiva.

Si se demuestra que la gravedad del peligro es menor a la que un primer momento se verificó, se puede afirmar que para neutralizarlo bastará otra medida cautelar personal menos restrictiva (v. gr. comparecencia con restricciones).

Pero, incluso, si los nuevos elementos efectivamente generan convicción de que ya no existe peligro procesal alguno, entonces, la prisión preventiva deberá cesar sin la necesidad de que se imponga ninguna otra medida de semejante naturaleza.

BASE LEGAL

Código Procesal Penal de 2004: arts. 279, 280 y 283.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

CASACIÓN INFUNDADA: ESTABLECEN SUPUESTOS EN LOS QUE LA NO DECLARACIÓN DE RENTAS CONSTITUYE DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA

[-]

SUMILLA

La falta de presentación de la declaración tributaria determinativa solo podrá ser considerada un “engaño” cuando dicha omisión sea entendida –en el contexto de las leyes tributarias– como una comunicación de la no realización de hechos imponibles o como la realización de estos sin que sea obligatorio liquidar tributo alguno.

No toda falta de presentación de declaración será típica, sino solo aquella que comunique al fisco la no realización de actividad gravada o la no realización de una actividad sujeta a gravamen.

SUMILLA

Estamos frente a supuestos de omisión impropia, por lo que es necesario establecer en términos normativos que la omisión sea equivalente a la realización del engaño que exige el tipo penal. La única posibilidad de establecer esta equivalencia es cuando la falta de declaración tributaria determinativa comunique normativamente –de acuerdo a las normas tributarias– la falta de realización de actos sujetos a tributación, con lo cual se simula la realidad, ocultando esta del conocimiento del órgano recaudador del tributo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Procesado : Juan Antonio Luna Fernández

Delito : Defraudación tributaria

Agraviada : Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sunat

Fecha : 24 de junio de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

- Decreto Legislativo N° 813: arts. 1, 2 lit. a) y 3.
- Código Procesal Penal de 2004: art. 427 inc. 4.

SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 238-2012-AREQUIPA

Lima, veinticuatro de junio del dos mil catorce.

VISTOS y OÍDOS LOS INFORMES ORALES; en audiencia pública, sobre el recurso de casación por la causal del desarrollo de la doctrina jurisprudencial interpuesto por la Procuraduría Pública Ad-Hoc de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) en calidad de Actor Civil, contra la resolución de vista de fecha 4 de mayo de 2012, obrante en autos a fojas 99, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha 3 de noviembre de 2011, de folios 25, en el extremo que declaró a Juan Antonio Luna Fernández absuelto de los cargos formulados por el Ministerio Público por el presunto delito de defraudación tributaria, previsto en el artículo 1 concordado con el artículo 2 del inciso a) del Decreto Legislativo N° 813 de la Ley Penal Tributaria, en agravio del Estado. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- Itinerario del proceso en primera instancia

1.1. Dentro del proceso penal que se le sigue a Juan Antonio Luna Fernández, la señora Fiscal Provincial mediante requerimiento de fojas uno, de fecha 1 de abril de 2011 –véase cuaderno de acusación–, formuló acusación contra el referido encausado Luna Fernández, por el delito de Defraudación Tributaria, en agravio del Estado; luego el Juzgado de Investigación Preparatoria llevó a cabo la audiencia de control de acusación, como es de verse de fojas 11 del mismo cuaderno, emitiéndose el respectivo auto de enjuiciamiento;

remitidos los actuados al Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Arequipa, mediante auto de fecha 11 de julio de 2011, se cumple con señalar fecha para el inicio del juicio oral.

1.2. Seguido el juicio de primera instancia –como se advierte de las actas de fojas 13

y siguientes del cuaderno de debates–, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de folios 25 del mismo cuaderno, de fecha 3 de noviembre de 2011, que en un extremo absolvió a Juan Antonio Luna Fernández, de los cargos formulados en su contra por delito de defraudación tributaria, previsto en el artículo 1 concordado con el inciso a)

del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 813

–Ley Penal Tributaria–, en agravio del Estado representado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-Sunat. Contra la referida sentencia el representante del Ministerio Público y la defensa de la Parte Civil interponen recurso de apelación en dicho extremo, como es de verse de los escritos de folios 34 y 43, respectivamente. Este recurso fue concedido por autos de fojas 37 y 46, ambos de fecha 10 de noviembre de 2011.

Segundo.- Del trámite recursal en segunda instancia

2.1. La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, culminada la fase de traslado de la impugnación y no habiendo ofrecido las partes nuevas pruebas, mediante resolución de folios 85, de fecha 20 de enero de 2011, las emplazó a fin que concurran a la audiencia de apelación de sentencia. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas 93, de fecha 23 de abril de 2012, el Tribunal de Apelaciones cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de apelación fechada el 4 de mayo de 2012, como es de verse de folios 99.

2.2. La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la sentencia de primera instancia de fecha 3 de noviembre de 2011, en el extremo que absolvió a Juan Antonio Luna Fernández, de los cargos formulados por el Ministerio Público por el presunto delito de Defraudación Tributaria, previsto en el artículo 1 concordado con el inciso a) del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 813

de la Ley Penal Tributaria, en agravio del Estado, representado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

Tercero.- Del Trámite del recurso de casación presentado por la defensa de la Parte Civil representado por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria

3.1. Leída la sentencia de vista, dicha entidad del Estado, en su condición de Parte Civil, mediante escrito de fojas 117 interpone su recurso, invocando la casación excepcional sobre el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, prevista en el inciso 4) del artículo 427 del Código Procesal Penal, y como causal alegó el inciso 3) del artículo 429 sobre expedición de sentencia con una indebida aplicación u errónea interpretación de la ley penal. Concedido el recurso mediante auto N° 9, de fojas 124, de fecha 5 de junio de 2012, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha 26 de junio de 2012, según oficio de fojas uno del cuaderno de casación formado ante esta Instancia Suprema.

3.2. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante auto de Calificación de Recurso de Casación, Ejecutoria de fecha 5 de octubre de 2012 –véase cuadernillo de casación a folios 23–, en un extremo admitió el trámite del recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, a efectos de dilucidar las categorías y elementos arquitectónicos de los delitos tributarios, relacionado con el ocultamiento de ingresos, previsto como una modalidad del delito de defraudación tributaria.

3.3. Instruido el expediente en Secretaría, mediante resolución de folios 58, su fecha 15 de mayo de 2014, se cumplió con señalar fecha para la audiencia de casación para el día 24 de junio de 2014, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

3.4. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan–, se realizará por la Secretaria de la Sala el día 15 de julio de 2014, a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Cuarto.- Sobre el Recurso de Casación

4.1. Los fundamentos de la sentencia de primera instancia, fechada el 3 de noviembre de 2011, establece que el encausado no incurrió en el delito de defraudación tributaria, al no haberse configurado los elementos objetivos del tipo penal, es decir, que no se acreditó que el encausado haya presentado, ante el ente recaudador del tributo, declaración jurada alguna, en la que haya ocultado información sobre los ingresos con la finalidad de reducir o anular los tributos. Esta decisión ha sido ratificada en la sentencia de vista, fechada el 4 de mayo de 2012, señalando que la presentación de la declaración jurada resulta transcendental para la

configuración del referido delito, pues en ella, se realiza las acciones fraudulentas [como la de ocultar] lo que no ha ocurrido en el presente caso.

4.2. Agravios invocados por el actor civil, esta interpretación ha sido cuestionada por el ente recaudador del tributo en su recurso extraordinario, señalando que desde el momento que el contribuyente se encuentra en la obligación de declarar bienes, ingresos o rentas afectas al pago de tributos, y no lo hace, manifiesta su voluntad de ocultarlos y por ende obtener un beneficio ilícito, esta conducta omisiva también resulta punible, por lo que, el encausado al no haber cumplido con declarar las rentas de segunda categoría (ocultar) ha incurrido en el delito de defraudación tributaria. Bajo esta premisa, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, admite el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, previsto en el inciso 4) del artículo 427 del Código Procesal Penal, a efectos de dilucidar las categorías y elementos típicos arquitectónicos de los delitos tributarios, ello relacionado con los argumentos esgrimidos por la defensa de la Parte Civil.

Quinto.- Sobre el desarrollo de la doctrina jurisprudencial

5.1. Aspectos generales.- El Sistema Tributario como parte del orden socioeconómico dentro de un Estado, es fundamental para el desarrollo de la sociedad, siendo necesario velar por el normal proceso de recaudación, evitando que los recursos económicos, obtenidos a través de los impuestos, se vea afectado por algún factor extraño; por lo que, a efectos de regular la existencia del tributo y la relación obligacional de carácter jurídico que genera este instituto económico-jurídico nace el Derecho Tributario, el cual está conformado por un conjunto de normas jurídicas y no jurídicas, jurisprudencia, doctrina, principios y costumbres, todos relacionados con el tributo. Dentro de ese conjunto de normas jurídicas que disciplinan los tributos y la relación que estos generan, se encuentra el Derecho Tributario Material – conformado por el conjunto de normas que regulan lo que es el tributo–, y el Derecho Tributario Formal –conformado por el conjunto de normas que regulan cómo debe aplicarse el tributo–;

pero también esta ciencia está integrada por diversas instituciones cuyos orígenes se encuentran en otras aéreas de la ciencia jurídica.

Es así, que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal se presentan como instrumentos necesarios para tratar aquellas conductas potencialmente negativas para el sistema tributario.

5.2. Los ilícitos tributarios, se puede entender como la contravención a las normas tributarias, y debido a su naturaleza jurídica, permite que la conducta pueda ser tipificada como infracción o como delito, según la doctrina mayoritaria, la única diferencia es de tipo cualitativo, lo que no quiere decir que las normas tributarias-administrativas no contengan bienes jurídicos protegidos, sino que entre ellas y el delito existe un distinto grado de reprochabilidad, lo que hace que el legislador tenga que decidir con criterios pragmáticos, el lugar donde estará ese hecho, bien como infracción tributaria o bien como delito tributario.

5.3. En el Perú, confluyen para el tratamiento jurídico de las infracciones y delitos tributarios, dos cuerpos de leyes, por el lado administrativo se tiene el Código Tributario, que regula las transgresiones por parte de los deudores tributarios respecto de las disposiciones que regulan este tipo de obligaciones, y por el lado punitivo, se tienen los delitos tributarios que se encuentra tipificadas como delitos en leyes especiales como la Ley Penal Tributaria [Decreto Legislativo N° 813 vigente a partir del 21 de abril de 1996, se derogan los artículos 268 y 269 de la Ley Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 635] y la Ley de Delitos Aduaneros (Ley N° 28008]. La Exposición de Motivos de dicha ley justifica la positivización en una norma especial de los ilícitos tributarios, en razón de la especialidad y la vinculación del citado ilícito con la actuación de las respectivas administraciones tributarias; a su vez, que va a generar un mayor efecto preventivo en la sociedad. Cabe recordar, que los tributos se recaudan para permitir que el Estado cumpla con sus fines, una infracción o delito tributario supone una violación al deber de solidaridad que impide al Estado el cumplimiento de dichos fines a favor de la comunidad.

5.4. Sobre las características de los delitos tributarios, el Acuerdo Plenario N° 2-2009/

CJ-116, de fecha 13 de noviembre de 2009, estableció lo siguiente en su fundamento 8:

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 públicos **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–, centrado 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 aunque no hace falta que se alcance efectivamente [LUIS ALBERTO BRAMONT ARIAS TORRES/MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, Tercera edición, Editorial San Marcos, Lima, 1977, p. 478].

5.5. Según la doctrina, como elementos del delito tributario se tiene: **a) Conducta**, que es la exteriorización del comportamiento humano, pero que alcanza relevancia jurídico-

penal cuando se transgreden las conductas prohibidas en el Código Penal; en este último texto normativo el legislador ha utilizado diversas técnicas para identificar conductas prohibidas: delitos de comisión (describe conductas de “hacer”), omisión (describe conductas de no hacer), dolosos (conductas intencionales), culposos (infracción al deber de cuidado, cabe precisar que esta clase de conducta no se presenta en los delitos tributarios. En el ilícito tributario se puede encontrar tres formas de exteriorización de la conducta: **i)** el incumplimiento por comisión u omisión de una obligación tributaria formal, esta forma corresponde a las obligaciones formales que configuran deberes impuestos al contribuyente o responsable tendientes a la determinación de la obligación tributaria sustantiva, su incumplimiento está sancionado con multa y son aquellas comprendidas en el Código Tributario (ilícitos administrativos), **ii)** el incumplimiento por comisión u omisión de una obligación sustancial, a la fecha se encuentran excluidos de las infracciones tributario-administrativas las infracciones sustanciales; y **iii)** el incumplimiento por comisión u omisión dolosa, esta forma corresponde en nuestro ordenamiento jurídico a los delitos tributarios.

b) Típica: El tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador, sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal; y la tipicidad es el resultado de la verificación si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden; y típica es la conducta que presenta la característica específica de la tipicidad. En todo tipo penal es posible encontrar una parte objetiva y subjetiva, la primera comprende las características del obrar externo del autor requerido por el tipo y se compone por el sujeto activo y pasivo del delito, el bien jurídico a protegerse y los elementos descriptivos; la segunda, comprende el dolo elemento exigido en el delito tributario, se requiere el conocimiento y voluntad de defraudar al fisco y la culpa, esto último no funciona en caso de los ilícitos tributarios penales, en cambio, en relación con los ilícitos tributarios-administrativos (infracciones tributarias) funciona sin tener mayor relevancia, como ejemplo, la simple negligencia de no entregar un comprobante de pago o se haya dejado de presentar una declaración de pago, lo que traerá como consecuencia una sanción administrativa del ente recaudador del impuesto. **c) Antijuricidad:**

A efectos de la imputación, el primer paso es verificar la tipicidad de la conducta, pero esto no basta y es necesario determinar si la conducta típica es antijurídica, así la tipicidad de la conducta se erige como indicio de la antijuricidad. En el campo de los delitos tributarios la tutela a la integridad del patrimonio fiscal exige para su configuración la concurrencia de la antijuricidad del comportamiento del infractor que consiste en que su conducta además de

atentar con alguna disposición legal (tipicidad) infrinja el derecho, poniendo en riesgo los intereses fiscales que este protege; empero existen las llamadas causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal, que convierten un hecho típico en lícito y conforme a derecho. **d) Culpabilidad:** Es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas – psíquicas y físicas– que le permitan comprender la antijuricidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión.

En materia tributaria penal también es aplicable el principio fundamental de que solo puede ser reprimido quien es culpable, es decir, aquel a quien la acción punible pueda serle atribuida tanto objetiva como subjetivamente. Este principio está claramente enunciado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal cuando se expresa que “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor”. El criterio de la determinación objetiva para la aplicación de una sanción es una característica peculiar del Derecho Tributario Administrativo, el cual de ninguna forma puede hacerse extensivo al Derecho tributario Penal. La Ley Penal Tributaria peruana (D. Leg. N° 813)

es clara al respecto, solo podrán cometerse delitos tributarios en forma dolosa.

5.6. Respecto del delito de Defraudación Tributaria.-

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 813 describe el delito de defraudación tributaria como: “El que, en provecho propio o de un tercero, valiéndose de cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, deja de pagar en todo o en parte los tributos que establecen las leyes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 8 (ocho) años y con 365 (trescientos sesenta y cinco) a 730

(setecientos treinta) días-multa”. El delito de defraudación tributaria puede ser definido como el hecho típicamente antijurídico y culpable cometido por una persona mediante la realización de una conducta fraudulenta para dejar de pagar, en todo o en parte, los tributos. La doctrina resalta como característica principal en estos tipos de delitos, la “conducta fraudulenta” utilizada para obtener como resultado el dejar de pagar tributos, sumado a esta característica debe añadirse el dolo (conducta intencional) para poder configurar el delito, y que además, debe existir un nexo causal entre ellos, es decir, que la conducta fraudulenta haya efectivamente logrado su finalidad, ocultar la deuda tributaria.

El fraude, previsto en el tipo legal base, supone una **conducta** del infractor que induzca a error a la Administración Tributaria, de tal suerte que ésta considere que el tributo se está pagando correctamente. El fraude, conforme a los principios del sistema penal en el Perú, tiene que ser una conducta intencional y, por tanto, corresponderá a la administración o al sistema judicial probar esa intencionalidad.

5.7. Esta aplicación del concepto de “engaño” resulta obligada a partir de la propia configuración de los artículos 1, 2 y 3

de la Ley Penal Tributaria, referidos a las liquidaciones de obligaciones tributarias de pago, en tanto, el artículo 1 aparece como el tipo base, el artículo 2 como las modalidades del tipo base y el artículo 3 como el tipo atenuado respecto del tipo base.

5.8. Como se ha mencionado, el artículo 1

de la Ley Penal Tributaria [Decreto Legislativo N° 813] supone dejar de pagar los tributos que establecen las leyes, a través de la realización de un medio fraudulento o engañoso. Esta estructura “dejar de pagar el tributo mediante engaño” solo es posible de ser ubicada en la fase de liquidación o determinación de la obligación tributaria de pago del tributo. Efectivamente, la falta de cumplimiento de la obligación tributaria de pago del tributo atribuida al engaño del sujeto, esto es, a la forma en que el sujeto comunica a la Administración Tributaria la cuantía a la que asciende su obligación tributaria, o en la cual la Administración Tributaria comunica al sujeto dicha cuantía, supone ubicarnos en el ámbito de la liquidación de los tributos.

Según Luis A. Bramont Arias-Torres señala que el mero incumplimiento de obligaciones tributarias, en su caso, únicamente conllevará la comisión de una infracción administrativa, mas no, a la comisión de un delito tributario, pues si bien la vulneración de una norma tributaria es condición necesaria, para ello, no es suficiente, pues además se requiere la configuración de los elementos del tipo penal indicado, entre los que se encuentra el engaño.

5.9. En el caso de autos, el Actor Civil interpreta el término “**ocultar**” tratando de que la conducta también se castigue penalmente, en el supuesto de que el deudor tributario omite presentar ante la Administración Tributaria cualquier ingreso; sin embargo, conforme a lo expuesto para que se configure la conducta típica, debe determinarse si es posible llevar a cabo una conducta engañosa a través de una omisión. En general, a la omisión solo puede atribuírsele relevancia jurídico-penal cuando exista una norma de mandato que no sea realizada por el sujeto activo del delito. En el presente caso, la configuración inicial de la norma de mandato es la de pagar tributos que las leyes establecen, efectuando para ello correctamente la liquidación de la obligación tributaria de pago; no pudiendo suponer que el solo impago –**omisión**– de los tributos pueda ser considerada como una omisión con relevancia penal, en tanto se afectaría el principio de la responsabilidad objetiva, y la intervención mínima del Derecho Penal. Más aún, se refuerza esta conclusión en que es el propio tipo penal el que establece que esa falta de pago, para otorgar relevancia penal a la conducta, debe configurar el elemento engaño. Es por ello, que solo será posible atribuir a la falta de presentación de la declaración tributaria determinativa la configuración del engaño, en tanto, dicha omisión sea entendida en el contexto de las leyes tributarias como una comunicación de la no realización de hechos imponible o la realización de estos, sin que sea obligatorio liquidar tributo alguno. No toda falta de presentación será típica, sino solo aquella que comunique al Fisco la no realización de actividad gravada o la no realización de mayor actividad sujeta a gravamen. Como puede observarse estamos frente a supuestos de omisión impropia, en los cuales no solo es necesario constatar la omisión –falta de presentación de la declaración tributaria determinativa–, sino fundamentar la posición de garante del sujeto activo –su condición de deudor tributario–, así como hacer equivalente la omisión a la conducta por acción, esto es, establecer en términos normativos que la omisión sea equivalente a la realización del engaño que exige el tipo penal. Como se ha señalado, la única posibilidad de establecer esta equivalencia, es cuando la falta de declaración de la Declaración Tributaria determinativa comunique normativamente –de acuerdo a las normas tributarias– la falta de realización de actos sujetos a tributación, con lo cual se simula la realidad, ocultándose la misma de la posibilidad de conocimiento por parte de la Órgano recaudador del tributo.

5.10. Sobre el pago de costas, si bien el inciso 2) del artículo 504 del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al inciso 2) del artículo 497 del acotado Código; sin embargo, el artículo 499 de la citada norma procesal establece que se encuentra exento del pago de costas, entre otros, las procuradurías Públicas del Estado situación que se presenta, porque quien interpuso el recurso de casación fue el señor Procurador Público de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-Sunat.

III. DECISIÓN Por ello, administrando justicia a nombre de la Nación, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordamos:

I. DECLARAR: INFUNDADO el Recurso de Casación por desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por la Procuraduría del Estado-Sunat en su calidad de Actor Civil, contra la sentencia de vista de fecha 4 de mayo de 2012 –obrante a folios 99 del cuadernillo de debate–, que confirmó la sentencia de primera instancia de fecha 3 de noviembre de 2011, de folios 25, en el extremo que absolvió de los cargos formulados por el Ministerio Público a Juan Antonio Luna Fernández, por el presunto delito de defraudación tributaria, previsto en el artículo 1 concordado con el artículo 2 del inciso a) del Decreto Legislativo N° 813 de la Ley Penal Tributaria, en agravio del Estado. **II. EXONERAR** del pago de las costas del recurso de casación a la Procuraduría del Estado-Sunat. **III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

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

por licencia del señor Juez Supremo Cevallos Vegas.

SS. VILLA STEIN, PARIONA PASTRANA, BARRIOS ALVARADO, NEYRA FLORES, MORALES PARRAGUEZ

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

NO SE VULNERA LA PLURALIDAD DE INSTANCIA SI SE RECHAZA UN RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO DE FORMA VAGA Y SIN PRECISAR LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

[-]

SUMILLA

El juez de la investigación preparatoria, al declarar improcedente el recurso de apelación que interpuso el recurrente contra el auto que declaró inadmisibile su solicitud de “libertad anticipada”, no vulneró su derecho a la pluralidad de instancia, pues se basó en que dicho recurso fue formulado de forma vaga e imprecisa y no especificó los puntos controvertidos [incumpliendo los requisitos exigidos en el artículo 405.e)

del CPP], además de insistir en la existencia de la institución de la “libertad anticipada”, pero sin indicar por qué.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Demandante : Roberto Flores Paiva

Materia : Hábeas corpus

Demandado : Juez del Cuarto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Trujillo

Fecha de publicación : 2 de junio de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos: art. 8 inc. 2.
- Constitución Política del Estado: art. 139 incs. 3, 6 y 14

- Código Procesal Penal de 2004: art. 405 literal c), y 491 inc. 3.
- Código Procesal Constitucional: art. 4

EXP. Nº 05410-2013-PHC/TC-LA LIBERTAD

ROBERTO CARLOS FLORES PAIVA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014 la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Vergara Gotelli, Mesía Ramírez y Calle Hayen, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Carlos Alberto Zelada Dávila, a favor de don Roberto Carlos Flores Paiva, contra la resolución expedida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 72, su fecha 7 de agosto de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de julio de 2013, don Roberto Carlos Flores Paiva interpone demanda de hábeas corpus contra el juez del Cuarto Juzgado de la Investigación Preparatoria de Trujillo, don Carlos Eduardo Merino Salazar, y contra el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial a fin de que se declare nula la resolución Nº 5, de fecha 24 de abril de 2013, que declara improcedente el medio impugnatorio de apelación interpuesto por el actor contra la resolución Nº 4, de fecha 22 de abril de 2013, que declara infundada su solicitud de libertad anticipada, en el proceso seguido por delito de omisión de asistencia familiar (Expediente Nº 006411-2010-6-1601-JRPE-

04). Alega la vulneración del derecho a la instancia plural.

Sostiene que con fecha 13 de marzo de 2013

solicitó al juzgado demandado su libertad anticipada, por lo cual se convocó la audiencia de solicitud de libertad anticipada para el 22 de abril de 2013, a las 8:30 horas, pedido que fue declarado inadmisibles mediante resolución Nº 4, de fecha 22 de abril de 2013.

Agrega que contra esta decisión interpuso el medio impugnatorio de apelación que fue declarado improcedente por resolución Nº 5 de fecha 24 de abril de 2013, pretextándose que dicha apelación fue interpuesta de forma vaga e imprecisa; alega, empero, que la resolución cuestionada es absolutamente irregular.

El Quinto Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, con fecha 8 de julio de 2013, declara improcedente la demanda al considerar que la resolución que se cuestiona tiene la calidad de consentida pero no es firme, conforme al contenido del artículo 4

del Código Procesal Constitucional.

La Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad confirma la apelada por similares fundamentos.

El recurrente, en su recurso de agravio constitucional (fojas 82), refiere que el juzgado demandado le ha denegado el derecho a la doble instancia, pues al advertir alguna deficiencia

en su medio impugnatorio de apelación debió concederle un plazo ampliatorio para que la subsane y no rechazarlo de plano.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio Se cuestiona la resolución N° 5, de fecha 24 de abril de 2013, que declaró improcedente el medio impugnatorio de apelación interpuesto por el actor contra la resolución N° 4, de fecha 22 de abril de 2013, que declaró infundada su solicitud de libertad anticipada en el proceso seguido por el delito de omisión de asistencia familiar (Expediente N° 006411-2010-6-1601-JR-PE-04). En ese sentido, se alega la vulneración del derecho a la instancia plural.

2. Sobre la afectación del derecho a la pluralidad de la instancia o doble instancia (artículo 139 inciso 6 de la Constitución)

2.1. Argumentos del demandante

Sostiene que, con fecha 13 de marzo de 2013

el actor solicitó al juzgado demandado su libertad anticipada, por lo cual se convocó la audiencia de solicitud de libertad anticipada para el 22 de abril de 2013, a las 8:30

horas, pedido que fue declarado inadmisibile mediante resolución N° 4, de fecha 22

de abril de 2013. Contra dicha decisión el recurrente interpuso el medio impugnatorio de apelación el cual fue declarado improcedente por resolución N° 5, de fecha 24

de abril de 2013, fundamentándose que la apelación fue interpuesta de forma vaga e imprecisa. A criterio del actor, la resolución cuestionada es absolutamente irregular, pues el juzgado demandado debió concederle un plazo ampliatorio para que subsane su apelación, y no rechazarla de plano, afectándose su derecho a la doble instancia.

2.2. Argumentos del demandado

Al no haber sido emplazados, no contestaron la demanda.

2.3. Consideraciones del Tribunal Constitucional

El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del *debido proceso judicial* y goza de reconocimiento a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8 inciso 2

parágrafo h) ha previsto que toda persona tiene el “Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...)”.

El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC Exp. N°s 1243-2008-

PHC, fundamento 2; 5019-2009-PHC, fundamento 2; 2596-2010-PA; fundamento 4).

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de

que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Cfr. RRTC Exp.

Nºs 3261-2005-PA, fundamento 3; 5108-

2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución.

Ahora bien, cabe señalar que este Tribunal ha advertido que el derecho *sub examine*, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal conforme lo ha establecido en la STC Exp.

Nºs 4235-2010-HC/TC: “(...) el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior” (Cfr. SSTC Exp.

Nºs 5194-2005-PA, fundamento 4; 10490-

2006-PA, fundamento 11; 6476-2008-PA, fundamento 7).

Ha precisado también que: “(...) El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez –

en tanto derecho fundamental de configuración legal–, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho “no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso” (Cfr. SSTC Exp. Nºs 1243-2008-

PHC, fundamento 3; 5019-2009-PHC, fundamento 3; 2596-2010-PA; fundamento 5, STC

Nº 4235-2010-PHC, fundamento 13).

En el presente caso se advierte de fojas 22

la resolución Nº 5, de fecha 24 de abril del 2013, que declara improcedente el medio impugnatorio de apelación interpuesto por el actor contra la resolución Nº 4, de fecha 22

de abril de 2013, que declara infundada su solicitud de libertad anticipada en el proceso seguido por el delito de omisión de asistencia familiar, que considera lo siguiente: “(...) del fundamento esgrimido en el escrito que se provee no precisa los puntos controvertidos, sino más bien insiste en la existencia de la Libertad Anticipada, pero sin indicar por qué dice eso. Siendo vaga e incoherente una pretensión ya resuelta, sin atacar concretamente la resolución que cuestiona, conforme lo establece la norma descrita en el primer considerando (...) (sic) (artículo 405 del Código Procesal Penal)”.

Este Tribunal considera que en el presente caso se rechazó correctamente el medio impugnatorio de apelación porque el actor incumplió con un mandato contenido en una norma de carácter procesal que le exigía el cumplimiento de ciertos requisitos necesarios para la procedencia de su impugnación, previstos en el artículo 405, inciso c del Nuevo Código Procesal Penal. Así se advierte que el actor no precisó los puntos controvertidos o los agravios que a su criterio le habría causado la resolución Nº 4

de fecha 22 de abril de 2013, que desestima su pedido de libertad anticipada; hecho que imposibilitaba la revisión de dicha decisión judicial.

Por lo expuesto, este Tribunal declara que, en el presente caso, no se violó el derecho a la pluralidad de la instancia o doble instancia reconocido en el artículo 139, incisos 6 de la Constitución.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda respecto a la afectación del derecho a la pluralidad de la instancia o doble instancia.

Publíquese y notifíquese.

SS. VERGARA GOTELLI, MESÍA RAMÍREZ, CALLE HAYEN

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

LA DETENCIÓN POR FLAGRANCIA DELICTIVA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA FAMILIAR. A PROPÓSITO DE LA STC EXP. N° 04630-2013-PHC/TC

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA* / Consuelo CORONADO ÁLVAREZ**

[-]

TEMA RELEVANTE

Los autores consideran erróneo el uso de la categoría de “delitos de violencia familiar”

empleada por el TC para justificar la detención policial en “flagrancia delictiva”

(STC Exp. N° 04630-2013-PHC/TC). A su juicio, dado que los actos de esa índole no se hallan criminalizados en sí mismos en la ley penal (pues no todo acto de violencia familiar constituye delito), solo procederá la detención en flagrancia cuando puedan ser subsumidos en algún tipo penal tipificado en nuestro CP.

MARCO NORMATIVO

- Constitución Política del Estado: art. 2 inc. 24 literales b) y f).
- Código Procesal Penal de 2004: arts. 259, 260 y 261.
- Código Penal: arts. 14, 16, 108-B, 121-B y 122-B.

- Ley N° 26260: art. 2.
- Decreto Supremo N° 002-98-JUS: arts. 8 y 10.

I. Introducción

La STC Exp. N° 04630-2013-PHC/TC, emitida el 26 de junio de 2014 y publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 8 de enero de 2015, versa sobre la detención por flagrancia delictiva en situaciones de violencia familiar, tema muy importante por las instituciones jurídicas que se mencionan y por el derecho a la libertad personal puesto en juego, importancia que sin embargo no ha merecido la atención debida, y ni siquiera mínima, por parte de la doctrina y jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, y es quizá esta circunstancia la que haya provocado no solo la poca claridad en los argumentos esgrimidos por el supremo interprete de la Constitución en el caso en concreto, sino que a su vez tales argumentos sean insuficientes para cumplir con el deber de la debida motivación de las resoluciones judiciales, lo que su vez replica en que pareciera que la resolución dada por el Tribunal Constitucional no fuera correcta.

El caso que se cuestiona en la sentencia citada es la detención policial realizada contra el beneficiario de la demanda de hábeas corpus en las siguientes circunstancias: que tal detención se da cuando el sujeto agarra por la espalda a su hija y la arrastra a efectos de que reingrese al recinto en donde aparentemente se encontraba en contra de su voluntad. Tales hechos serían constitutivos de “flagrante delito de violencia familiar”

—en palabras del Tribunal Constitucional—

por lo que los policías proceden a ingresar al lugar, siendo agredidos por el agente, quien finalmente es detenido. Para el Tribunal Constitucional: “Ello a su vez evidencia la situación delictiva de flagrancia del delito que —en su momento— fue apreciada por el efectivo policial demandado como constitutivo del delito de violencia familiar (sic)”, de manera que la detención policial —a criterio del colegiado— no habría vulnerado el derecho a la libertad personal.

De lo señalado, pareciera que para el Tribunal Constitucional la detención policial se realizó conforme a ley, por cuanto tal detención se efectuó en el momento en que se realizaba la comisión flagrante del “delito de violencia familiar”. Como otros aspectos a favor de su posición, anota que conforme a lo señalado por la Fiscalía de Familia que viene tramitando el caso submateria, los hechos investigados se refieren a una denuncia por violencia familiar. Y asimismo, el colegiado constitucional, trae a colación que la detención por flagrancia en casos de violencia familiar se encuentra habilitada por el artículo 8 del Reglamento de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobado por D.S.

N° 002-98-JUS, norma que para el Tribunal Constitucional es acorde con lo establecido en el artículo 2, inciso 24, literal f de la Constitución Política, que precisamente regula la detención policial por flagrancia delictiva.

Pero, realmente, ¿es correcto lo señalado por el Tribunal Constitucional? No parece, en tanto el artículo 2, inciso 24, literal f de la Constitución Política que se acaba de mencionar solo habilita la detención policial cuando se esté ante la comisión flagrante de un delito, y no en alguna otra situación de flagrancia, y siendo que en nuestro ordenamiento jurídico no existe normativa sobre delitos de violencia familiar, en otras palabras no existe el delito de violencia familiar (sin embargo al parecer para el Tribunal Constitucional sí existiría tal delito1),

entonces la policía no puede detener a una persona por la comisión flagrante de algún acto que puede ser considerado como violencia familiar. Y si esto es así entonces la norma que autoriza la detención policial en casos de violencia familiar, o al menos la interpretación que de ella se hace, y que cita el Tribunal Constitucional, a primera vista, no sería acorde a lo que estipula la Constitución sobre la detención policial en casos de flagrancia.

Sin embargo, de acuerdo a un análisis sistemático e integral del ordenamiento jurídico (especialmente son relevantes la Constitución Política, el Código Penal y la Ley de Protección contra la Violencia Familiar y su respectivo Reglamento) sí podría darse legítimamente una detención policial por flagrancia delictiva en contexto de violencia familiar, es decir en estos casos no se detiene al agresor porque incurra en violencia familiar, sino porque sus actos de violencia pueden ser subsumidos muy probablemente en algún tipo penal, y por lo tanto en puridad se le detiene por la comisión flagrante de dicho tipo penal, que circunstancialmente ocurre en un contexto de violencia familiar.

La posición, que acabamos de asumir en el párrafo precedente, la desarrollaremos con algo más de detalle, en lo que sigue de este trabajo, claro está con los límites de espacio que se nos conceden en un trabajo de esta naturaleza. Para tal fin, en el apartado II, veremos los alcances de la detención policial por flagrancia delictiva de acuerdo a la normativa constitucional e infraconstitucional, mientras que en el apartado III veremos algunas cuestiones sobre el tratamiento que recibe la violencia familiar en el ordenamiento jurídico peruano, para finalmente –y tomando en cuenta lo señalado en los puntos anteriores– poder verificar en qué supuestos procede la detención policial por flagrancia delictiva en contextos de violencia familiar y en qué casos no tiene lugar.

II. La detención por flagrancia delictiva

Empecemos señalando que la detención es considerada como una medida de carácter cautelar personal –distinta a la prisión provisional y a la pena de prisión²– que supone la privación de la libertad ambulatoria por un determinado periodo. Implica tanto el impedir que una persona abandone un lugar como conducirla contra su voluntad a otro.

Como señala la doctrina, la detención es la medida cautelar personal que consiste en la privación breve de la libertad personal, limitada temporalmente con el fin de poner el sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal, manteniéndola por tiempo mayor (prisión provisional) o adoptando una medida cautelar menos grave o restableciendo el derecho a la libertad en su sentido natural³.

Una de las modalidades de la detención, es la que puede realizar el policía en casos de flagrancia delictiva⁴ prevista en el artículo 2.24. f) de la Constitución y en el artículo 259 del Código Procesal Penal.

Esta clase de detención es definida como:

“una medida cautelar realizada en función de incoación, preordenada a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar a la autoridad policial y consecuentemente fiscal, el primer sustrato fáctico respecto del hecho punible y de la posible participación del investigado en ella, para la incoación de las diligencias de investigación preliminar”⁵.

El tema central gira aquí sobre lo que cabe entender por flagrancia, por ello a continuación nos avocaremos a tal cometido:

Para la Real Academia de la Lengua Española, lo flagrante se presenta cuando algo se está ejecutando actualmente, en el mismo momento que el autor está cometiendo un delito es detenido sin poder huir. Esta definición nos permite apreciar que lo flagrante es aquello que se está llevando a cabo de forma actual e inmediata, sin lapso de tiempo.

Acorde con ello es correcto sostener –siguiendo a Rubio Correa⁶– que la situación de flagrancia se presenta mientras se está produciendo la comisión de la acción delictiva y hasta que el delincuente desaparece del lugar de los hechos, salvo que huyendo sea perseguido inmediatamente, caso en el cual la flagrancia permanece hasta que se lo pierde de vista.

En otras palabras, delito flagrante es una continuidad de hecho que va desde el inicio de los actos ejecutivos del ilícito penal hasta que el delincuente se separa materialmente de la escena del crimen y eventualmente de la inminencia de su captura si fuera perseguido⁷.

Del concepto esbozado se aprecia que la flagrancia implica una inmediatez temporal y personal con el hecho delictuoso. Y es precisamente estas dos notas características lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de libertad en los supuestos de flagrancia.

Aunque debe quedar claro que solo retrasa –y no elimina– la intervención judicial.

En ese orden, la detención policial –como medida cautelar– busca evitar la posibilidad de fuga o la elusión de los efectos de la justicia ante la demora que pueda justificar requerir al Poder Judicial la orden escrita y motivada que autoriza la detención⁸. Por ello, en clave constitucional, la breve privación de la libertad ambulatoria por un agente policial únicamente es legítima cuando exista la imposibilidad de obtener una orden judicial previa, que ocurre cuando se presenta una situación de flagrancia, que implica pues una inmediatez temporal y personal con algún suceso delictivo.

Es tal la relevancia de la inmediatez personal y temporal como elementos relevantes de la flagrancia que el Tribunal Constitucional las ha proclamado como requisitos insustituibles para la configuración de dicho instituto⁹.

La existencia de **inmediatez temporal**, significa que el delito se debe estar cometiendo o se deber haber cometido apenas momentos antes. Por ello el Tribunal Constitucional¹⁰

sostuvo en su momento, que capturar a una persona luego de 10 horas de sucedidos los hechos no cumple con el requisito de inmediatez

temporal exigido para considerar legítima la detención por flagrancia.

Y la **inmediatez personal**, significa que el presunto autor se encuentra en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del ilícito y se vincula al objeto o a los instrumentos del delito, de modo que ello ofrecería una evidente demostración de su participación en el evento delictivo.

Con respecto a la inmediatez personal, esta no supone ni implica que basta el solo hecho de haber estado físicamente por el lugar de los hechos, es decir la simple cercanía al lugar donde acontece un delito no es por sí misma elemento objetivo que configure la situación de flagrancia delictiva, pues con semejante criterio, todas las personas, incluyendo autoridades distintas a la interviniente, estarían inmersas en la pretendida flagrancia, sino que, por el contrario, tienen que aparecer otros elementos que relacionen a la persona con aquel suceso delictivo, por lo que no se debe detener por simples sospechas para luego investigar y que, en un caso así, ni la presencia del Ministerio Público convalidaría el acto de detención¹¹.

Un presupuesto adicional, no para la configuración de la flagrancia, sino para que proceda la detención policial por flagrancia es la necesidad urgente de ello (**necesidad urgente de la intervención policial**). De tal modo, que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el hecho concreto se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente¹².

Sobre ello el Tribunal Constitucional en la sentencia en comento ha sostenido que: “[L]a flagrancia es un instituto procesal con relevancia constitucional que debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso respecto de su autor. Así, la flagrancia se configurará cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando

o que se acaba de realizar instantes antes, situación en la que, por su particular configuración, es necesaria la urgente intervención de la policía para que actúe conforme a sus atribuciones.

En este sentido, lo que justifica la excepción al principio constitucional de la reserva judicial para privar de la libertad a una persona es la situación de particular urgencia que, en el caso, concurriendo los requisitos de la inmediatez temporal e inmediatez personal de la flagrancia delictiva, comporta su necesaria intervención policial”13.

De esta forma el Tribunal Constitucional ha señalado, en otra oportunidad, que:

“La intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia”14.

Al respecto, Oré Guardia y Loza Ávalos15

discrepan de la postura del Tribunal Constitucional, por cuanto consideran que la urgencia (para la evitación de la vulneración al bien jurídico en los casos en los que se cumplen los requisitos de la flagrancia) es latente. Y es que, como se sabe, en este tipo de delitos, la situación antijurídica se mantiene mientras se prosiga voluntariamente con la conducta criminal, por tanto, la vulneración al bien jurídico persiste en el tiempo lo que hace necesaria la intervención a fin de evitar que se siga realizando el actuar delictivo cuya comisión es evidente. Por ejemplo, en el caso del delito de secuestro, que es un delito permanente, la situación antijurídica persiste mientras no se libere a la víctima.

Así, en el supuesto de que la policía advierta con certeza que una persona está secuestrada en una casa no es necesario solicitar y esperar una respuesta de la autoridad judicial para ingresar al inmueble, rescatar a la víctima y detener a los responsables. Dicha autoridad puede (capacidad individual de evitar riesgos) y debe (deber de garante) ingresar a dicho lugar, liberar al secuestrado y detener a los responsables.

Los citados autores señalan que lo mismo se presenta en los casos de tenencia ilícita de armas, de drogas y de contrabando, más allá que lo vulnerado sean bienes jurídicos de carácter colectivo (seguridad pública y salud pública, respectivamente) e institucional (correcto funcionamiento de la administración tributaria), pues la ley no hace distinciones:

se refiere a la detención de flagrante delito16.

Por otra parte, del concepto que nosotros hemos adoptado sobre la flagrancia se tiene que tal definición, por un lado, abarca el momento en que el autor o los partícipes están cometiendo el delito, lo que incluye a todos los actos punibles del *iter criminis*.

De ahí que los actos de inicio de ejecución (aquellos posteriores a los actos de preparación y con los cuales empieza la tentativa)

son actos que quedan abarcados por el concepto de flagrancia, pues los actos de inicio de ejecución, a diferencia de los actos de preparación, son ya punibles de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16

del Código Penal. Aquellos actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito deben ser igualmente incluidos en la flagrancia. Esto último obedece a razones de política criminal, que implican que, por ejemplo, los agentes policiales tienen la facultad y el deber de detener a quienes, habiendo ya asaltado el banco, huyen con el botín17.

La apreciación de la flagrancia corresponde –como sostiene Meini Méndez¹⁸– a quien hace efectiva la detención, es decir, al miembro de la Policía Nacional del Perú que efectúa la detención. Por eso, cuando el efectivo policial cree erróneamente que concurre flagrancia, se dará el supuesto del error de tipo del artículo 14 primer párrafo del Código Penal, cuya consecuencia jurídica es tornar en imprudente la infracción cometida con la detención.

Otro aspecto a considerar es lo referente a la “naturaleza” jurídica de los bienes jurídicos que al estar siendo vulnerados legitimarían la detención del agente que provoca tal afección.

Al respecto consideramos que la detención por flagrancia no se limita solo a los casos en los que se pone en riesgo o lesiona un bien jurídico individual. La normativa tanto constitucional como legal (CPP de 2004) no hacen diferencias, sino que se refieren únicamente a flagrantes delitos, lo que da cabida a que pueda detenerse a una persona cuando esté realizando actos ejecutivos de cualquier delito, sin discriminar si con tal conducta delictiva se están vulnerando bienes jurídicos individuales o colectivos, ni quiénes detentan su titularidad (particulares o Estado).

Aunque es común que los ejemplos tradicionales de detención en flagrancia describan casos de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos individuales, lo cierto es que un Derecho penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho no debe restringir los supuestos de detención en flagrancia a un grupo de delitos, sino que debe ampliarse a todos los que nuestro ordenamiento desvalora.

Detención que se dará, como se dijo, en los casos en los que concurren los otros requisitos de la flagrancia (inmediatez temporal y espacial, por ejemplo)¹⁹.

1. Definición legal de flagrancia en el CPP de 2004

El artículo 259 del CPP de 2004, al referirse a la detención policial, prescribe lo que debe entenderse por flagrancia. Dicho texto legal ha padecido de varias modificaciones que comprende verlas, para un mayor entendimiento de su redacción actual.

Originalmente el texto legal estipulaba lo siguiente:

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.
2. Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.
3. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad.

Ahora bien, la primera modificación al texto primigenio del artículo 259 del CPP del 2004

fue la efectuada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2007)²⁰, el que comprendía dentro de los supuestos de flagrancia delictiva a quien era encontrado con efectos o instrumentos procedentes del delito (o empleados para cometerlo) dentro de las 24

horas siguientes a su comisión; ampliando de esta manera los supuestos de flagrancia regulados en el texto constitucional peruano.

La segunda modificación se realizó a través de la Ley N° 29372 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de junio de 2009)²¹,

con la cual se retomó la redacción original del artículo 259, la que coincidía con la redacción del artículo 106, numeral 8 del Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638), que no llegó a entrar en vigencia en el Perú, salvo en algunos artículos.

Esta modificación legislativa precisaba que para que exista flagrancia, **la comisión del delito debía ser actual**, eliminando la posibilidad de efectuar un arresto ciudadano del sujeto que escapó y fue encontrado e identificado por la víctima, un tercero o un medio audiovisual, dentro de las 24 horas de producido el hecho delictivo; o que fue encontrado en ese plazo con instrumentos procedentes del delito o que pudieran sindicar su participación como probable autor o partícipe del mismo; supuestos que sí eran abarcados por el Decreto Legislativo N° 983 del 22 de julio de 2007.

La tercera y última modificación realizada por el legislador (actualmente vigente) fue la efectuada con la Ley N° 29569, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de agosto de 2010, la que retoma la redacción del Decreto Legislativo N° 983 y vuelve a ampliar los supuestos de flagrancia a los establecidos en dicha norma. Cabe resaltar que la disposición vigente elimina la posibilidad de ordenar una medida menos restrictiva que la detención para los casos en los que se tratare de una falta o un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de cárcel, y ya se hayan practicado los interrogatorios de la identificación y los demás actos de investigación urgentes; supuestos que fueron contemplados en todas las anteriores redacciones del artículo 259 del CPP de 2004. Así el texto vigente de dicho artículo es el siguiente:

La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quién sorprenda en flagrante delito. Existe flagrante delito cuando:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso²².

Nuestra norma jurídico-penal establece los conceptos de flagrancia propiamente dicha, cuasiflagrancia y flagrancia ficta. La flagrancia ficta en nuestro ordenamiento jurídico se plantea en los incisos tercero y cuarto de la ley; de los cuales surge la autorización para detener a una persona hasta por un plazo de 24 horas después de la realización del hecho punible.

El concepto de **flagrancia propiamente dicha** para efectos del CPP de 2004 es el que hemos anotado al principio de este apartado, esto es encontrar al justiciable realizando actos de ejecución propios del delito. En una expresión coloquial se puede decir que al presunto delincuente se le encuentra “con las manos en la masa”. Este concepto se corresponde con el inciso 1 del artículo 259

del citado código, que prescribe: El agente es descubierto en la realización del hecho punible.

Por otro lado, la **cuasiflagrancia** se presenta cuando el sospechoso inmediatamente después de realizar el hecho ilícito, emprende la huida y es detenido. En otras palabras, una persona – por encontrarse aún dentro de los alcances de la flagrancia– puede ser detenida aun después

que ejecutó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no le hayan perdido de vista y sea perseguido desde la realización del hecho delictivo.

Este concepto halla asidero en el inciso 2

del artículo 259 del CPP de 2004, cuando se establece que el agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.

Es una situación fáctica en donde el investigado ha dejado la escena del delito, pero ha sido identificado ya sea por la víctima, por tercera persona o a través de algún medio audiovisual u otro análogo que permita reconocerlo plenamente en su individualidad y diferenciarlo de otras personas²³.

Se trata de la zona límite entre la flagrancia estricta y la no flagrancia, que se produce cuando el imputado es perseguido inmediatamente después de cometer el delito, sin haber sido perdido de vista²⁴.

Finalmente la **flagrancia presunta o ficta**, se da cuando solo hay indicios razonables que permiten pensar que es el autor del delito.

Referida al individuo que no ha sido sorprendido ejecutando o consumando el hecho delictivo, y menos aún ha sido perseguido luego de cometer el ilícito, sino más bien que a dicho sujeto se le encuentra con objetos que hacen presumir la comisión de un delito.

Como se aprecia solo existen datos que hacen factible evidenciar que la persona es el sujeto activo de la acción, por lo tanto, desde esta perspectiva, al encontrarle en su poder el objeto robado o el arma usada para la consumación del hecho delictivo, implica una presunción de flagrancia²⁵. En tal sentido realmente no es una flagrancia, sino que se trata de una ficción de la ley para poder detener a una persona que no está comprendida en el supuesto de flagrancia, a fin de evitar que quede impune el delito. Este abarca a lo establecido en los incisos 3 y 4 del artículo 259 del CPP de 2004.

Consideramos que la ley penal debe describir como únicos supuestos para detener, los casos de flagrancia y cuasiflagrancia, a fin de no vulnerar derechos constitucionales, puesto que la naturaleza del concepto de flagrancia es la inmediatez (en la realización del hecho delictivo y en la captura o detención del presunto autor) y, con esta nueva definición (flagrancia ficta) se trastoca su esencia misma²⁶, pues tales requisitos ya no están presentes, por lo que para proceder a la detención solo se basa en presunciones.

III. La violencia familiar y la detención por flagrancia delictiva en contextos de violencia familiar en el ordenamiento jurídico peruano

La violencia familiar en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulada en la denominada Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar (Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260) la que define, en su artículo 2, a la violencia familiar como, "cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual que se produzcan entre:

a) Cónyuges, b) Excónyuges, c) Convivientes, d) Exconvivientes, e) Ascendientes, f) Descendientes, g) Parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, h) Quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, i) Quienes hayan procreado hijos en común, independientemente de que convivan o no, al momento de producirse la violencia y j) Uno de los convivientes y los parientes del otro hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, en las uniones de hecho".

En esta ocasión, no nos detendremos a analizar sobre los aciertos y falencias de tal definición, por no ser el lugar para ello. Si conviene señalar que de tal definición se puede inferir que

diversos comportamientos prohibidos por la ley penal, pueden quedar subsumidos en la ley de violencia familiar, sin embargo no todo delito es violencia familiar, ni todo acto de violencia familiar puede ser reconducido a un tipo penal. Con lo cual queda a todas luces claro que los actos de violencia familiar de por sí no son delito. En el momento actual ninguna ley peruana considera como delictivo un acto de violencia familiar.

Con lo que acabamos de decir no estamos minimizando la violencia familiar, pues al igual que muchos consideramos que este es un grave problema que afecta en un grado muy alto a la sociedad, y que en tal sentido deben plantearse y replantearse alternativas de solución para combatir y disminuir los índices de violencia familiar. Es más actualmente se discute sobre la pertinencia o no de criminalizarla en nuestro ordenamiento jurídico. Lo único que pretendemos dejar en claro es que actualmente la violencia familiar no es delito, y por lo tanto en estricto respeto a la norma constitucional no puede haber detención policial por flagrancia de violencia familiar, sino solo por actos delictivos, los mismos que pueden presentarse en un contexto de violencia familiar.

A mayor abundamiento tenemos que la ley de protección contra actos de violencia familiar, no sanciona con penas o medidas de seguridad a los agresores de violencia familiar.

Entonces, como ha quedado dicho en el apartado anterior la violencia familiar en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra criminalizada²⁷, es decir no existe normativa alguna sobre delitos de violencia familiar, por lo que resulta equivocado hablar de “delitos de violencia familiar”.

Sin embargo, si es considerada expresamente como una circunstancia de agravación de algunos tipos penales en particular como, por ejemplo, el prescrito en el artículo 121-B del Código Penal, que regula una forma agravada del delito de lesiones graves, precisamente porque estas se producen dentro de una violencia familiar. Queda claro que el delito son las lesiones graves, y la violencia familiar es la circunstancia por la cual el legislador ha considerado que de presentarse dicha circunstancia, aquel delito (lesiones graves) merezca una mayor reproche penal.

Igual sucede con el artículo 122-B del mismo cuerpo normativo, que regula una forma agravada del delito de lesiones leves, y que el legislador estipula precisamente como una forma agravada porque dicho delito de lesiones leves, se produce en un contexto de violencia familiar. Lo que acabamos de señalar se puede observar, con igual claridad, en el artículo 108-B del Código Penal, por el cual se estará ante el delito de feminicidio, cuando el agente haya dado muerte a una mujer en un contexto de violencia familiar, entre otros contextos.

Entonces si tenemos que de acuerdo a lo estipulado en la Constitución Política (artículo 2, inciso 24, literal f) y el Código Procesal Penal de 2004 (artículo 259) solo puede darse una detención policial, sin autorización judicial, en casos de flagrancia delictiva, es decir cuando se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes un delito, no se puede más que decir no se encuentra legitimada la detención que realice el efectivo policial en casos de flagrancia de violencia familiar, puesto que si bien está la flagrancia y se presenta una conducta que es contraria al ordenamiento jurídico, y por ende es ilícita, sin embargo esta ilicitud no es jurídico-penal, en otras palabras no es delito, presupuesto único que –según la Constitución Política– habilita la detención policial sin autorización judicial, en casos de flagrancia. Enfatizamos una vez más, aun a costa de sonar repetitivos, que debe haber por un lado flagrancia, y por otro lado, debe tratarse de un delito, es decir debe existir la flagrancia de algún delito y la violencia familiar por sí misma no es delito en el contexto actual de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto no es legítima la detención policial por actos flagrantes de violencia familiar.

Ahora bien, puede ocurrir, que en ese contexto de violencia familiar se presente alguna figura delictiva como, y solo por citar un ejemplo, lesiones leves o graves, caso en el cual la policía sí se encontraría habilitada para detener al agresor, pero no por la flagrancia de violencia familiar, sino por la flagrancia del delito que se estuviera pudiendo presentar, siguiendo con el ejemplo propuesto, el de lesiones. Que la flagrancia del presunto delito, haya ocurrido en un contexto de violencia familiar, es solo circunstancial y solamente dicho contexto de violencia familiar

podrá ser utilizado en su momento por el juez para determinar la agravación de la pena a imponer, en los casos expresos en que tal situación esté prevista como circunstancia agravante del delito cometido, como puede ser el de lesiones –ya sea graves o leves–, pero si no está prevista como agravante –como puede ser en el caso en que se esté ante el delito de secuestro– entonces el contexto de violencia familiar deviene en irrelevante en sede jurídico-penal.

Es, pues, bajo esta idea que debe interpretarse el artículo 8 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (Decreto Supremo N° 002-98-JUS), bajo el principio de concordancia con la Constitución. Es más la redacción de esta normativa es bastante clara en este sentido. Así, se señala textualmente que:

“En caso de flagrante delito o de grave peligro de su perpetración, la Policía Nacional esta facultada para allanar el domicilio del agresor, si los hechos se producen en su interior, y/o detenerlo, dando cuenta en este último caso al Fiscal Provincial en lo Penal. (...)”²⁸.

Como se observa, este reglamento, en primer lugar, no dice que la violencia familiar sea delito. En segundo lugar, tampoco establece que la Policía pueda allanar el domicilio del agresor si se presenta cualquier situación de violencia familiar, sino que prescribe que si en dicha situación de violencia familiar se presenta un caso de flagrante delito o de grave peligro de su perpetración, la Policía Nacional está facultada para allanar el domicilio del agresor. Y está facultada para realizar tal allanamiento no por la situación de violencia familiar, sino por presentarse el caso, de que en dicho contexto, se da un flagrante delito o de grave peligro de su perpetración.

En otras palabras el allanamiento de producirse, debe estar basado, no en el cuadro de violencia familiar, sino en la presencia de la flagrancia de algún delito.

Esto resulta más entendible, cuando se toma en cuenta que el mencionado artículo 8 del reglamento citado señala que de darse este último caso (flagrante delito o grave peligro de su perpetración) la Policía Nacional debe dar cuenta de ello al Fiscal Provincial Penal, y es que como sabemos este fiscal solo se encarga de investigar si realmente se ha producido algún delito, pero no es competente para atender si hubo o no violencia familiar, pues de esto último se encarga la Fiscalía de Familia. Son dos aspectos distintos, por ello en el artículo 10 del mismo reglamento se manifiesta que los actuados realizados por la Policía serán remitidos al Fiscal Provincial de Familia y al Fiscal Provincial en lo Penal, en caso de delito, a fin de que procedan con arreglo a sus atribuciones.

Tratar de entender de otro modo al Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, como si dicha norma infraconstitucional prescribiera la posibilidad de que la policía pueda detener, sin autorización judicial, cuando se presente conductas flagrantes de violencia familiar, sin importar si dicha conducta a su vez pueda ser subsumida en un tipo penal, como parece hacerlo el Tribunal Constitucional en el caso en comento, sería restarle legitimidad y no solo ello, sino ponerla en una perspectiva contraria a la propia Constitución, haciendo inaplicable a la norma infraconstitucional.

Entonces, en casos como el presente, donde se discute si se trató de una detención policial arbitraria en un contexto de violencia familiar, no basta con analizar si hubo flagrancia de cualquier conducta ilícita, sino a su vez determinar si esa flagrancia era de una “conducta delictiva”. Se trata de dos criterios interrelacionados (flagrancia de un delito).

En el caso en concreto, pareciera que superficialmente se analiza la presencia de los dos criterios anotados, pero se comete el error de señalar que existe flagrancia del “delito de violencia familiar”, lo que –como ya hemos dicho– en nuestro ordenamiento jurídico la violencia familiar por sí misma no es delito.

Debe quedar claro que, en el caso en concreto sobre el versa la resolución del Tribunal Constitucional, no se niega que la conducta del sujeto agresor pueda ser considerada como

violencia familiar, y que en el momento en que intervino la policía, dicho sujeto se encontraba in fraganti cometiendo tal acto violento, sin embargo, ello no legitima de por sí la detención policial, pues esta solo queda habilitada –y lo decimos una vez más–

cuando se trate de que esté cometiendo in fraganti un acto delictivo. Y en el caso en concreto, no se menciona en qué figura delictiva podría estar incurriendo el agresor.

Bueno se señala que se estaría ante un “delito de violencia familiar” pero como ya hemos señalado en nuestro ordenamiento jurídico no existen tales “delitos de violencia familiar”.

Es más un alto porcentaje de aquellas conductas calificadas como de violencia familiar terminan siendo determinadas como faltas contra la persona, y otro grupo de tales conductas no son vistas ni como faltas ni como delitos.

En el caso en comento, era deseable que el Tribunal analice con mayor detalle el tema que llega a su sede, y exponga razonadamente y de manera suficiente si la detención policial se produjo en la creencia de que hubo una flagrancia de algún delito (como podrían ser lesiones o secuestro quizás) en esa presumible situación de violencia familiar, pero señalar que efectivamente se presentó esta, lo cual puede haber sido cierto y lo cual no se discute en este comentario, y que ello basta para legitimar la detención policial por flagrancia, es incorrecto, pues la presencia de violencia familiar no habilita dicha detención, conforme a lo prescrito en la norma constitucional.

Es cierto que el Tribunal Constitucional no es el órgano encargado de determinar qué delito se pudo haber cometido, pues ello le corresponde a la justicia ordinaria, sin embargo sí puede y debe analizar si en las detenciones realizadas por la policía, sin autorización judicial, alegando flagrancia, se refieren a la probable comisión de algún delito y no simplemente detenerse en que hubo flagrancia sin verificar ante qué tipo de flagrancia estamos, lo cual es importante por cuanto es solo la flagrancia delictiva la que habilita la detención policial sin mandato judicial.

El supremo intérprete de la Constitución debió analizar desde el prisma de la debida motivación, si en sede ordinaria se expuso que la detención realizada por la policía se debía a la presencia de la flagrancia de un delito, y no solo por la presencia de un posible cuadro de violencia familiar. En otras palabras el Tribunal Constitucional no tiene que determinar qué delito se pudo haber cometido, pero sí evaluar si la justicia ordinaria expuso adecuadamente las razones respecto a si en el caso concreto se presentó la flagrancia de algún delito. Sin embargo, el Tribunal Constitucional omite tal análisis, o lo que es más cae en el error de considerar que la violencia familiar es un delito, y por considerarla como delito entonces llega a la conclusión de que la detención realizada por la Policía era conforme a lo prescrito en la Constitución.

* Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Especialista en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la misma casa de estudios. Socio fundador y responsable del área penal del Estudio Villegas Paiva-Consultores & Abogados.

** Egresada de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Gobernabilidad en la escuela de posgrado de la misma casa de estudios. Asistente en Función Fiscal de la Cuarta Fiscalía Provincial de Familia del Distrito Fiscal de Lambayeque.

1 En la misma confusión parece incurrir también algún sector de la doctrina, así véase: GUTIÉRREZ CANALES, Raúl. “Los requisitos de la flagrancia en la comisión de los delitos de violencia familiar y su revisión en el proceso de hábeas corpus”. En: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional. Tomo 88, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2015, p. 79 y ss.

2 Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2001, p. 267;

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2010, pp. 323, 326; MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal*. Tomo V, Tirant lo Blanch, Madrid, 1999, p. 1549.

3 Cfr. VARONA VILAR, Silvia. “El proceso cautelar”. En: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y VARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional. Tomo III: proceso penal*. 10ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 447.

4 La otra modalidad es la detención preliminar judicial, la misma que debe ordenar el juez, a solicitud del fiscal, mediante mandato escrito y debidamente motivado. Ello conforme al artículo 2, inciso 24, literal f de la Constitución Política y al artículo 261 del Código Procesal Penal de 2004. Existe cierta polémica en torno a la legitimidad del arresto ciudadano (artículo 260.1 del CPP de 2004), en cuanto para algunos es una forma de detención, y por lo cual contravendría la Constitución que solo habilita dos formas de detención (detención mediante mandato escrito y motivado del juez y detención policial por flagrancia delictiva). Sin embargo, el arresto ciudadano no constituye en stricto sensu una forma de detención, sino que se trata de una medida de restricción menos lesiva que aquella, restricción que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 2.24.b de nuestra Carta Magna, en la cual se prescribe que solo se permiten restricciones a la libertad personal cuando estén previamente establecidas por la ley. De esta manera no existe contradicción alguna con el artículo 2.24.f de la Constitución, pues bajo el razonamiento señalado queda claro que existen solamente dos modalidades de detención conforme a esta última estipulación constitucional: detención preliminar judicial y detención policial, mientras que el arresto ciudadano se constituye en una medida restrictiva de la libertad menos intrusiva que la detención y de brevísima duración. Y además el arresto ciudadano solamente procede también ante la flagrancia de un ilícito penal, y no ante cualquier acto ilícito.

5 CÁCERES JULCA, Roberto. *Las medidas cautelares en el nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos constitucionales, formales y su praxis jurisprudencial*. Jurista Editores, Lima, 2006, p. 102.

6 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999, p. 497.

7 En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al sostener que: “(...) la flagrancia debe entenderse como una evidencia del hecho delictuoso, por lo que solo se constituirá cuando exista un conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible que se viene realizando o que se acaba de realizar. La mera existencia de sospechas o indicios no es un elemento para constituir la flagrancia” (STC Exp. N° 05423-2008-PHC/TC, f. j. 10).

8 CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo. “Detención policial y configuración de la flagrancia. Análisis de la STC Exp.

N° 03325-2008-PHC/TC”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 22, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2009, p. 237.

9 Véase STC Exps. N° 1923-2006-HC/TC, ff. jj. 2, 4, 5 y 6; N° 1957-2008-PHC/TC, f. j. 6; N° 02194-2009-PHC/

TC, f. j. 5; N° 01871-2009-PHC/TC, f. j. 4; N° 03691-2009-PHC, f. j. 16; N° 05696-2009-PHC, f. j. 4.

10 STC Exp. N° 06142-2006-HC/TC, ff. jj. 5 y 6.

11 Véase STC Exp. N° 1324-2000-PHC/TC, f. j. 2.

12 Cfr. FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. J.M. Bosch, Barcelona, 1934, pp. 236 y 237.

13 STC Exp. N° 04630-2013-PHC/TC, f. j. 3.3.4.

14 STC Exp. N° 3691-2009-HC/TC, f. j. 18.

15 ORÉ GUARDIA, Arsenio y LOZA ÁVALOS, Giulliana. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Reforma, Lima, 2011, pp. 52-53.

16 *Ibidem*, p. 53.

17 MEINI MÉNDEZ, Iván. "Procedencia y requisitos de la detención". En: *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 294.

18 *Ídem*.

19 Cfr. ALCÓCER POVIS, Eduardo. "La detención en caso de flagrante delito y el Derecho Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 25, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2011, p. 302.

20 Con la referida modificatoria el artículo 259 del CPP de 2004 quedó redactado de la siguiente manera:

La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:

a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.

b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

2. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad.

21 Con la referida modificatoria el artículo 259 del CPP de 2004, quedó redactado de la siguiente manera:

1. La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.

2. Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo.

3. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, puede ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad.

22 Texto del artículo según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29569 del 25/08/2010.

23 Cfr. CÁCERES JULCA, Roberto. “La detención policial”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 7, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2010, pp. 244-251.

24 Cfr. RODRÍGUEZ SOL, Luis. *Registro domiciliario y prueba ilícita*. Comares, Granada, 1998, p. 116; GONZÁ-

LEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. “Entrada y registro en el domicilio”. En: *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 112.

25 Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Harla, México D.F., 1990, p. 504. En el mismo sentido SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 826.

26 En el mismo sentido PAZ PANDURO, Moisés. “La problemática actual de los delitos contra la libertad sexual.

Violación sexual de menor de edad y supuestos de su flagrancia delictiva”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 218, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2012, p. 142.

27 Una exposición de los criterios a favor y en contra de que se criminalice la violencia familiar en el ordenamiento jurídico peruano, con toma de postura a favor de este último criterio, puede verse en: SALAS BETETA, Christian y BALDEÓN SOSA, Teófilo. *Criminalización de la violencia familiar desde una óptica crítica*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2012, p. 178 y ss.

28 El resaltado es nuestro.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

JUECES DEBEN MOTIVAR POR QUÉ DAN CREDIBILIDAD SOLO A UNA PARTE DEL TESTIMONIO Y POR QUÉ DESCARTAN OTROS EXTREMOS

[-]

SUMILLA

La motivación en las resoluciones cuestionadas carece de “motivación interna en el razonamiento”, pues se verifica la invalidez de una inferencia realizada a partir de las premisas establecidas previamente por el juez. En efecto, el juzgador, tras admitir como premisa central la veracidad de todo lo dicho por la agraviada, descarta por completo aquella parte de su

versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de priorizar solo aquella parte de la declaración que sirve para incriminar a la encausada.

SUMILLA

Si bien el delito objeto de condena (violación sexual de menor) tiene prevista la pena de cadena perpetua, las sentencias no justifican los motivos por los que la acusada es sancionada con 30 años de pena privativa de libertad (que en la práctica y por sus efectos es igual de gravosa que aquella) y por qué no se optó por una pena menos intensa, conforme al principio de proporcionalidad (el cual fue apreciado solo de manera formal). Se trata, pues, de un supuesto de "motivación aparente", ya que no se expresan las razones mínimas que sustentan dicha decisión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Demandante : Constantina Palomino Reinoso

Materia : Hábeas corpus

Demandados : Jueces de la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba-Cusco

Fecha de publicación : 7 de marzo de 2015

REFERENCIAS LEGALES:

- Constitución Política del Estado: arts. 4 y 139 incs. 3, 5 y 22.
- Código Penal: arts. VIII, IX y 173 inc. 1.
- Código Procesal Constitucional: art. 5 inc. 1.

EXP. N° 08439-2013-PHC/TC-CUSCO

CONSTANTINA PALOMINO REINOSO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre del año 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores Magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Miranda Canales y el voto singular de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña, ambos que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Constantina Palomino Reinoso contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 260, su fecha 14 de octubre de 2013, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de setiembre de 2013, doña Constantina Palomino Reinoso interpone demanda de hábeas corpus contra los jueces superiores integrantes de la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-

Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, señores Trelles Sullá, Gamarra Flores y Araoz Maceda, y contra los jueces supremos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Villa Bonilla, a fin de que se declaren nulas las sentencias condenatorias emitidas con fecha 28 de enero de 2011 y 5 de agosto de 2011, emitidas por dichas salas, respectivamente.

Puntualiza la demandante que mediante la primera de las resoluciones citadas fue condenada como autora del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de diez años, a treinta años de pena privativa de la libertad. Recurrida esta, la Sala Suprema demandada declaró no haber nulidad sin otro raciocinio que el utilizado por la instancia inferior. A su entender, con los citados pronunciamientos judiciales se ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, específicamente en su variante de motivación resolutoria, al haberse razonado de manera incoherente ya que, pese haberse otorgado certeza a la totalidad de afirmaciones formuladas por la presunta agraviada, solo se han tornado en cuenta aquellas que directamente perjudican a la demandante, mas no así aquellas otras que, por el contrario, la favorecen o que vistas en su integridad conducirían a un resultado totalmente distinto a la incriminación de la que ha sido objeto. Afirma que, en tales circunstancias y al haberse procedido de manera totalmente arbitraria, es que solicita la nulidad de los pronunciamientos judiciales cuestionados.

Con fecha 11 de setiembre de 2013, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco declaró liminarmente improcedente la demanda, por considerar que lo que se pretende es un nuevo análisis y valoración de las declaraciones vertidas por las partes, lo que en buena cuenta implica la revaloración de las pruebas producidas. En tales circunstancias, se afirma en la misma resolución, que resulta aplicable el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, ya que los hechos cuestionados no se encuentran referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

A su turno, la recurrida, por resolución de fecha 14 de octubre de 2013, confirmó la apelada, por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio 1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar la sentencia condenatoria emitida con fecha 28 de enero de 2011 por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, así como su confirmatoria de fecha 5 de agosto de 2011 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por considerar que con los citados pronunciamientos judiciales se vulnera el derecho fundamental al debido proceso; específicamente en su variante de motivación resolutoria.

El derecho de defensa de los emplazados y la posibilidad de un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal considera pertinente puntualizar las razones por las que, pese a no haberse emplazado a los demandados, opta por emitir un pronunciamiento de fondo sin necesidad de retrotraer el proceso y reconducirlo al momento del emplazamiento con la demanda.

3. En efecto, si bien en el contexto de esta omisión procesal podría asumirse que un pronunciamiento inmediato y sobre el fondo de la materia controvertida, no tomaría en cuenta el derecho de defensa de las autoridades judiciales demandadas y de aquellas personas respecto de las cuales las sentencias cuestionadas pudiesen repercutir sobre sus intereses, tal consideración puede ponderarse de manera distinta frente a la constatación de determinados hechos con los que asumimos la dilucidación del presente caso.

4. Tales hechos son los siguientes: **a)** las autoridades judiciales demandadas sí han visto representados sus derechos, pues el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial se apersonó al proceso, tanto en la etapa judicial como en la correspondiente al Tribunal Constitucional, conforme se aprecia de fojas 237 a 238 de los autos y de fojas 10 a 11 del cuadernillo especial, lo que supone que tuvo acceso directo al expediente y al ejercicio irrestricto de todos los atributos procesales que pudiesen haber convenido a los intereses que representa;

b) Si bien la demanda de hábeas corpus pudo haber sido puesta en conocimiento de doña Lourdes Huamán Madera en su condición de representante de la menor de iniciales N.G.H., ello resulta innecesario pues lo que se cuestiona en esencia es la motivación de las resoluciones judiciales que condenaron a la ahora demandante, las que, en todo caso y por sí mismas, expresan en su contenido la posición asumida por dicha parte procesal durante la secuela del proceso penal en donde fueron emitidas, al punto que, incluso, las principales piezas del citado proceso obran en el expediente constitucional, entre las que por cierto figuran las declaraciones de quienes se constituyeron como parte agraviada;

y **c)** La demanda interpuesta tampoco pretende la superposición de competencias con la justicia ordinaria, en la lógica de pronunciarse sobre la responsabilidad o no que en términos penales pudiera corresponderle a la demandante de la presente causa, pues simplemente se limita a verificar si la alegada vulneración del derecho a la motivación resolutoria, se ha producido o no, lo que desde todo punto de vista resulta una competencia constitucional y, por tanto, legítimamente reconducible al ámbito del proceso constitucional.

5. A mayor abundamiento, se advierte que en el caso de autos existe necesidad de pronunciamiento inmediato, habida cuenta que la persona que plantea la presente demanda ya se encuentra privada de su libertad, a instancias de resoluciones judiciales cuyo eventual o imputado carácter arbitrario precisamente corresponde a este Tribunal definir, a la luz de las argumentaciones vertidas en la demanda y de lo que aparece objetivamente en el contenido de las mismas. En tales circunstancias, la prolongación en la restricción de un derecho como la libertad individual, implica pues una definición impostergable;

máxime en circunstancias en que las resoluciones judiciales que la sustentan son severamente cuestionadas por la favorecida, como se desprende de los argumentos descritos en la demanda.

6. Por consiguiente, asumida una posición como la descrita en un contexto de tutela preferente, estimamos plenamente legítimo pronunciarnos sobre el fondo de la materia controvertida, en aras de determinar si se ha producido o no la vulneración del derecho fundamental alegado por la recurrente.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y sus alcances

7. Este Tribunal ha dejado establecido, a través de su jurisprudencia (Exp. N° 1480-

2006-PA/TC), que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión.

Esas razones, (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios”.

8. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha hecho especial hincapié en el mismo proceso que “(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a

la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, unas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo, donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

9. Por lo mismo y como también ha quedado explicitado en posteriores casos (Exp.

Nº 0728-2008-PHC/TC), el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

10. Precisamente por ello, se ha señalado desde muy temprano (Exp. Nº 3943-2006-

PA/TC) que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.*

La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa;*

justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional, cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos *difíciles*, como los identifica Dworkin. Es decir, en aquellos casos donde suelen presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones.

Si un juez, al fundamentar su decisión:

1) ha establecido la existencia de un daño;

2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez (constitucional) por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que enfatizar en este punto, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a este, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales;

bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso.

Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente.*

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar sin atención las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) *Motivaciones cualificadas.* Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad.

En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

11. En el contexto de las exigencias que involucra el derecho a la debida motivación, cabe entonces preguntarse qué es lo que dicen las resoluciones judiciales objeto de cuestionamiento y si es cierto o no que afectaron el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado o, lo que es lo mismo, si adolecieron de vicios como los aquí descritos.

Análisis de las resoluciones judiciales cuestionadas

12. De acuerdo con lo que aparece textualmente en la sentencia condenatoria emitida con fecha 28 de enero de 2011 (fojas 150 a 164 de los autos) por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención:

“La acusada Constantina Palomino Reinoso en su declaración ante la policía...

instructiva... así como en el juicio oral, manifiesta que cuando ocurrieron los hechos trabajaba como empleada de hogar en el domicilio del señor Nicamedes Madera Atauchi (...) y que el día 27

de agosto de 2007 cuando estaba en la cocina escuchó un grito, y al salir, rápidamente vio a la menor agraviada tirada en el piso llorando, y le dijo que le dolía su potito, y como vio que se orinó, le quitó su calzoncito viendo que tenía una machita (sic) de sangre que le salía de su vagina, se asustó por lo que le hecho (sic) agua para lavarle y luego limpiarle con su misma ropa interior, de allí la lleva al pasadizo donde había un sofá, encontrando una ropa interior con la cual le ha cambiado, preguntándole a la niña si le dolía su parte interior (vagina)

quien manifestó que ya no por lo que empezó a caminar, pasando unos minutos se durmió en el sofá, retornado a la cocina a realizar sus labores, llegada las 17.30 horas para retirarse de su trabajo, la menor seguía durmiendo, por lo que optó por llevarla a su habitación que se encuentra en el primer piso, entregándosela a su tía Indira Lovón Madera quien se encontraba con su compañera Luz

Yalanda, manifestándole que le estaba trayendo porque se durmió, así como se cayó (sic) saltando de la canasta de ropa y posiblemente se haya golpeado en el banco su parte íntima, retirándose”

(2.2.).

Sin embargo, la misma resolución judicial opta por considerar que la antes citada versión:

“(...) no merece crédito pues la menor agraviada, tanto a nivel policial –en presencia del representante del Ministerio Público (sic)– como Judicial, narró de manera coherente y uniforme en lo sustancial, la forma en que la acusada la agredió sexualmente, precisando con palabras propias de su corta edad y con ademanes, que esta le ha metido la uña a su vagina, que le ha hecho doler fuerte y por eso lloró mucho, luego de lo cual le lavó su parte íntima con agua caliente (...)” (2.3.).

Similar consideración se utilizará más adelante al agregar que:

“De todas las declaraciones de la menor agraviada se observa que esta en forma persistente y coherente a pesar de su corta edad ha relatado con lenguaje coherente y con señas y ademanes, de manera pormenorizada los hechos en su agravio”

(2.10.).

Es pertinente sin embargo, advertir, que en la misma sentencia se hace referencia a un documento especialmente gravitante como el Protocolo de Pericia Psicológica N° 007568-

2008-PSC de fecha 28 de agosto de 2008. De acuerdo con el mismo se establece que:

“(…) en el acápite motivo de evaluación, literal A, relato, la niña refiere ‘la Tina cuando yo me senté en una silla alta, me he caído de la silla y pum... me ha aplastado la silla alta, y me ha cargado la Tina y me ha metido la uña a mi vaginita, y luego me ha lavado con agua caliente mi vagina y no me di cuenta y he llorado, me dijo que mi mamá no iba a regresar nunca más, no me dijo nada más y eso pasó una vez, la Tina era una persona mala es que yo me caí de la silla alta y luego me duele, a una escalera alta, y luego mi mamá me buscó y le conté y mi mamá le ha pegado a la Tina con la silla y ella dijo que no me había hecho nada y los policías le han llevado a la Tina’, de este relato se desprende efectivamente que la menor señala que cayó de una silla alta, pero también de que ‘Tina’ “(…) es una persona mala y que le ha metido la uña a su vaginita (...)” (2.14).

13. Por su parte y conforme se señala en la ejecutoria emitida con fecha 5 de agosto de 2011 (fojas 168 a 174 de los autos) por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se deja claramente establecido:

“Que tanto el delito y la responsabilidad penal de la procesada, se acreditan con la sindicación coherente, uniforme y persistente que le formula la menor agraviada de iniciales A.N.G.H. quien en su referencial policial de fojas cinco –respuestas a la pregunta dos–, y referencial judicial de fojas treinta y seis –respuestas a la pregunta cinco– ambas con presencia del señor Fiscal Provincial y de su señora madre, manifestó que ‘Tina’, como denominaba a la acusada, era una bruja y que le había tocado su cosita con su mano y con su uña le ha metido a su vagina y le hizo doler fuerte, que le quitó su calzón que estaba manchado de sangre” (fundamento tercero).

Dilucidación de la controversia desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones

14. Analizados los extremos considerativos de las resoluciones objeto de cuestionamiento, se puede desprender con meridiana claridad de que para ambas, la versión que sobre los hechos investigados maneja la recurrente resulta desestimable, es decir, “no merece crédito”, mientras que la versión que sobre los mismos hechos sustenta la menor agraviada, resulta perfectamente creíble habida cuenta de su carácter “coherente”, “uniforme”, y “persistente”. En otras palabras, mientras la primera versión es objetable y no responde a lo que supuestamente ocurrió, la segunda en cambio, es absolutamente veraz y describe lo que realmente aconteció.

15. Si se acepta como legítimo el discurso argumentativo formulado por las resoluciones judiciales aquí analizadas, ello significaría que la versión de la menor agraviada sería pues sin duda alguna, cierta en su totalidad o en cada uno de sus extremos, no siendo procedente o bajo ninguna hipótesis, excepción de veracidad alguna, ya que la versión de la demandada se asume como falsa por donde quiera que se le mire.

16. Ocurre sin embargo que de asumirse la premisa aquí descrita como cierta, como por lo demás parecen entenderlo los pronunciamientos objetados, no termina de entenderse cómo así se desestima la parte de la versión de la recurrente de hábeas corpus en la que literalmente o en sus rasgos esenciales coincide con lo expresado por la menor agraviada.

17. En efecto, la versión de la demandante de hábeas corpus tiene dos momentos. Uno primero en el que se afirma que encontró a la menor agraviada lastimada, aparentemente por haberse caído de alguna superficie alta y uno segundo, en el que se alega que procedió a revisarla por haberse orinado, habiéndole quitado efectivamente su prenda interior por encontrarse manchada de sangre. A su turno, la versión de la menor agraviada, también consta de dos momentos, uno primero en el que la pequeña afirma que se cayó de una silla y uno segundo en el que señala que la recurrente la revisó introduciéndole la uña en sus genitales. En otros términos, inicialmente ambas versiones coinciden en lo esencial, en lo que en cambio difieren, es en el desenlace de los hechos, pues lo que para la demandante de hábeas corpus acaba en un acto de atención y buena voluntad, para la menor culmina con un comportamiento de agresión sobre su integridad física.

18. El problema con las resoluciones objeto de cuestionamiento es que estas parten de una premisa que luego, ellas mismas acaban por distorsionar. La citada distorsión consiste en darle veracidad a la totalidad de la versión de la menor agraviada, para posteriormente resaltar como único hecho relevante o posible de haber acontecido; el momento de la agresión. No valorar y por el contrario ignorar, que antes de la supuesta agresión hubo un momento clave que consistió en la caída de la menor al piso, termina siendo gravitante pues podría haber explicado muchas cosas y colocado en escenarios diferentes a la agresión con todas las connotaciones que finalmente se le otorgan. Por ejemplo, hubiera explicado por qué la recurrente de hábeas corpus se vio en la necesidad de examinar a la menor tras su caída al piso; el porqué de los propios gritos de la menor; si la agresión que efectivamente se produjo, fue resultado de un comportamiento doloso o en cambio, de una actitud de impericia por parte de la recurrente al tratar de atender a la menor; etc.

19. Este Colegiado, como parece obvio resaltar, no es instancia penal donde puedan debatirse las circunstancias supuestas o reales en las que se perpetró un delito, pero en cambio sí es un órgano en el que a la luz de los derechos constitucionales, se dilucida sobre si estos fueron o no respetados.

Y para este Tribunal queda claro que la motivación utilizada por las resoluciones objeto de cuestionamiento adolece de falta de motivación interna en el razonamiento que es precisamente una de las exigencias que impone el contenido esencial del derecho a la motivación resolutoria. En efecto y como ya se ha resaltado, cuando existe invalidez

de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión, estamos ante un primer supuesto de falta o ausencia de motivación interna del razonamiento y en el presente caso, es precisamente ello lo que ocurre, cuando tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dice la agraviada, se descarta por completo aquella parte de la versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para incriminar.

20. Las observaciones en torno a defectos como los que aquí se describen, no son por cierto un asunto baladí, pues como enseguida se pasará a examinar, estamos hablando de una motivación en la que pretende sustentarse una condena de suyo gravosa, como la que finalmente se le ha terminado aplicando a la demandante. Para este Tribunal, como para cualquier órgano que administra justicia constitucional, es pues un axioma indiscutible que mientras más restrictiva o severa pueda resultar una medida judicial, tanto más cualificada debe ser la motivación en la que pretenda respaldarse. Lamentablemente, de lo que se observa de ambas resoluciones cuestionadas, la coherencia argumentativa no parece ser el mejor referente, lo que enerva en gran medida la legitimidad del resultado en el que finalmente desembocan.

21. Desde la óptica de este Tribunal, las instancias de la justicia penal, no han reparado pues en su propia incongruencia a pesar de haber sido alertadas por la actual demandante de hábeas corpus sobre la existencia de tal vicio. Al no haber subsanado los errores oportunamente denunciados, no cabe la menor duda que han desnaturalizado uno de los componentes esenciales del derecho a la motivación resolutoria. En tales circunstancias y sin perjuicio de que se rescate la plena autonomía de la justicia penal para decidir sobre la responsabilidad o no de la actual recurrente de hábeas corpus en relación con los cargos que se le imputan, este Colegiado deberá acoger la pretensión de la demandante respecto a la tutela del derecho constitucional reclamado dentro de los parámetros descritos por la presente sentencia.

El juicio de proporcionalidad como referente de los procesos penales. Su relación con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales

22. Aunque se ha dicho una y otra vez que la justicia penal es totalmente autónoma para decidir meritar los hechos constitutivos de una incriminación, en función de los parámetros de la ley penal, decidir la alternativa sancionadora que las leyes penales prevén dentro del elenco medidas punitivas para toda clase de delito, no significa, ni debe entenderse, como una

competencia que faculte al juzgador penal a prescindir del respeto por los derechos fundamentales y los principios que le sirven de soporte. Es un hecho que al igual que el juez constitucional, el juez ordinario no solo se encuentra obligado a conocer la Constitución, sino a defenderla desde la perspectiva de sus contenidos.

23. Toda potestad punitiva implica, como es obvio suponer, restricciones de derechos en mayor o menor medida. Siendo ello así, es evidente que en cada oportunidad en que la misma es ejercida, existe la posibilidad de una eventual afectación de derechos. En el contexto descrito y si el ejercicio de la citada potestad fuese asumida como un ámbito en el que no cabe ningún tipo de control o fiscalización, habría que asumir que la Constitución y su cuadro de derechos podrían verse virtualmente inutilizados, lo que en rigor no se compadece con el carácter vinculante de la norma constitucional.

24. Este Tribunal entiende que uno de los principios constitucionales que de ninguna manera puede encontrarse exento de aplicación en la justicia penal, es el de proporcionalidad, pues en la medida en que toda alternativa punitiva implica merituación de sanciones a partir de la naturaleza y la magnitud de los bienes jurídicos que fueron infringidos, queda claro que la legitimidad de la decisión emitida por la justicia penal, reposa en un adecuado uso de dicho principio.

La prescindencia del mismo, conduce a resultados reprochables no solo en términos de justicia penal, sino y por sobre todo, de respeto a los propios derechos fundamentales, pues una cosa es restringir la libertad a título de una pena bien aplicada y otra distinta afectarla por una medida sancionadora excesiva o errada.

25. La mejor manera (aunque por cierto, no la única) de verificar si una pena, como medida restrictiva de derechos, ha sido bien impuesta en términos no de una justicia penal, sino de respeto a los derechos fundamentales, pasa por indagar si las razones utilizadas en la sentencia que establece una condena fueron o no suficientes para sustentarla. Solo así podrá comprobarse si la magnitud de una pena va de la mano con la naturaleza de los hechos imputados y si por consiguiente, se hizo una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al momento de aplicarse la pena.

Los defectos en la utilización del juicio de proporcionalidad en el presente caso

26. En el caso que nos ocupa, este Tribunal advierte que de acreditarse que no hubo delito, no le correspondería a la recurrente ningún tipo de condena y ni siquiera sería necesario analizar la controversia planteada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Sin embargo y de presentarse lo contado, es decir, de acreditarse algún tipo de responsabilidad, conviene indagar si el modelo a utilizarse iría de la mano con la manera como se ha resuelto en el proceso cuestionado.

27. De acuerdo con lo que aparece en los autos puede apreciarse que las resoluciones objeto de cuestionamiento adolecen de defectos en la motivación no por el hecho de que el delito que ha sido investigado no resulte grave en abstracto y de acuerdo a las previsiones de nuestra normativa penal, sino porque con independencia de la incoherencia interna que ya ha sido aquí analizada, no justifican directamente los motivos por los que la recurrente termina siendo sancionada con treinta años de pena privativa de la libertad, pudiendo haberse optado por una medida punitiva distinta, de suyo menos gravosa. Se trataría, en otros términos, de un supuesto de motivación aparente ya que no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión.

28. En realidad y para ser consecuentes con la verdad, la sentencia de fecha 28 de enero de 2011 reivindica, en términos estrictamente formales, el principio de proporcionalidad como una fórmula que le permitiría sustituir la pena prevista para el delito imputado, y que de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 173, inciso 1, del Código Penal, sería de cadena perpetua. Es a la luz

de dicho raciocinio, que tras prescindirse de la citada pena se opta más bien por la de treinta años de años de pena privativa de la libertad; habida cuenta de diversos factores vinculados a la condición de la procesada (carencias sociales, medio en el que vive, edad, condición de reo primario, necesidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad, etc.).

29. Aunque una primera impresión de la citada sentencia, sería la de haberse meritado el carácter radical de la cadena perpetua y haberse preferido en su lugar una condena menor a la prevista en el Código Penal, examinada con más detenimiento la citada fórmula, resulta bastante opinable, por decir lo menos, que habiéndose hecho uso de una alternativa tan discrecional (que inclusive podría ser debatible desde el punto de vista del principio de legalidad) se haya optado por una pena que si bien resulta relativamente menor, deviene en la práctica y por sus propios efectos, en igual de gravosa por su aflicción radical sobre la libertad individual.

30. Si la idea era aplicar el principio de proporcionalidad a la luz de factores de contexto personal, como los que se exponen en la sentencia, y que en el fondo lo que han buscado es priorizar en la resocialización de la imputada, lo justo o razonable no podía ser sino una pena mucho menos gravosa, bastante distinta de aquella por la que finalmente se ha optado. La proporcionalidad, en otros términos, no podía ser apreciada de manera tan nominal o poco efectiva, como ha sucedido en el caso de autos.

31. Este Tribunal por supuesto, y es oportuno aclararlo, no es sede penal, donde se puedan proporcionar recetas sancionadoras de ningún tipo, pero sí es un órgano que debe enfatizar la necesidad de un adecuado manejo del principio antes señalado. Proporcionalidad en tal sentido, no es pues la sustitución de una pena por otra en esencia similar, la proporcionalidad en el ámbito penal invita al uso sensato de la capacidad punitiva, distinguiendo contextos a la luz de los factores que la propia jurisdicción penal se encarga de merituar.

32. El uso inadecuado del principio de proporcionalidad en el presente caso es todavía mucho más notorio, si se toman en cuenta los defectos en la motivación de las resoluciones judiciales aquí cuestionadas y que anteriormente han sido advertidos (Cfr. fundamentos 14 a 21). En efecto, si estas adolecen, como en efecto ocurre, de gruesos errores en el raciocinio que utilizan y, lejos de generar certeza, ofrecen dudas acerca de si la recurrente tuvo o no la intención de actuar contra la menor agraviada. La pena aplicable, si de proporcionalidad se trata, estaría bastante lejana de aquella alternativa por la que finalmente se ha optado.

33. Por consiguiente y habiéndose evidenciado que en el presente caso se han vulnerado derechos y principios constitucionales, corresponde declarar la nulidad de las sentencias de fechas 28 de enero de 2011 y 5 de agosto de 2011, así como ordenar una nueva meritación de los hechos investigados con sujeción a los estándares de una debida y sensata motivación. Por otra parte y solo en el caso de que la responsabilidad penal quede finalmente acreditada, deberá en cualquier caso tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas, con todas las implicancias que el mismo supone.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus y, en consecuencia, **NULAS** la sentencia penal de fecha 28

de enero de 2011 expedida por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, y la sentencia de fecha 5 de agosto de 2011

emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2. **ORDENA** a la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-

Quillabamba de la Corte Superior de Justicia de Cusco emita una nueva sentencia conforme a las consideraciones expuestas en la presente sentencia constitucional.

Publíquese y Notifíquese **SS. URVIOLA HANI, BLUME FORTINI, RAMOS NÚÑEZ, SARDÓN DE TABOADA**

EXP. N° 8439-2013-PHC/TC-CUSCO CONSTANTINA PALOMINO REINOSO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas, por las razones expresadas por los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-

Saldaña Barrera considero que la demanda debe declararse **INFUNDADA**.

S. MIRANDA CANALES EXP. N° 8439-2413-PHC/TC-CUSCO

CONSTANTINA PALOMINO REINOSO

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Nuestro voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda. De la revisión del caso estimamos que no existe ninguna razón que justifique la anulación de las resoluciones cuestionadas, que imponen 30 años de pena privativa de libertad a la recurrente por el delito de violación sexual de una menor de 3 años. Discrepamos respetuosamente de la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, pues sus razones implican un nivel de valoración probatoria que es propia de la jurisdicción penal y no de la constitucional.

Los argumentos que sustentan nuestra posición son los siguientes:

1. Mediante la demanda de hábeas corpus se pretende que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria emitida el 28 de enero de 2011 por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de La Convención, Quillabamba de la Corte Superior del Cusco, así como la confirmatoria suprema, de fecha 5 de agosto de 2011, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que imponen a la recurrente 30 años de pena privativa de libertad como autora del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de 10 años (3 años). La demandante alega que dichas resoluciones afectan su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

2. Teniendo en cuenta que se alega la vulneración del derecho fundamental a la motivación, seguidamente evaluaremos las resoluciones cuestionadas con el fin de verificar si tal derecho ha sido vulnerado en el presente caso.

Análisis sobre la alegada afectación del derecho a la motivación

3. Previamente, resulta importante, examinar brevemente, los argumentos principales de la posición en mayoría del TC, en cuanto a la alegada vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Tales argumentos son los siguientes:

18) El problema con las resoluciones objeto de cuestionamiento es que estas parten de una premisa que luego, ellas mismas acaban por distorsionar. La citada distorsión consiste en darle veracidad a la totalidad de la versión de la menor agraviada, para posteriormente resaltar como único hecho relevante o posible de haber acontecido, el momento de la agresión.

No valorar y por el contrario ignorar, que antes de la supuesta agresión hubo un momento clave que consistió en la caída de la menor al piso, termina siendo gravitante pues podría haber explicado muchas cosas y colocado en escenarios diferentes a la agresión con todas las connotaciones que finalmente se le otorgan. Por ejemplo, hubiera explicado por qué la recurrente de hábeas corpus se vio en la necesidad de examinar a la menor tras su caída al piso, el porqué de los propios gritos de la menor, si la agresión que efectivamente se produjo, fue resultado de un comportamiento doloso o en cambio, de una actitud de impericia por parte de la recurrente al tratar de atender a la menor, etc.

19) (...) cuando tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dice la agraviada, se descarta por completo aquella parte de la versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para incriminar.

4. Al respecto, es más que evidente que tales argumentos (que no se valoró un determinado “momento” de la versión de la acusada, que solo se otorgó “veracidad” a la versión de la menor agraviada, que se ignoró que existía un “momento clave” consistente en la caída de la menor, que se hubieran podido generar otros escenarios o explicaciones, que se hubieran generado efectos distintos, etc.), emitidos por la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, en cuanto a la valoración de los medios probatorios actuados en el respectivo proceso penal, no corresponde que sean emitidos por la jurisdicción constitucional sino precisamente por la jurisdicción penal.

5. De otro lado, en cuanto al *derecho a la motivación de las resoluciones judiciales*, contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional, en los Expedientes N°s 03943-2006-PA/TC, FJ. 4 y 00728-

2008-PHC/TC, FJ. 76, entre otros, ha precisado que tal derecho exige a los operadores jurisdiccionales que sus decisiones deban contener un conjunto mínimo de argumentos o razones que las justifiquen, entendiendo como mínimo, a aquellos: i) argumentos jurídicos (normas jurídicas o jurisprudencia vinculante, entre otros) que sean suficientes y pertinentes para resolver el caso; ii) argumentos fácticos (sobre los hechos “probados”), que sean suficientes y pertinentes para resolver el caso; iii) argumentación interna o argumentación lógica (que exista un nexo lógico entre premisas –normativas y fácticas–

y conclusión); y iv) argumentación externa (que los argumentos que formen parte de la premisa normativa o fáctica sean correctos).

6. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no exige una motivación perfecta, sino una que de modo suficiente exprese las razones jurídicas y fácticas correctas para adoptar una decisión, de modo tal que se despeje cualquier indicio de arbitrariedad judicial. Las razones o argumentos correctos que justifican una decisión judicial son solo aquellas que provienen del Derecho establecido y no aquellas que se originan en la pura voluntad del juzgador.

7. En el presente caso, la cuestionada resolución de fecha 28 de enero de 2011, obrante a fojas 150 y ss. del cuaderno principal, establece los siguientes fundamentos, entre otros:

SEGUNDO.- De los hechos:

2.3. (...) la menor agraviada, tanto a nivel policial - en presencia del representante del Ministerio Público como Judicial, narró de manera coherente y uniforme en lo sustancial, la forma en que la acusada la agredió sexualmente, precisando con palabras propias de su corta edad y con ademanes, que esta le ha metido la uña a su vagina, que le ha hecho doler fuerte y por eso lloró mucho, luego de lo cual le lavó su parte íntima con agua caliente (fojas 5 y 36).

2.4. Se advierte del certificado Médico de fecha veintisiete de agosto de dos mil siete, (cuatro horas después de los hechos) emitido por el médico ginecólogo Julio Béjar Cuba, en el que se

señala que el día veintisiete de agosto de dos mil siete, a las diecinueve horas con treinta minutos, atendió a la menor agraviada, encontrando sangrado activo, “rojo rutilante” proveniente de introito vaginal por lesión reciente, **no signos de lesión externa**; y que, dado el estado emocional ansioso de la paciente no se hizo un examen exhaustivo, dejó tapón externo en vulva (fojas 15), se advierte así mismo del Informe Médico Legal, emitido por el mismo el médico ginecólogo Julio Béjar Cuba, en fecha treinta y uno de agosto de dos mil siete (fojas 16), en que señala “que habiendo atendido a la menor antes indicada el 27 de agosto de 2007, por cuadro de sangrado vaginal luego de que sufrió tocamientos indebidos, se encontró paciente ansiosa, irritable con resistencia para el examen físico;

sin embargo, se pudo apreciar sangrado rojo rutilante activo proveniente de vagina”,

y luego especifica que “(...) en fecha 31 de agosto de 2007, se practica examen ginecológico bajo anestesia general endovenosa, pudiéndose apreciar laceración reciente en horquilla posterior, mucosa vestibular a horas diez y laceración reciente en borde himeneal a horas diez, lesiones provocadas posiblemente por objeto lacerante por ejemplo una uña. No se encuentran lesiones recientes a nivel externo lo que descartaría contusiones en zona genital”.

2.5. (...) Profesional, que al ratificarse en el contenido de su informe, en acto de juicio oral, leídos el íntegro de los exámenes de fojas dieciséis, diecisiete y quince, y puesta a la vista las tomas fotográficas de fojas ciento noventa y cuatro y ciento noventa y cinco ha afirmado contundentemente que las lesiones descritas se hallaban en la membrana himeneal consistente en laceraciones y además lesiones tipo laceración en la orquilla posterior; que la herida lacerante era una que comprometía la solución de continuidad de la mucosa y que por ello es que la menor presentó sangrado;

asimismo indicó que la lesión en referencia se ubicaba en la parte vestibular entre la orquilla y el himen y eso descarta que tales lesiones provengan de una caída, o de una contusión externa ya que en una niña los labios mayores cubren a los menores y cierran toda la apertura vestibular, por lo tanto, las lesiones halladas entre la horquilla posterior y el himen por estar escondidas o cubiertas por los labios mayores no estaban expuestos directamente a lesiones y para que esta se hubiesen producido debía haberse constatado otras lesiones a nivel mínimamente de labios mayores y muslo interno; lo que no se halló, además afirma que este tipo de lesiones, no se producen aun cuando la caída sea a horcajadas por ello descartó que dichas lesiones hayan sido producto de una caída o golpe externo dado que tendría que presentar siempre una lesión en el muslo interno y labio mayor (fojas 17), ratificada en juicio oral en fecha diecinueve de enero de 2011.

2.6. Afirmaciones médicas que concuerdan con el certificado médico legal de fecha veintinueve de agosto de dos mil siete, emitido por el Médico Legista Willy Huancac Abarca, en el que se señaló que la menor agraviada presentaba “(...) lesiones paragenitales como eritema entre horas cinco a siete, labios menores eritematosos con borde conservado.

Himen de forma anular, parcialmente íntegro”. Médico legista que al ratificarse en su examen pericial, en juicio oral de fecha diecinueve de enero del año dos mil once, aclaró que la herida se encontraba en el borde externo del himen de la menor agraviada, y, agregó, que si la lesión hubiera sido causada por un objeto de madera debería presentar equimosis, y no observó huella de conjunción o equimosis en la parte vaginal (fojas 16), y ratificación.

(...)

2.10. De todas las declaraciones de la menor agraviada se observa que esta en forma persistente y coherente a pesar de su corta edad ha relatado con lenguaje coherente y con señas y ademanes, de manera pormenorizada los hechos en su agravio (...).

CUARTO.- Del análisis probatorio. De la incriminación

El Acuerdo Plenario N° 2.2005 (C.1-116

de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco).-Asunto: requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado;

en el que se señala que las que se describen en los párrafos 9 y 10 del Acuerdo Plenario; constituyen precedente vinculante.

Siendo requisitos a observar en la valoración: Numeral 10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun 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 incredulidad 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 solo 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 (...).

Todo lo cual debe apreciarse con el rigor correspondiente. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

	<p>En el caso de autos ha quedado acreditado que la acusada Constantina Palomino Reinoso ha agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. pues no existían malas relaciones entre la acusada y la madre de la niña, menos aún con la niña, no había odio, resentimiento o enemistad, y las declaraciones de la menor no solo han sido coherentes y persistentes a pesar de su corta edad, sino que además se encuentran corroboradas objetivamente con los certificados médico-legales de fojas 15, 16 y 17, debidamente ratificados y explicados por los profesionales médicos en juicio oral, además de encontrarse corroborados con la declaración testimonial de doña Luz Yolanda Paz Herrera prestada en sede de investigación judicial como en juicio oral (...).</p>
<p>OCTAVO.- Conclusiones Expuesto todo lo anterior y considerando que el fin supremo de la crítica judicial es la comprobación de una realidad efectuada, en autos hemos llegado a un grado de certeza satisfactorio que nos permite afirmar que la acusada (...) al haber agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. ha</p>	

cometido el delito de violación de la libertad en su modalidad de violación de la libertad sexual de menor de 10 años, delito tipificado en el artículo 173.1	
---	--

del Código Penal.

8. Mediante la resolución de fecha 5 de agosto de 2011 (fojas 168 y ss.), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Recurso de Nulidad N° 1158-2011-

Cusco), declara no haber nulidad en la cuestionada resolución de fecha 28 de enero de 2011, estableciendo similares argumentos a los expuestos en esta última, entre otros.

9. Del análisis de las resoluciones cuestionadas se aprecia, *en primer lugar*, que se ha identificado adecuadamente la premisa normativa del caso, que tratándose de un asunto de naturaleza penal, se encuentra constituida por el artículo 173 del Código Penal “el que 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 un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: I. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua”.

No se aprecia que los órganos jurisdiccionales emplazados hayan reconocido algún problema de interpretación o relevancia sobre dicha premisa normativa.

Asimismo, se aprecia que como parte de la premisa normativa aplicable al presente caso, la Sala Mixta emplazada ha citado el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco), que regula los requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado. Tal Acuerdo Plenario será relevante para el respectivo análisis probatorio.

10. En *segundo lugar*, las resoluciones cuestionadas han identificado adecuadamente la premisa fáctica del caso, la misma que se encuentra constituida por los argumentos conforme a los que se considera acreditado que la demandante Constantina Palomino Reinoso ha introducido partes del cuerpo, por vía vaginal, en la menor de iniciales A.N.G.H. de 3 años de edad.

Dicho material probatorio está conformado, entre otros por aquellos medios probatorios conforme a los que se ha acreditado que: i) no existía odio, resentimiento o enemistad entre la acusada y la madre de la niña, menos aún con la niña; ii) las declaraciones de la niña han sido coherentes y persistentes a pesar de su corta edad; iii) tales declaraciones se encuentran corroboradas objetivamente con los certificados médico-legales, ratificados y explicados por los profesionales médicos en juicio oral, y corroborados con la declaración testimonial de doña Luz Yolanda Paz Herrera prestada en sede de investigación judicial como en juicio oral; entre otros. De dichos certificados médicos, resalta aquel mencionado en el fundamento 2.4 de la cuestionada resolución del 28 de enero de 2011, en el que se detalla que con fecha 31 de agosto de 2007 se practicó examen ginecológico, *bajo anestesia general endovenosa*, apreciándose “laceración reciente en horquilla posterior, mucosa vestibular a horas diez y laceración reciente en borde himeneal a horas diez”, “lesiones provocadas posiblemente por objeto lacerante por ejemplo una uña”, y que “no se encuentran lesiones recientes a nivel externo lo que descartaría contusiones en zona genital”.

11. En *tercer y último lugar*, se verifica que la conclusión de las resoluciones judiciales cuestionadas, en el sentido de condenar a la recurrente por el delito de violación sexual de la menor A.N.G.H. de 3 años de edad es consecuencia de la conexión lógica entre las premisas

normativa y fáctica, y dicha conclusión, de modo que se encuentra justificada interna, formal o lógicamente.

Asimismo, se aprecia que los argumentos que forman parte de la premisa normativa o de la premisa fáctica son correctos en la medida que, respecto de la premisa normativa, no se ha cuestionado, por ejemplo, la constitucionalidad del artículo 173 inciso 1 del Código Penal, y que, respecto de la premisa fáctica, se han identificado argumentos de hecho que de modo mínimo pero suficiente, han otorgado a los magistrados emplazados, tal como ellos mismos manifiestan: “un grado de certeza satisfactorio” que les permite concluir que la acusada ha agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. de 3 años de edad. En tal sentido, las decisiones de los jueces emplazados se encuentran justificadas externamente.

12. Por tanto, estimamos que las resoluciones judiciales cuestionadas de fechas 28 de enero y 5 de agosto de 2011, no han vulnerado el derecho fundamental a la motivación de la demandante.

Examen sobre la proporcionalidad de la sanción contenida en las resoluciones cuestionadas

13. La posición en mayoría del TC, en cuanto a los denominados “defectos en la utilización del juicio de proporcionalidad en el presente caso”, sostiene lo siguiente:

30. Si la idea era aplicar el principio de proporcionalidad a la luz de factores de contexto personal, como los que se exponen en la sentencia, y que en el fondo lo que han buscado es priorizar en la resocialización de la imputada, lo justo o razonable no podía ser sino una pena mucho más gravosa, bastante distinta de aquella por la que finalmente se ha optado. La proporcionalidad, en otros términos, no podía ser apreciada de manera tan nominal o poco efectiva, como ha sucedido en el caso de autos.

31. Este Tribunal por supuesto, y es oportuno aclararlo, no es sede penal, donde se puedan proporcionar recetas sancionadoras de ningún tipo, pero sí es órgano que debe enfatizar la necesidad de un adecuado manejo del principio antes señalado. Proporcionalidad en tal sentido, no es pues la sustitución de una pena por otra en esencia similar, la proporcionalidad en el ámbito penal invita al uso sensato de la capacidad punitiva, distinguiendo contextos a la luz

de los factores que la propia jurisdicción penal se encarga de merituar.

32. El uso inadecuado del principio de proporcionalidad en el presente caso es todavía mucho más notorio, si se toman en cuenta los defectos en la motivación de las resoluciones judiciales aquí cuestionadas y que anteriormente han sido advertidos (Cfr. Fundamentos 14 a 21).

En efecto, si estas adolecen, como en efecto ocurre, de gruesos errores en el raciocinio que utilizan y lejos de generar certeza, ofrecen dudas acerca de si la recurrente tuvo o no la intención de actuar contra la menor agraviada, la pena aplicable, si de proporcionalidad se trata, estaría bastante lejana de aquella alternativa por la que finalmente se ha optado.

14. Teniendo en cuenta lo expuesto, es necesario examinar los fundamentos de la impugnada sentencia de fecha 28 de enero de 2011, respecto de la proporcionalidad de la pena, con el fin de verificar si los argumentos de la mayoría del TC están suficientemente justificados.

Al respecto, dicha sentencia establece lo siguiente:

(...) la pena conminada prevista por la ley para el delito imputado será de cadena perpetua.

Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 003-2006-AI/TC, de fecha 9 de agosto de 2006, ha precisado que la pena de cadena perpetua no resulta inconstitucional; sin embargo, no resulta aplicable a la acusada por no ser compatible con los fines de la pena

previstos por el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, concordante con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que establece:

“la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora (...)”, muy a pesar de que conforme se señala en aquella sentencia constitucional tendría derecho a que se revise la pena, aunado al principio de humanización de la pena nos permite establecer criterios que nos acercan a imponer una pena adecuada y no la de cadena perpetua, en aplicación al principio de proporcionalidad contemplado por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

En consecuencia, a la acusada se le debe imponer una pena menos gravosa, a pesar de que ha cometido un delito grave; además, se debe tomar en cuenta sus carencias sociales y su medio social, su edad, su condición de reo primario, a efectos de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad, es decir, la pena concreta que debe imponerse a la acusada, debe ser la de treinta años de pena privativa de la libertad, en forma efectiva.

Esta Sala Mixta toma en cuenta lo señalado por el IV Pleno Jurisdiccional Penal del año dos mil, en cuanto considera que “el principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Tiene que existir una proporcionalidad entre la gravedad del delito (injusto) y la pena. Este principio complementa el principio de culpabilidad, que en sí mismo no garantiza la necesaria proporción entre delito y pena”.

15. De un correcto examen de los fundamentos de dicha sentencia penal, estimamos que la aludida pena aplicada a la recurrente (30 años) es proporcional con la gravedad del delito, si se tiene en consideración: *i)*

que el bien jurídico protegido por el artículo 173 inciso 1 del Código Penal es la “indemnidad sexual” de una menor de 3 años de edad (“la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual”, Expediente N° 00008-2012-PI/

TC FJ 36), y que a menor edad se incrementa la pena debido a la gravedad en la afectación de dicho bien jurídico; *ii)* los fines de prevención de la pena, ya sean de prevención general en su versión negativa (desmotivar respecto de actos de violación de menores de 3 años de edad); de prevención general en su versión positiva (confianza de la población en la justicia penal); de prevención especial (que la autora del delito pueda internalizar el daño ocasionado con su conducta)

e incluso que se ha aplicado una pena (30 años), por debajo del pena establecida en la respectiva ley (cadena perpetua); y *iii)*

que las condiciones específicas de la autora del delito (carencias sociales, medio social, edad, condición de reo primario y finalidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad).

16. Asimismo, respetuosamente, discrepamos de los argumentos de la mayoría del TC, en primer término, porque los argumentos de los citados fundamentos 30 y 31, constituyen apreciaciones que corresponden a un juez

penal y no a uno constitucional, en la medida que solo aquel puede determinar cuál debe ser la pena justa o razonable que se debe aplicar en un caso penal. Y, en segundo término, porque los argumentos del fundamento 31

carecen de logicidad, pues, o bien se sostiene que la sentencia estuvo mal motivada y por lo tanto debe anularse, resultando irrelevante un pronunciamiento sobre la pena impuesta, o bien se sostiene que la sentencia estuvo bien motivada, en cuyo caso sí resulta relevante un pronunciamiento sobre la pena impuesta, pero lo que no resulta lógico es sostener, tal como se hace en el fundamento 32, que la sentencia estuvo mal motivada y por tanto debía aplicarse

una pena “bastante lejana” (sic) de aquella de 30 años. Los años de pena privativa de libertad no se aplican según exista una mejor o peor motivación, sino de forma proporcionalidad con la gravedad del delito.

17. En suma, habiéndose acreditado que no se ha vulnerado el derecho a la motivación de la recurrente, como tampoco el principio de proporcionalidad de la pena, consideramos que debe declararse **INFUNDADA** la demanda de autos.

18. Adicionalmente a lo expuesto, llama la atención el considerable valor probatorio que los magistrados emplazados han otorgado a la declaración de la víctima, en este caso, una niña de tres años. Ello da mérito para efectuar algunas precisiones, desde el punto de vista constitucional, sobre la valoración de la prueba en aquellos casos penales que tengan por víctimas a niños.

Análisis sobre la valoración de la prueba en los casos que la víctima sea un niño

19. La Constitución establece en el artículo 4 que el Estado protege al niño y al adolescente.

A partir de dicho enunciado se generan obligaciones positivas, que por ejemplo pueden adquirir dimensiones específicas en los casos de menores de edad que sean víctimas de un delito. En líneas generales, el Estado debe brindar especial protección al niño y adolescente para evitar su revictimización en el proceso penal.

20. Uno de los contenidos del artículo en mención es el principio del interés superior del niño, que a su vez se encuentra recogido en la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 2278 del 3 de agosto de 1990.

21. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que en función del principio del interés superior del niño, cuando eventualmente ocurre un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último. La justificación para ello radica en el hecho de que se trata de un principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”

(Expediente N° 02079-2009-HC, FJ. 13).

22. El principio del interés superior del niño puede definirse como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y un principio de procedimiento. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que se trata de un *derecho del niño* a “que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses”. Igualmente, será un *criterio interpretativo* que permitirá que en los supuestos en los que una norma admita diversas interpretaciones, el intérprete opte por la que satisfaga de mejor manera el interés superior del niño. Y, en relación con su naturaleza de *norma de procedimiento*, esta característica involucra que en cualquier situación en la que se deba tomar una decisión que eventualmente afecte los derechos del niño, el órgano o persona que aplica el derecho utilice el principio en mención, a fin de que en su decisión valore los aspectos positivos y negativos en la esfera de derechos del niño¹.

23. Ahora bien, en relación con el principio de interés superior del niño y su impacto en el ámbito del proceso jurisdiccional, el Tribunal Constitucional (Expedientes N° 02132-2008-PA, FJ. 8, y N° 03744-2007-

PHC/TC), también ha sostenido que aquel es aplicable en todo proceso en el que se encuentren en juego los derechos del niño, lo cual guarda coherencia con la naturaleza de norma procedimental de este principio. Así, ha establecido que: (...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la

afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención *especial y prioritaria* en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4 de la Constitución que establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención debe ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

24. De las consideraciones planteadas por el Tribunal Constitucional, se puede concluir que el Estado tiene la obligación de proteger de manera especial al niño, en las distintas etapas del proceso, incluyendo la fase previa al proceso, es decir, la relativa a la denuncia policial. En tanto y en cuanto el niño no es un sujeto en igualdad de condiciones respecto de las otras partes, el Estado debe brindarle una protección reforzada y prioritaria.

25. En todas las etapas del proceso, debe partirse del presupuesto de que el niño, independientemente de su edad, tiene la habilidad para proveer información certera de los sucesos que ha experimentado, así como para ejercer sus derechos en un proceso penal².

26. Así, en la valoración de la prueba, también debe operar el principio de interés superior del niño que ha sido antes reseñado. La aplicación del interés superior, permitirá que el testimonio del niño tenga un valor probatorio muy relevante en el proceso. Asimismo, cuando el juzgador se encuentre frente a un caso difícil o trágico, el principio de interés superior es el que determinará, en primera instancia, la preferencia por la tutela de los derechos del niño frente a los derechos del procesado.

27. En todo caso, una decisión en la que el principio del interés superior del niño ha sido empleado, debe explicar de manera expresa los criterios que se han utilizado así como la forma en que se han ponderado los intereses del niño frente a los derechos de la otra parte.

En efecto, de manera conjunta a la valoración de un testimonio emitido por un niño o adolescente, se deben merituar otros medios probatorios que lleven al juez a formarse una opinión razonable sobre los hechos y llegar a una conclusión que se justifique y motive en razón de las convicciones a las que se ha arribado. El solo testimonio, si bien tiene un peso relevante y esencial para la toma de una decisión, debe analizarse en función de otros elementos que forman parte del expediente judicial.

28. En tal sentido, no debe perderse de vista que el interés superior del niño, no determina, *en abstracto y a priori* la prevalencia de los derechos de los niños. En todo caso, su priorización se determinará caso por caso.

29. En la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencias T-078 de 2010 y T-554/03), ha hecho mención a la valoración de la prueba en los casos en los que el niño es víctima de un delito, en concreto de la violencia sexual. Al respecto, se ha indicado que en el modelo de Estado Constitucional, no es posible acoger la percepción de los niños como sujetos con limitaciones en su desarrollo psicológico y mental como argumento para restar credibilidad a su testimonio. En ese sentido, es necesario que su testimonio sea utilizado como

una prueba especialmente relevante, cuando haya un relato objetivo sobre los hechos que constituyen o dan origen a la comisión de un ilícito penal. Así, cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria.

En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en las cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor.

30. Los efectos de la violencia sexual en la vida de un niño, se visibilizan en el ámbito psicológico, así como en la calidad de vida de la víctima, o afectan pérdidas de productividad en la vida futura del niño, entre otros aspectos. Por esa razón, no se puede partir de la presunción de que se trate de un caso en el que hay igualdad de las partes, pues precisamente la persona que ha cometido el delito ha ejercido autoridad, persuasión, engaño o violencia para afectar la indemnidad sexual de un niño o adolescente, quien se encuentra en total indefensión frente a su agresor.

31. De ese modo, el propio proceso jurisdiccional debe tener una finalidad tuitiva en relación con el niño o adolescente víctima de un ilícito penal. Por ello, es legítimo que el testimonio de un niño o adolescente tenga un alto grado de relevancia o de valor probatorio, más aún si es la víctima directa de una agresión que ha ocurrido sin que haya lugar a testigos.

32. Asimismo, no debe perderse de vista que en el modelo de Estado Social, los poderes estatales cumplen un rol activo en la garantía de los derechos de las personas; en este modelo de Estado no solo se garantiza la igualdad formal ante la ley, sino también la igualdad material. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente N° 00606-

2004-AA/TC, F.J. 11), la igualdad material establece "una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales".

33. En ese sentido, con mayor razón es legítimo que el Estado otorgue un rol prevalente a la víctima de agresión sexual, sobre todo, cuando se trata de un sujeto de derecho en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños y adolescentes. No podría decirse lo contrario, pues ello implicaría adherirse al modelo abstencionista propio del modelo de Estado liberal.

34. En relación con el testimonio de los niños como medio de prueba, cuando han sido víctimas de violencia sexual, es necesario que su credibilidad se determine por pautas objetivas, que a modo ilustrativo, podrían ser las siguientes:

- Conocimiento sexual inapropiado para la edad.
- Relato espontáneo.
- Lenguaje propio de los niños y desde el punto de vista infantil.
- Descripción detallada.
- Relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo.

- Relato verosímil: la historia es plausible y físicamente posible.
- Comparación de la historia de los síntomas y conducta del niño favorable con el contenido de la entrevista.
- Descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual (amenaza, presión, seducción, coerción)³.

35. Como ya se ha mencionado, tales pautas deberán ser tomadas en cuenta según las peculiaridades que se presenten en cada caso concreto, pero en ningún supuesto, en el que los niños se encuentre en calidad de víctimas, los jueces podrán desatender el principio del interés superior del niño, ya sea como un derecho sustantivo, principio interpretativo o principio de procedimiento.

SS. LEDESMA NARVÁEZ, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en: <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf>, revisada el 10 de diciembre de 2014.

2 BERLINERBLAU, Virginia. "Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil".

En: UNICEF y otros. *Acceso a la justicia de niños/niñas víctimas*. Disponible en: <<http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>>, revisado el 10 de diciembre de 2014, p. 145.

3 *Ibidem*, p. 149.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

JUECES DEBEN MOTIVAR POR QUÉ DAN CREDIBILIDAD SOLO A UNA PARTE DEL TESTIMONIO Y POR QUÉ DESCARTAN OTROS EXTREMOS

[-]

SUMILLA

La motivación en las resoluciones cuestionadas carece de "motivación interna en el razonamiento", pues se verifica la invalidez de una inferencia realizada a partir de las premisas

establecidas previamente por el juez. En efecto, el juzgador, tras admitir como premisa central la veracidad de todo lo dicho por la agraviada, descarta por completo aquella parte de su versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de priorizar solo aquella parte de la declaración que sirve para incriminar a la encausada.

SUMILLA

Si bien el delito objeto de condena (violación sexual de menor) tiene prevista la pena de cadena perpetua, las sentencias no justifican los motivos por los que la acusada es sancionada con 30 años de pena privativa de libertad (que en la práctica y por sus efectos es igual de gravosa que aquella) y por qué no se optó por una pena menos intensa, conforme al principio de proporcionalidad (el cual fue apreciado solo de manera formal). Se trata, pues, de un supuesto de "motivación aparente", ya que no se expresan las razones mínimas que sustentan dicha decisión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Demandante : Constantina Palomino Reinoso

Materia : Hábeas corpus

Demandados : Jueces de la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba-Cusco

Fecha de publicación : 7 de marzo de 2015

REFERENCIAS LEGALES:

- Constitución Política del Estado: arts. 4 y 139 incs. 3, 5 y 22.
- Código Penal: arts. VIII, IX y 173 inc. 1.
- Código Procesal Constitucional: art. 5 inc. 1.

EXP. N° 08439-2013-PHC/TC-CUSCO

CONSTANTINA PALOMINO REINOSO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre del año 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los señores Magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Miranda Canales y el voto singular de los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña, ambos que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Constantina Palomino Reinoso contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cusco, de fojas 260, su fecha 14 de octubre de 2013, que declaró improcedente la demanda de hábeas corpus.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de setiembre de 2013, doña Constantina Palomino Reinoso interpone demanda de hábeas corpus contra los jueces superiores integrantes de la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-

Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, señores Trelles Sullá, Gamarra Flores y Araoz Maceda, y contra los jueces supremos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Villa Bonilla, a fin de que se declaren nulas las sentencias condenatorias emitidas con fecha 28 de enero de 2011 y 5 de agosto de 2011, emitidas por dichas salas, respectivamente.

Puntualiza la demandante que mediante la primera de las resoluciones citadas fue condenada como autora del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de diez años, a treinta años de pena privativa de la libertad. Recurrida esta, la Sala Suprema demandada declaró no haber nulidad sin otro raciocinio que el utilizado por la instancia inferior. A su entender, con los citados pronunciamientos judiciales se ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, específicamente en su variante de motivación resolutoria, al haberse razonado de manera incoherente ya que, pese haberse otorgado certeza a la totalidad de afirmaciones formuladas por la presunta agraviada, solo se han tornado en cuenta aquellas que directamente perjudican a la demandante, mas no así aquellas otras que, por el contrario, la favorecen o que vistas en su integridad conducirían a un resultado totalmente distinto a la incriminación de la que ha sido objeto. Afirma que, en tales circunstancias y al haberse procedido de manera totalmente arbitraria, es que solicita la nulidad de los pronunciamientos judiciales cuestionados.

Con fecha 11 de setiembre de 2013, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria del Cusco declaró liminarmente improcedente la demanda, por considerar que lo que se pretende es un nuevo análisis y valoración de las declaraciones vertidas por las partes, lo que en buena cuenta implica la revaloración de las pruebas producidas. En tales circunstancias, se afirma en la misma resolución, que resulta aplicable el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, ya que los hechos cuestionados no se encuentran referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.

A su turno, la recurrida, por resolución de fecha 14 de octubre de 2013, confirmó la apelada, por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

Petitorio 1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a cuestionar la sentencia condenatoria emitida con fecha 28 de enero de 2011 por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, así como su confirmatoria de fecha 5 de agosto de 2011 expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, por considerar que con los citados pronunciamientos judiciales se vulnera el derecho fundamental al debido proceso; específicamente en su variante de motivación resolutoria.

El derecho de defensa de los emplazados y la posibilidad de un pronunciamiento atendiendo al fondo del asunto

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Tribunal considera pertinente puntualizar las razones por las que, pese a no haberse emplazado a los demandados, opta por emitir un pronunciamiento de fondo sin necesidad de retrotraer el proceso y reconducirlo al momento del emplazamiento con la demanda.

3. En efecto, si bien en el contexto de esta omisión procesal podría asumirse que un pronunciamiento inmediato y sobre el fondo de la materia controvertida, no tomaría en cuenta el derecho de defensa de las autoridades judiciales demandadas y de aquellas personas respecto de las cuales las sentencias cuestionadas pudiesen repercutir sobre sus intereses, tal

consideración puede ponderarse de manera distinta frente a la constatación de determinados hechos con los que asumimos la dilucidación del presente caso.

4. Tales hechos son los siguientes: **a)** las autoridades judiciales demandadas sí han visto representados sus derechos, pues el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial se apersonó al proceso, tanto en la etapa judicial como en la correspondiente al Tribunal Constitucional, conforme se aprecia de fojas 237 a 238 de los autos y de fojas 10 a 11 del cuadernillo especial, lo que supone que tuvo acceso directo al expediente y al ejercicio irrestricto de todos los atributos procesales que pudiesen haber convenido a los intereses que representa;

b) Si bien la demanda de hábeas corpus pudo haber sido puesta en conocimiento de doña Lourdes Huamán Madera en su condición de representante de la menor de iniciales N.G.H., ello resulta innecesario pues lo que se cuestiona en esencia es la motivación de las resoluciones judiciales que condenaron a la ahora demandante, las que, en todo caso y por sí mismas, expresan en su contenido la posición asumida por dicha parte procesal durante la secuela del proceso penal en donde fueron emitidas, al punto que, incluso, las principales piezas del citado proceso obran en el expediente constitucional, entre las que por cierto figuran las declaraciones de quienes se constituyeron como parte agraviada;

y **c)** La demanda interpuesta tampoco pretende la superposición de competencias con la justicia ordinaria, en la lógica de pronunciarse sobre la responsabilidad o no que en términos penales pudiera corresponderle a la demandante de la presente causa, pues simplemente se limita a verificar si la alegada vulneración del derecho a la motivación resolutoria, se ha producido o no, lo que desde todo punto de vista resulta una competencia constitucional y, por tanto, legítimamente reconducible al ámbito del proceso constitucional.

5. A mayor abundamiento, se advierte que en el caso de autos existe necesidad de pronunciamiento inmediato, habida cuenta que la persona que plantea la presente demanda ya se encuentra privada de su libertad, a instancias de resoluciones judiciales cuyo eventual o imputado carácter arbitrario precisamente corresponde a este Tribunal definir, a la luz de las argumentaciones vertidas en la demanda y de lo que aparece objetivamente en el contenido de las mismas. En tales circunstancias, la prolongación en la restricción de un derecho como la libertad individual, implica pues una definición impostergable;

máxime en circunstancias en que las resoluciones judiciales que la sustentan son severamente cuestionadas por la favorecida, como se desprende de los argumentos descritos en la demanda.

6. Por consiguiente, asumida una posición como la descrita en un contexto de tutela preferente, estimamos plenamente legítimo pronunciarnos sobre el fondo de la materia controvertida, en aras de determinar si se ha producido o no la vulneración del derecho fundamental alegado por la recurrente.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y sus alcances

7. Este Tribunal ha dejado establecido, a través de su jurisprudencia (Exp. N° 1480-

2006-PA/TC), que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión.

Esas razones, (...) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios”.

8. En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha hecho especial hincapié en el mismo proceso que "(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, unas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo, donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos".

9. Por lo mismo y como también ha quedado explicitado en posteriores casos (Exp.

Nº 0728-2008-PHC/TC), el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

10. Precisamente por ello, se ha señalado desde muy temprano (Exp. Nº 3943-2006-

PA/TC) que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento.*

La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa;*

justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional, cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos *difíciles*, como los identifica Dworkin. Es decir, en aquellos casos donde suelen presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones.

Si un juez, al fundamentar su decisión:

1) ha establecido la existencia de un daño;

2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez (constitucional) por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que enfatizar en este punto, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a este, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales;

bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso.

Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente.*

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar sin atención las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) *Motivaciones cualificadas.* Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad.

En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

11. En el contexto de las exigencias que involucra el derecho a la debida motivación, cabe entonces preguntarse qué es lo que dicen las resoluciones judiciales objeto de cuestionamiento y si es cierto o no que afectaron el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado o, lo que es lo mismo, si adolecieron de vicios como los aquí descritos.

Análisis de las resoluciones judiciales cuestionadas

12. De acuerdo con lo que aparece textualmente en la sentencia condenatoria emitida con fecha 28 de enero de 2011 (fojas 150 a 164 de los autos) por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención:

“La acusada Constantina Palomino Reinoso en su declaración ante la policía...

instructiva... así como en el juicio oral, manifiesta que cuando ocurrieron los hechos trabajaba como empleada de hogar en el domicilio del señor Nicamedes Madera Atauchi (...) y que el día 27

de agosto de 2007 cuando estaba en la cocina escuchó un grito, y al salir, rápidamente vio a la menor agraviada tirada en el piso llorando, y le dijo que le dolía su potito, y como vio que se orinó, le quitó su calzoncito viendo que tenía una machita (sic) de sangre que le salía de su vagina, se asustó por lo que le hecho (sic) agua para lavarle y luego limpiarle con su misma ropa interior, de allí la lleva al pasadizo donde había un sofá, encontrando una ropa interior con la cual le ha cambiado, preguntándole a la niña si le dolía su parte interior (vagina)

quien manifestó que ya no por lo que empezó a caminar, pasando unos minutos se durmió en el sofá, retornado a la cocina a realizar sus labores, llegada las 17.30 horas para retirarse de su trabajo, la menor seguía durmiendo, por lo que optó por llevarla a su habitación que se encuentra en el primer piso, entregándosela a su tía Indira Lovón Madera quien se encontraba con su compañera Luz

Yalanda, manifestándole que le estaba trayendo porque se durmió, así como se cayó (sic) saltando de la canasta de ropa y posiblemente se haya golpeado en el banco su parte íntima, retirándose”

(2.2.).

Sin embargo, la misma resolución judicial opta por considerar que la antes citada versión:

“(...) no merece crédito pues la menor agraviada, tanto a nivel policial –en presencia del representante del Ministerio Público (sic)– como Judicial, narró de manera coherente y uniforme en lo sustancial, la forma en que la acusada la agredió sexualmente, precisando con palabras propias de su corta edad y con ademanes, que esta le ha metido la uña a su vagina, que le ha hecho doler fuerte y por eso lloró mucho, luego de lo cual le lavó su parte íntima con agua caliente (...)” (2.3.).

Similar consideración se utilizará más adelante al agregar que:

“De todas las declaraciones de la menor agraviada se observa que esta en forma persistente y coherente a pesar de su corta edad ha relatado con lenguaje coherente y con señas y ademanes, de manera pormenorizada los hechos en su agravio”

(2.10.).

Es pertinente sin embargo, advertir, que en la misma sentencia se hace referencia a un documento especialmente gravitante como el Protocolo de Pericia Psicológica N° 007568-

2008-PSC de fecha 28 de agosto de 2008. De acuerdo con el mismo se establece que:

“(…) en el acápite motivo de evaluación, literal A, relato, la niña refiere ‘la Tina cuando yo me senté en una silla alta, me he caído de la silla y pum... me ha aplastado la silla alta, y me ha cargado la Tina y me ha metido la uña a mi vaginita, y luego me ha lavado con agua caliente mi vagina y no me di cuenta y he llorado, me dijo que mi mamá no iba a regresar nunca más, no me dijo nada más y eso pasó una vez, la Tina era una persona mala es que yo me caí de la silla alta y luego me duele, a una escalera alta, y luego mi mamá me buscó y le conté y mi mamá le ha pegado a la Tina con la silla y ella dijo que no me había hecho nada y los policías le han llevado a la Tina’, de este relato se desprende efectivamente que la menor señala que cayó de una silla alta, pero también de que ‘Tina’ “(…) es una persona mala y que le ha metido la uña a su vaginita (...)” (2.14).

13. Por su parte y conforme se señala en la ejecutoria emitida con fecha 5 de agosto de 2011 (fojas 168 a 174 de los autos) por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se deja claramente establecido:

“Que tanto el delito y la responsabilidad penal de la procesada, se acreditan con la sindicación coherente, uniforme y persistente que le formula la menor agraviada de iniciales A.N.G.H. quien en su referencial policial de fojas cinco –respuestas a la pregunta dos–, y referencial judicial de fojas treinta y seis –respuestas a la pregunta cinco– ambas con presencia del señor Fiscal Provincial y de su señora madre, manifestó que ‘Tina’, como denominaba a la acusada, era una bruja y que le había tocado su cosita con su mano y con su uña le ha metido a su vagina y le hizo doler fuerte, que le quitó su calzón que estaba manchado de sangre” (fundamento tercero).

Dilucidación de la controversia desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones

14. Analizados los extremos considerativos de las resoluciones objeto de cuestionamiento, se puede desprender con meridiana claridad de que para ambas, la versión que sobre los hechos investigados maneja la recurrente resulta desestimable, es decir, “no merece crédito”, mientras que la versión que sobre los mismos hechos sustenta la menor agraviada, resulta perfectamente creíble habida cuenta de su carácter “coherente”, “uniforme”, y “persistente”. En otras palabras, mientras la primera versión es objetable y no responde a lo que supuestamente ocurrió, la segunda en cambio, es absolutamente veraz y describe lo que realmente aconteció.

15. Si se acepta como legítimo el discurso argumentativo formulado por las resoluciones judiciales aquí analizadas, ello significaría que la versión de la menor agraviada sería pues sin duda alguna, cierta en su totalidad o en cada uno de sus extremos, no siendo procedente o bajo ninguna hipótesis, excepción de veracidad alguna, ya que la versión de la demandada se asume como falsa por donde quiera que se le mire.

16. Ocurre sin embargo que de asumirse la premisa aquí descrita como cierta, como por lo demás parecen entenderlo los pronunciamientos objetados, no termina de entenderse cómo así se desestima la parte de la versión de la recurrente de hábeas corpus en la que literalmente o en sus rasgos esenciales coincide con lo expresado por la menor agraviada.

17. En efecto, la versión de la demandante de hábeas corpus tiene dos momentos. Uno primero en el que se afirma que encontró a la menor agraviada lastimada, aparentemente por haberse caído de alguna superficie alta y uno segundo, en el que se alega que procedió a revisarla por haberse orinado, habiéndole quitado efectivamente su prenda interior por encontrarse manchada de sangre. A su turno, la versión de la menor agraviada, también consta de dos momentos, uno primero en el que la pequeña afirma que se cayó de una silla y uno segundo en el que señala que la recurrente la revisó introduciéndole la uña en sus genitales. En otros términos, inicialmente ambas versiones coinciden en lo esencial, en lo que en cambio difieren, es en el desenlace de los hechos, pues lo que para la demandante de hábeas corpus acaba en un acto de atención y buena voluntad, para la menor culmina con un comportamiento de agresión sobre su integridad física.

18. El problema con las resoluciones objeto de cuestionamiento es que estas parten de una premisa que luego, ellas mismas acaban por distorsionar. La citada distorsión consiste en darle veracidad a la totalidad de la versión de la menor agraviada, para posteriormente resaltar como único hecho relevante o posible de haber acontecido; el momento de la agresión. No valorar y por el contrario ignorar, que antes de la supuesta agresión hubo un momento clave que consistió en la caída de la menor al piso, termina siendo gravitante pues podría haber explicado muchas cosas y colocado en escenarios diferentes a la agresión con todas las connotaciones que finalmente se le otorgan. Por ejemplo, hubiera explicado por qué la recurrente de hábeas corpus se vio en la necesidad de examinar a la menor tras su caída al piso; el porqué de los propios gritos de la menor; si la agresión que efectivamente se produjo, fue resultado de un comportamiento doloso o en cambio, de una actitud de impericia por parte de la recurrente al tratar de atender a la menor; etc.

19. Este Colegiado, como parece obvio resaltar, no es instancia penal donde puedan debatirse las circunstancias supuestas o reales en las que se perpetró un delito, pero en cambio sí es un órgano en el que a la luz de los derechos constitucionales, se dilucida sobre si estos fueron o no respetados.

Y para este Tribunal queda claro que la motivación utilizada por las resoluciones objeto de cuestionamiento adolece de falta de motivación interna en el razonamiento que es precisamente una de las exigencias que impone el contenido esencial del derecho a la motivación resolutoria. En efecto y como ya se ha resaltado, cuando existe invalidez

de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión, estamos ante un primer supuesto de falta o ausencia de motivación interna del razonamiento y en el presente caso, es precisamente ello lo que ocurre, cuando tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dice la agraviada, se descarta por completo aquella parte de la versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para incriminar.

20. Las observaciones en torno a defectos como los que aquí se describen, no son por cierto un asunto baladí, pues como enseguida se pasará a examinar, estamos hablando de una motivación en la que pretende sustentarse una condena de suyo gravosa, como la que finalmente se le ha terminado aplicando a la demandante. Para este Tribunal, como para cualquier órgano que administra justicia constitucional, es pues un axioma indiscutible que mientras más restrictiva o severa pueda resultar una medida judicial, tanto más cualificada debe ser la motivación en la que pretenda respaldarse. Lamentablemente, de lo que se observa de ambas resoluciones cuestionadas, la coherencia argumentativa no parece ser el mejor referente, lo que enerva en gran medida la legitimidad del resultado en el que finalmente desembocan.

21. Desde la óptica de este Tribunal, las instancias de la justicia penal, no han reparado pues en su propia incongruencia a pesar de haber sido alertadas por la actual demandante de hábeas corpus sobre la existencia de tal vicio. Al no haber subsanado los errores oportunamente denunciados, no cabe la menor duda que han desnaturalizado uno de los componentes esenciales del derecho a la motivación resolutoria. En tales circunstancias y sin perjuicio de que se rescate la plena autonomía de la justicia penal para decidir sobre la responsabilidad o no de la actual recurrente de hábeas corpus en relación con los cargos que se le imputan, este Colegiado deberá acoger la pretensión de la demandante respecto a la tutela del derecho constitucional reclamado dentro de los parámetros descritos por la presente sentencia.

El juicio de proporcionalidad como referente de los procesos penales. Su relación con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales

22. Aunque se ha dicho una y otra vez que la justicia penal es totalmente autónoma para decidir meritar los hechos constitutivos de una incriminación, en función de los parámetros de la ley penal, decidir la alternativa sancionadora que las leyes penales prevén dentro del elenco medidas punitivas para toda clase de delito, no significa, ni debe entenderse, como una

competencia que faculte al juzgador penal a prescindir del respeto por los derechos fundamentales y los principios que le sirven de soporte. Es un hecho que al igual que el juez constitucional, el juez ordinario no solo se encuentra obligado a conocer la Constitución, sino a defenderla desde la perspectiva de sus contenidos.

23. Toda potestad punitiva implica, como es obvio suponer, restricciones de derechos en mayor o menor medida. Siendo ello así, es evidente que en cada oportunidad en que la misma es ejercida, existe la posibilidad de una eventual afectación de derechos. En el contexto descrito y si el ejercicio de la citada potestad fuese asumida como un ámbito en el que no cabe ningún tipo de control o fiscalización, habría que asumir que la Constitución y su cuadro de derechos podrían verse virtualmente inutilizados, lo que en rigor no se compadece con el carácter vinculante de la norma constitucional.

24. Este Tribunal entiende que uno de los principios constitucionales que de ninguna manera puede encontrarse exento de aplicación en la justicia penal, es el de proporcionalidad, pues en la medida en que toda alternativa punitiva implica merituación de sanciones a partir de la naturaleza y la magnitud de los bienes jurídicos que fueron infringidos, queda claro que la legitimidad de la decisión emitida por la justicia penal, reposa en un adecuado uso de dicho principio.

La prescindencia del mismo, conduce a resultados reprochables no solo en términos de justicia penal, sino y por sobre todo, de respeto a los propios derechos fundamentales, pues una cosa es restringir la libertad a título de una pena bien aplicada y otra distinta afectarla por una medida sancionadora excesiva o errada.

25. La mejor manera (aunque por cierto, no la única) de verificar si una pena, como medida restrictiva de derechos, ha sido bien impuesta en términos no de una justicia penal, sino de respeto a los derechos fundamentales, pasa por indagar si las razones utilizadas en la sentencia que establece una condena fueron o no suficientes para sustentarla. Solo así podrá comprobarse si la magnitud de una pena va de la mano con la naturaleza de los hechos imputados y si por consiguiente, se hizo una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al momento de aplicarse la pena.

Los defectos en la utilización del juicio de proporcionalidad en el presente caso

26. En el caso que nos ocupa, este Tribunal advierte que de acreditarse que no hubo delito, no le correspondería a la recurrente ningún tipo de condena y ni siquiera sería necesario analizar la controversia planteada desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Sin embargo y de presentarse lo contado, es decir, de acreditarse algún tipo de responsabilidad, conviene indagar si el modelo a utilizarse iría de la mano con la manera como se ha resuelto en el proceso cuestionado.

27. De acuerdo con lo que aparece en los autos puede apreciarse que las resoluciones objeto de cuestionamiento adolecen de defectos en la motivación no por el hecho de que el delito que ha sido investigado no resulte grave en abstracto y de acuerdo a las previsiones de nuestra normativa penal, sino porque con independencia de la incoherencia interna que ya ha sido aquí analizada, no justifican directamente los motivos por los que la recurrente termina siendo sancionada con treinta años de pena privativa de la libertad, pudiendo haberse optado por una medida punitiva distinta, de suyo menos gravosa. Se trataría, en otros términos, de un supuesto de motivación aparente ya que no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión.

28. En realidad y para ser consecuentes con la verdad, la sentencia de fecha 28 de enero de 2011 reivindica, en términos estrictamente formales, el principio de proporcionalidad como una fórmula que le permitiría sustituir la pena prevista para el delito imputado, y que de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 173, inciso 1, del Código Penal, sería de cadena perpetua. Es a la luz

de dicho raciocinio, que tras prescindirse de la citada pena se opta más bien por la de treinta años de años de pena privativa de la libertad; habida cuenta de diversos factores vinculados a la condición de la procesada (carencias sociales, medio en el que vive, edad, condición de reo primario, necesidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad, etc.).

29. Aunque una primera impresión de la citada sentencia, sería la de haberse meritado el carácter radical de la cadena perpetua y haberse preferido en su lugar una condena menor a la prevista en el Código Penal, examinada con más detenimiento la citada fórmula, resulta bastante opinable, por decir lo menos, que habiéndose hecho uso de una alternativa tan discrecional (que inclusive podría ser debatible desde el punto de vista del principio de legalidad) se haya optado por una pena que si bien resulta relativamente menor, deviene en la práctica y por sus propios efectos, en igual de gravosa por su aflicción radical sobre la libertad individual.

30. Si la idea era aplicar el principio de proporcionalidad a la luz de factores de contexto personal, como los que se exponen en la sentencia, y que en el fondo lo que han buscado es priorizar en la resocialización de la imputada, lo justo o razonable no podía ser sino una pena mucho menos gravosa, bastante distinta de aquella por la que finalmente se ha optado. La proporcionalidad, en otros términos, no podía ser apreciada de manera tan nominal o poco efectiva, como ha sucedido en el caso de autos.

31. Este Tribunal por supuesto, y es oportuno aclararlo, no es sede penal, donde se puedan proporcionar recetas sancionadoras de ningún tipo, pero sí es un órgano que debe enfatizar la necesidad de un adecuado manejo del principio antes señalado. Proporcionalidad en tal sentido, no es pues la sustitución de una pena por otra en esencia similar, la proporcionalidad en el ámbito penal invita al uso sensato de la capacidad punitiva, distinguiendo contextos a la luz de los factores que la propia jurisdicción penal se encarga de merituar.

32. El uso inadecuado del principio de proporcionalidad en el presente caso es todavía mucho más notorio, si se toman en cuenta los defectos en la motivación de las resoluciones judiciales aquí cuestionadas y que anteriormente han sido advertidos (Cfr. fundamentos 14 a 21). En efecto, si estas adolecen, como en efecto ocurre, de gruesos errores en el raciocinio que utilizan y, lejos de generar certeza, ofrecen dudas acerca de si la recurrente tuvo o no la intención de actuar contra la menor agraviada. La pena aplicable, si de proporcionalidad se trata, estaría bastante lejana de aquella alternativa por la que finalmente se ha optado.

33. Por consiguiente y habiéndose evidenciado que en el presente caso se han vulnerado derechos y principios constitucionales, corresponde declarar la nulidad de las sentencias de fechas 28 de enero de 2011 y 5 de agosto de 2011, así como ordenar una nueva meritación de los hechos investigados con sujeción a los estándares de una debida y sensata motivación. Por otra parte y solo en el caso de que la responsabilidad penal quede finalmente acreditada, deberá en cualquier caso tomarse en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas, con todas las implicancias que el mismo supone.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus y, en consecuencia, **NULAS** la sentencia penal de fecha 28

de enero de 2011 expedida por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-Quillabamba de la Corte Superior de Justicia del Cusco, y la sentencia de fecha 5 de agosto de 2011

emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

2. **ORDENA** a la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de la Convención-

Quillabamba de la Corte Superior de Justicia de Cusco emita una nueva sentencia conforme a las consideraciones expuestas en la presente sentencia constitucional.

Publíquese y Notifíquese **SS. URVIOLA HANI, BLUME FORTINI, RAMOS NÚÑEZ, SARDÓN DE TABOADA**

EXP. N° 8439-2013-PHC/TC-CUSCO CONSTANTINA PALOMINO REINOSO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MIRANDA CANALES

Con el debido respeto por la decisión de mis colegas, por las razones expresadas por los magistrados Ledesma Narváez y Espinosa-

Saldaña Barrera considero que la demanda debe declararse **INFUNDADA**.

S. MIRANDA CANALES EXP. N° 8439-2413-PHC/TC-CUSCO

CONSTANTINA PALOMINO REINOSO

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Nuestro voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda. De la revisión del caso estimamos que no existe ninguna razón que justifique la anulación de las resoluciones cuestionadas, que imponen 30 años de pena privativa de libertad a la recurrente por el delito de violación sexual de una menor de 3 años. Discrepamos respetuosamente de la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, pues sus razones implican un nivel de valoración probatoria que es propia de la jurisdicción penal y no de la constitucional.

Los argumentos que sustentan nuestra posición son los siguientes:

1. Mediante la demanda de hábeas corpus se pretende que se declare la nulidad de la sentencia condenatoria emitida el 28 de enero de 2011 por la Sala Mixta Descentralizada de la Provincia de La Convención, Quillabamba de la Corte Superior del Cusco, así como la confirmatoria suprema, de fecha 5 de agosto de 2011, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que imponen a la recurrente 30 años de pena privativa de libertad como autora del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de 10 años (3 años). La demandante alega que dichas resoluciones afectan su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

2. Teniendo en cuenta que se alega la vulneración del derecho fundamental a la motivación, seguidamente evaluaremos las resoluciones cuestionadas con el fin de verificar si tal derecho ha sido vulnerado en el presente caso.

Análisis sobre la alegada afectación del derecho a la motivación

3. Previamente, resulta importante, examinar brevemente, los argumentos principales de la posición en mayoría del TC, en cuanto a la alegada vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Tales argumentos son los siguientes:

18) El problema con las resoluciones objeto de cuestionamiento es que estas parten de una premisa que luego, ellas mismas acaban por distorsionar. La citada distorsión consiste en darle veracidad a la totalidad de la versión de la menor agraviada, para posteriormente resaltar como único hecho relevante o posible de haber acontecido, el momento de la agresión.

No valorar y por el contrario ignorar, que antes de la supuesta agresión hubo un momento clave que consistió en la caída de la menor al piso, termina siendo gravitante pues podría haber explicado muchas cosas y colocado en escenarios diferentes a la agresión con todas las connotaciones que finalmente se le otorgan. Por ejemplo, hubiera explicado por qué la recurrente de hábeas corpus se vio en la necesidad de examinar a la menor tras su caída al piso, el porqué de los propios gritos de la menor, si la agresión que efectivamente se produjo, fue resultado de un comportamiento doloso o en cambio, de una actitud de impericia por parte de la recurrente al tratar de atender a la menor, etc.

19) (...) cuando tras admitirse como premisa central la veracidad de todo lo que dice la agraviada, se descarta por completo aquella parte de la versión que podría generar efectos distintos a la conclusión arribada, en la lógica de solo priorizar aquella parte de la declaración que sirve para incriminar.

4. Al respecto, es más que evidente que tales argumentos (que no se valoró un determinado “momento” de la versión de la acusada, que solo se otorgó “veracidad” a la versión de la menor agraviada, que se ignoró que existía un “momento clave” consistente en la caída de la menor, que se hubieran podido generar otros escenarios o explicaciones, que se hubieran generado efectos distintos, etc.), emitidos por la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, en cuanto a la valoración de los medios probatorios actuados en el respectivo proceso penal, no corresponde que sean emitidos por la jurisdicción constitucional sino precisamente por la jurisdicción penal.

5. De otro lado, en cuanto al *derecho a la motivación de las resoluciones judiciales*, contenido en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional, en los Expedientes N°s 03943-2006-PA/TC, FJ. 4 y 00728-

2008-PHC/TC, FJ. 76, entre otros, ha precisado que tal derecho exige a los operadores jurisdiccionales que sus decisiones deban contener un conjunto mínimo de argumentos o razones que las justifiquen, entendiendo como mínimo, a aquellos: i) argumentos jurídicos (normas jurídicas o jurisprudencia vinculante, entre otros) que sean suficientes y pertinentes para resolver el caso; ii) argumentos fácticos (sobre los hechos “probados”), que sean suficientes y pertinentes para resolver el caso; iii) argumentación interna o argumentación lógica (que exista un nexo lógico entre premisas –normativas y fácticas–

y conclusión); y iv) argumentación externa (que los argumentos que formen parte de la premisa normativa o fáctica sean correctos).

6. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no exige una motivación perfecta, sino una que de modo suficiente exprese las razones jurídicas y fácticas correctas para adoptar una decisión, de modo tal que se despeje cualquier indicio de arbitrariedad judicial. Las razones o argumentos correctos que justifican una decisión judicial son solo aquellas que provienen del Derecho establecido y no aquellas que se originan en la pura voluntad del juzgador.

7. En el presente caso, la cuestionada resolución de fecha 28 de enero de 2011, obrante a fojas 150 y ss. del cuaderno principal, establece los siguientes fundamentos, entre otros:

SEGUNDO.- De los hechos:

2.3. (...) la menor agraviada, tanto a nivel policial - en presencia del representante del Ministerio Público como Judicial, narró de manera coherente y uniforme en lo sustancial, la forma en que la acusada la agredió sexualmente, precisando con palabras propias de su corta edad y con ademanes, que esta le ha metido la uña a su vagina, que le ha hecho doler fuerte y por eso lloró mucho, luego de lo cual le lavó su parte íntima con agua caliente (fojas 5 y 36).

2.4. Se advierte del certificado Médico de fecha veintisiete de agosto de dos mil siete, (cuatro horas después de los hechos) emitido por el médico ginecólogo Julio Béjar Cuba, en el que se

señala que el día veintisiete de agosto de dos mil siete, a las diecinueve horas con treinta minutos, atendió a la menor agraviada, encontrando sangrado activo, “rojo rutilante” proveniente de introito vaginal por lesión reciente, **no signos de lesión externa**; y que, dado el estado emocional ansioso de la paciente no se hizo un examen exhaustivo, dejó tapón externo en vulva (fojas 15), se advierte así mismo del Informe Médico Legal, emitido por el mismo el médico ginecólogo Julio Béjar Cuba, en fecha treinta y uno de agosto de dos mil siete (fojas 16), en que señala “que habiendo atendido a la menor antes indicada el 27 de agosto de 2007, por cuadro de sangrado vaginal luego de que sufrió tocamientos indebidos, se encontró paciente ansiosa, irritable con resistencia para el examen físico;

sin embargo, se pudo apreciar sangrado rojo rutilante activo proveniente de vagina”,

y luego especifica que “(...) en fecha 31 de agosto de 2007, se practica examen ginecológico bajo anestesia general endovenosa, pudiéndose apreciar laceración reciente en horquilla posterior, mucosa vestibular a horas diez y laceración reciente en borde himeneal a horas diez, lesiones provocadas posiblemente por objeto lacerante por ejemplo una uña. No se encuentran lesiones recientes a nivel externo lo que descartaría contusiones en zona genital”.

2.5. (...) Profesional, que al ratificarse en el contenido de su informe, en acto de juicio oral, leídos el íntegro de los exámenes de fojas dieciséis, diecisiete y quince, y puesta a la vista las tomas fotográficas de fojas ciento noventa y cuatro y ciento noventa y cinco ha afirmado contundentemente que las lesiones descritas se hallaban en la membrana himeneal consistente en laceraciones y además lesiones tipo laceración en la orquilla posterior; que la herida lacerante era una que comprometía la solución de continuidad de la mucosa y que por ello es que la menor presentó sangrado;

asimismo indicó que la lesión en referencia se ubicaba en la parte vestibular entre la orquilla y el himen y eso descarta que tales lesiones provengan de una caída, o de una contusión externa ya que en una niña los labios mayores cubren a los menores y cierran toda la apertura vestibular, por lo tanto, las lesiones halladas entre la horquilla posterior y el himen por estar escondidas o cubiertas por los labios mayores no estaban expuestos directamente a lesiones y para que esta se hubiesen producido debía haberse constatado otras lesiones a nivel mínimamente de labios mayores y muslo interno; lo que no se halló, además afirma que este tipo de lesiones, no se producen aun cuando la caída sea a horcadas por ello descartó que dichas lesiones hayan sido producto de una caída o golpe externo dado que tendría que presentar siempre una lesión en el muslo interno y labio mayor (fojas 17), ratificada en juicio oral en fecha diecinueve de enero de 2011.

2.6. Afirmaciones médicas que concuerdan con el certificado médico legal de fecha veintinueve de agosto de dos mil siete, emitido por el Médico Legista Willy Huancac Abarca, en el que se señaló que la menor agraviada presentaba “(...) lesiones paragenitales como eritema entre horas cinco a siete, labios menores eritematosos con borde conservado.

Himen de forma anular, parcialmente íntegro”. Médico legista que al ratificarse en su examen pericial, en juicio oral de fecha diecinueve de enero del año dos mil once, aclaró que la herida se encontraba en el borde externo del himen de la menor agraviada, y, agregó, que si la lesión hubiera sido causada por un objeto de madera debería presentar equimosis, y no observó huella de conjunción o equimosis en la parte vaginal (fojas 16), y ratificación.

(...)

2.10. De todas las declaraciones de la menor agraviada se observa que esta en forma persistente y coherente a pesar de su corta edad ha relatado con lenguaje coherente y con señas y ademanes, de manera pormenorizada los hechos en su agravio (...).

CUARTO.- Del análisis probatorio. De la incriminación

El Acuerdo Plenario N° 2.2005 (C.1-116

de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco).-Asunto: requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado;

en el que se señala que las que se describen en los párrafos 9 y 10 del Acuerdo Plenario; constituyen precedente vinculante.

Siendo requisitos a observar en la valoración: Numeral 10. Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun 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 incredulidad 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 solo 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 (...).

Todo lo cual debe apreciarse con el rigor correspondiente. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

	<p>En el caso de autos ha quedado acreditado que la acusada Constantina Palomino Reinoso ha agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. pues no existían malas relaciones entre la acusada y la madre de la niña, menos aún con la niña, no había odio, resentimiento o enemistad, y las declaraciones de la menor no solo han sido coherentes y persistentes a pesar de su corta edad, sino que además se encuentran corroboradas objetivamente con los certificados médico-legales de fojas 15, 16 y 17, debidamente ratificados y explicados por los profesionales médicos en juicio oral, además de encontrarse corroborados con la declaración testimonial de doña Luz Yolanda Paz Herrera prestada en sede de investigación judicial como en juicio oral (...).</p>
<p>OCTAVO.- Conclusiones Expuesto todo lo anterior y considerando que el fin supremo de la crítica judicial es la comprobación de una realidad efectuada, en autos hemos llegado a un grado de certeza satisfactorio que nos permite afirmar que la acusada (...) al haber agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. ha</p>	

cometido el delito de violación de la libertad en su modalidad de violación de la libertad sexual de menor de 10 años, delito tipificado en el artículo 173.1	
---	--

del Código Penal.

8. Mediante la resolución de fecha 5 de agosto de 2011 (fojas 168 y ss.), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Recurso de Nulidad N° 1158-2011-

Cusco), declara no haber nulidad en la cuestionada resolución de fecha 28 de enero de 2011, estableciendo similares argumentos a los expuestos en esta última, entre otros.

9. Del análisis de las resoluciones cuestionadas se aprecia, *en primer lugar*, que se ha identificado adecuadamente la premisa normativa del caso, que tratándose de un asunto de naturaleza penal, se encuentra constituida por el artículo 173 del Código Penal “el que 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 un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: I. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua”.

No se aprecia que los órganos jurisdiccionales emplazados hayan reconocido algún problema de interpretación o relevancia sobre dicha premisa normativa.

Asimismo, se aprecia que como parte de la premisa normativa aplicable al presente caso, la Sala Mixta emplazada ha citado el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 (de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco), que regula los requisitos de la sindicación del coacusado, testigo o agraviado. Tal Acuerdo Plenario será relevante para el respectivo análisis probatorio.

10. En *segundo lugar*, las resoluciones cuestionadas han identificado adecuadamente la premisa fáctica del caso, la misma que se encuentra constituida por los argumentos conforme a los que se considera acreditado que la demandante Constantina Palomino Reinoso ha introducido partes del cuerpo, por vía vaginal, en la menor de iniciales A.N.G.H. de 3 años de edad.

Dicho material probatorio está conformado, entre otros por aquellos medios probatorios conforme a los que se ha acreditado que: i) no existía odio, resentimiento o enemistad entre la acusada y la madre de la niña, menos aún con la niña; ii) las declaraciones de la niña han sido coherentes y persistentes a pesar de su corta edad; iii) tales declaraciones se encuentran corroboradas objetivamente con los certificados médico-legales, ratificados y explicados por los profesionales médicos en juicio oral, y corroborados con la declaración testimonial de doña Luz Yolanda Paz Herrera prestada en sede de investigación judicial como en juicio oral; entre otros. De dichos certificados médicos, resalta aquel mencionado en el fundamento 2.4 de la cuestionada resolución del 28 de enero de 2011, en el que se detalla que con fecha 31 de agosto de 2007 se practicó examen ginecológico, *bajo anestesia general endovenosa*, apreciándose “laceración reciente en horquilla posterior, mucosa vestibular a horas diez y laceración reciente en borde himeneal a horas diez”, “lesiones provocadas posiblemente por objeto lacerante por ejemplo una uña”, y que “no se encuentran lesiones recientes a nivel externo lo que descartaría contusiones en zona genital”.

11. En *tercer y último lugar*, se verifica que la conclusión de las resoluciones judiciales cuestionadas, en el sentido de condenar a la recurrente por el delito de violación sexual de la menor A.N.G.H. de 3 años de edad es consecuencia de la conexión lógica entre las premisas

normativa y fáctica, y dicha conclusión, de modo que se encuentra justificada interna, formal o lógicamente.

Asimismo, se aprecia que los argumentos que forman parte de la premisa normativa o de la premisa fáctica son correctos en la medida que, respecto de la premisa normativa, no se ha cuestionado, por ejemplo, la constitucionalidad del artículo 173 inciso 1 del Código Penal, y que, respecto de la premisa fáctica, se han identificado argumentos de hecho que de modo mínimo pero suficiente, han otorgado a los magistrados emplazados, tal como ellos mismos manifiestan: “un grado de certeza satisfactorio” que les permite concluir que la acusada ha agredido sexualmente a la menor A.N.G.H. de 3 años de edad. En tal sentido, las decisiones de los jueces emplazados se encuentran justificadas externamente.

12. Por tanto, estimamos que las resoluciones judiciales cuestionadas de fechas 28 de enero y 5 de agosto de 2011, no han vulnerado el derecho fundamental a la motivación de la demandante.

Examen sobre la proporcionalidad de la sanción contenida en las resoluciones cuestionadas

13. La posición en mayoría del TC, en cuanto a los denominados “defectos en la utilización del juicio de proporcionalidad en el presente caso”, sostiene lo siguiente:

30. Si la idea era aplicar el principio de proporcionalidad a la luz de factores de contexto personal, como los que se exponen en la sentencia, y que en el fondo lo que han buscado es priorizar en la resocialización de la imputada, lo justo o razonable no podía ser sino una pena mucho más gravosa, bastante distinta de aquella por la que finalmente se ha optado. La proporcionalidad, en otros términos, no podía ser apreciada de manera tan nominal o poco efectiva, como ha sucedido en el caso de autos.

31. Este Tribunal por supuesto, y es oportuno aclararlo, no es sede penal, donde se puedan proporcionar recetas sancionadoras de ningún tipo, pero sí es órgano que debe enfatizar la necesidad de un adecuado manejo del principio antes señalado. Proporcionalidad en tal sentido, no es pues la sustitución de una pena por otra en esencia similar, la proporcionalidad en el ámbito penal invita al uso sensato de la capacidad punitiva, distinguiendo contextos a la luz

de los factores que la propia jurisdicción penal se encarga de merituar.

32. El uso inadecuado del principio de proporcionalidad en el presente caso es todavía mucho más notorio, si se toman en cuenta los defectos en la motivación de las resoluciones judiciales aquí cuestionadas y que anteriormente han sido advertidos (Cfr. Fundamentos 14 a 21).

En efecto, si estas adolecen, como en efecto ocurre, de gruesos errores en el raciocinio que utilizan y lejos de generar certeza, ofrecen dudas acerca de si la recurrente tuvo o no la intención de actuar contra la menor agraviada, la pena aplicable, si de proporcionalidad se trata, estaría bastante lejana de aquella alternativa por la que finalmente se ha optado.

14. Teniendo en cuenta lo expuesto, es necesario examinar los fundamentos de la impugnada sentencia de fecha 28 de enero de 2011, respecto de la proporcionalidad de la pena, con el fin de verificar si los argumentos de la mayoría del TC están suficientemente justificados.

Al respecto, dicha sentencia establece lo siguiente:

(...) la pena conminada prevista por la ley para el delito imputado será de cadena perpetua.

Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 003-2006-AI/TC, de fecha 9 de agosto de 2006, ha precisado que la pena de cadena perpetua no resulta inconstitucional; sin embargo, no resulta aplicable a la acusada por no ser compatible con los fines de la pena

previstos por el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, concordante con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que establece:

“la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora (...)”, muy a pesar de que conforme se señala en aquella sentencia constitucional tendría derecho a que se revise la pena, aunado al principio de humanización de la pena nos permite establecer criterios que nos acercan a imponer una pena adecuada y no la de cadena perpetua, en aplicación al principio de proporcionalidad contemplado por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

En consecuencia, a la acusada se le debe imponer una pena menos gravosa, a pesar de que ha cometido un delito grave; además, se debe tomar en cuenta sus carencias sociales y su medio social, su edad, su condición de reo primario, a efectos de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad, es decir, la pena concreta que debe imponerse a la acusada, debe ser la de treinta años de pena privativa de la libertad, en forma efectiva.

Esta Sala Mixta toma en cuenta lo señalado por el IV Pleno Jurisdiccional Penal del año dos mil, en cuanto considera que “el principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Tiene que existir una proporcionalidad entre la gravedad del delito (injusto) y la pena. Este principio complementa el principio de culpabilidad, que en sí mismo no garantiza la necesaria proporción entre delito y pena”.

15. De un correcto examen de los fundamentos de dicha sentencia penal, estimamos que la aludida pena aplicada a la recurrente (30 años) es proporcional con la gravedad del delito, si se tiene en consideración: *i)*

que el bien jurídico protegido por el artículo 173 inciso 1 del Código Penal es la “indemnidad sexual” de una menor de 3 años de edad (“la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual”, Expediente N° 00008-2012-PI/

TC FJ 36), y que a menor edad se incrementa la pena debido a la gravedad en la afectación de dicho bien jurídico; *ii)* los fines de prevención de la pena, ya sean de prevención general en su versión negativa (desmotivar respecto de actos de violación de menores de 3 años de edad); de prevención general en su versión positiva (confianza de la población en la justicia penal); de prevención especial (que la autora del delito pueda internalizar el daño ocasionado con su conducta)

e incluso que se ha aplicado una pena (30 años), por debajo del pena establecida en la respectiva ley (cadena perpetua); y *iii)*

que las condiciones específicas de la autora del delito (carencias sociales, medio social, edad, condición de reo primario y finalidad de propiciar su rehabilitación y reincorporación a la sociedad).

16. Asimismo, respetuosamente, discrepamos de los argumentos de la mayoría del TC, en primer término, porque los argumentos de los citados fundamentos 30 y 31, constituyen apreciaciones que corresponden a un juez

penal y no a uno constitucional, en la medida que solo aquel puede determinar cuál debe ser la pena justa o razonable que se debe aplicar en un caso penal. Y, en segundo término, porque los argumentos del fundamento 31

carecen de logicidad, pues, o bien se sostiene que la sentencia estuvo mal motivada y por lo tanto debe anularse, resultando irrelevante un pronunciamiento sobre la pena impuesta, o bien se sostiene que la sentencia estuvo bien motivada, en cuyo caso sí resulta relevante un pronunciamiento sobre la pena impuesta, pero lo que no resulta lógico es sostener, tal como se hace en el fundamento 32, que la sentencia estuvo mal motivada y por tanto debía aplicarse

una pena “bastante lejana” (sic) de aquella de 30 años. Los años de pena privativa de libertad no se aplican según exista una mejor o peor motivación, sino de forma proporcionalidad con la gravedad del delito.

17. En suma, habiéndose acreditado que no se ha vulnerado el derecho a la motivación de la recurrente, como tampoco el principio de proporcionalidad de la pena, consideramos que debe declararse **INFUNDADA** la demanda de autos.

18. Adicionalmente a lo expuesto, llama la atención el considerable valor probatorio que los magistrados emplazados han otorgado a la declaración de la víctima, en este caso, una niña de tres años. Ello da mérito para efectuar algunas precisiones, desde el punto de vista constitucional, sobre la valoración de la prueba en aquellos casos penales que tengan por víctimas a niños.

Análisis sobre la valoración de la prueba en los casos que la víctima sea un niño

19. La Constitución establece en el artículo 4 que el Estado protege al niño y al adolescente.

A partir de dicho enunciado se generan obligaciones positivas, que por ejemplo pueden adquirir dimensiones específicas en los casos de menores de edad que sean víctimas de un delito. En líneas generales, el Estado debe brindar especial protección al niño y adolescente para evitar su revictimización en el proceso penal.

20. Uno de los contenidos del artículo en mención es el principio del interés superior del niño, que a su vez se encuentra recogido en la “Convención sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 2278 del 3 de agosto de 1990.

21. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que en función del principio del interés superior del niño, cuando eventualmente ocurre un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último. La justificación para ello radica en el hecho de que se trata de un principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa”

(Expediente N° 02079-2009-HC, FJ. 13).

22. El principio del interés superior del niño puede definirse como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y un principio de procedimiento. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que se trata de un *derecho del niño* a “que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses”. Igualmente, será un *criterio interpretativo* que permitirá que en los supuestos en los que una norma admita diversas interpretaciones, el intérprete opte por la que satisfaga de mejor manera el interés superior del niño. Y, en relación con su naturaleza de *norma de procedimiento*, esta característica involucra que en cualquier situación en la que se deba tomar una decisión que eventualmente afecte los derechos del niño, el órgano o persona que aplica el derecho utilice el principio en mención, a fin de que en su decisión valore los aspectos positivos y negativos en la esfera de derechos del niño¹.

23. Ahora bien, en relación con el principio de interés superior del niño y su impacto en el ámbito del proceso jurisdiccional, el Tribunal Constitucional (Expedientes N° 02132-2008-PA, FJ. 8, y N° 03744-2007-

PHC/TC), también ha sostenido que aquel es aplicable en todo proceso en el que se encuentren en juego los derechos del niño, lo cual guarda coherencia con la naturaleza de norma procedimental de este principio. Así, ha establecido que: (...) es necesario precisar que, conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la

afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención *especial y prioritaria* en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4 de la Constitución que establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”, se encuentra la preservación del interés superior del niño y del adolescente como una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Tal atención a prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4), debe ser *especial* en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras, por lo que más allá del resultado del caso, debe procurarse un escrupuloso tratamiento y respeto de sus derechos durante el proceso. Asimismo, tal atención debe ser *prioritaria* pues el interés superior del niño y del adolescente tiene precedencia en la actuación estatal respecto de aquellas decisiones judiciales en las que no se encuentran comprometidos sus derechos fundamentales.

24. De las consideraciones planteadas por el Tribunal Constitucional, se puede concluir que el Estado tiene la obligación de proteger de manera especial al niño, en las distintas etapas del proceso, incluyendo la fase previa al proceso, es decir, la relativa a la denuncia policial. En tanto y en cuanto el niño no es un sujeto en igualdad de condiciones respecto de las otras partes, el Estado debe brindarle una protección reforzada y prioritaria.

25. En todas las etapas del proceso, debe partirse del presupuesto de que el niño, independientemente de su edad, tiene la habilidad para proveer información certera de los sucesos que ha experimentado, así como para ejercer sus derechos en un proceso penal².

26. Así, en la valoración de la prueba, también debe operar el principio de interés superior del niño que ha sido antes reseñado. La aplicación del interés superior, permitirá que el testimonio del niño tenga un valor probatorio muy relevante en el proceso. Asimismo, cuando el juzgador se encuentre frente a un caso difícil o trágico, el principio de interés superior es el que determinará, en primera instancia, la preferencia por la tutela de los derechos del niño frente a los derechos del procesado.

27. En todo caso, una decisión en la que el principio del interés superior del niño ha sido empleado, debe explicar de manera expresa los criterios que se han utilizado así como la forma en que se han ponderado los intereses del niño frente a los derechos de la otra parte.

En efecto, de manera conjunta a la valoración de un testimonio emitido por un niño o adolescente, se deben merituar otros medios probatorios que lleven al juez a formarse una opinión razonable sobre los hechos y llegar a una conclusión que se justifique y motive en razón de las convicciones a las que se ha arribado. El solo testimonio, si bien tiene un peso relevante y esencial para la toma de una decisión, debe analizarse en función de otros elementos que forman parte del expediente judicial.

28. En tal sentido, no debe perderse de vista que el interés superior del niño, no determina, *en abstracto y a priori* la prevalencia de los derechos de los niños. En todo caso, su priorización se determinará caso por caso.

29. En la jurisprudencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia (Sentencias T-078 de 2010 y T-554/03), ha hecho mención a la valoración de la prueba en los casos en los que el niño es víctima de un delito, en concreto de la violencia sexual. Al respecto, se ha indicado que en el modelo de Estado Constitucional, no es posible acoger la percepción de los niños como sujetos con limitaciones en su desarrollo psicológico y mental como argumento para restar credibilidad a su testimonio. En ese sentido, es necesario que su testimonio sea utilizado como

una prueba especialmente relevante, cuando haya un relato objetivo sobre los hechos que constituyen o dan origen a la comisión de un ilícito penal. Así, cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria.

En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en las cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo 'normal' el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de 'derecho' sobre el cuerpo del menor.

30. Los efectos de la violencia sexual en la vida de un niño, se visibilizan en el ámbito psicológico, así como en la calidad de vida de la víctima, o afectan pérdidas de productividad en la vida futura del niño, entre otros aspectos. Por esa razón, no se puede partir de la presunción de que se trate de un caso en el que hay igualdad de las partes, pues precisamente la persona que ha cometido el delito ha ejercido autoridad, persuasión, engaño o violencia para afectar la indemnidad sexual de un niño o adolescente, quien se encuentra en total indefensión frente a su agresor.

31. De ese modo, el propio proceso jurisdiccional debe tener una finalidad tuitiva en relación con el niño o adolescente víctima de un ilícito penal. Por ello, es legítimo que el testimonio de un niño o adolescente tenga un alto grado de relevancia o de valor probatorio, más aún si es la víctima directa de una agresión que ha ocurrido sin que haya lugar a testigos.

32. Asimismo, no debe perderse de vista que en el modelo de Estado Social, los poderes estatales cumplen un rol activo en la garantía de los derechos de las personas; en este modelo de Estado no solo se garantiza la igualdad formal ante la ley, sino también la igualdad material. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (Expediente N° 00606-

2004-AA/TC, F.J. 11), la igualdad material establece "una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, per se, desiguales".

33. En ese sentido, con mayor razón es legítimo que el Estado otorgue un rol prevalente a la víctima de agresión sexual, sobre todo, cuando se trata de un sujeto de derecho en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los niños y adolescentes. No podría decirse lo contrario, pues ello implicaría adherirse al modelo abstencionista propio del modelo de Estado liberal.

34. En relación con el testimonio de los niños como medio de prueba, cuando han sido víctimas de violencia sexual, es necesario que su credibilidad se determine por pautas objetivas, que a modo ilustrativo, podrían ser las siguientes:

- Conocimiento sexual inapropiado para la edad.
- Relato espontáneo.
- Lenguaje propio de los niños y desde el punto de vista infantil.
- Descripción detallada.
- Relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo.

- Relato verosímil: la historia es plausible y físicamente posible.
- Comparación de la historia de los síntomas y conducta del niño favorable con el contenido de la entrevista.
- Descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual (amenaza, presión, seducción, coerción)³.

35. Como ya se ha mencionado, tales pautas deberán ser tomadas en cuenta según las peculiaridades que se presenten en cada caso concreto, pero en ningún supuesto, en el que los niños se encuentre en calidad de víctimas, los jueces podrán desatender el principio del interés superior del niño, ya sea como un derecho sustantivo, principio interpretativo o principio de procedimiento.

SS. LEDESMA NARVÁEZ, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

1 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en: <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf>, revisada el 10 de diciembre de 2014.

2 BERLINERBLAU, Virginia. "Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil".

En: UNICEF y otros. *Acceso a la justicia de niños/niñas víctimas*. Disponible en: <<http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>>, revisado el 10 de diciembre de 2014, p. 145.

3 *Ibidem*, p. 149.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

LA PENA DE PRISIÓN, DE LAS SOCIEDADES DISCIPLINARIAS A LAS SOCIEDADES DE CONTROL

María Cecilia TORO *

[-]

*"Nunca las rejas son suficientes, jamás alcanzarán las penas, siempre serán poco los castigos; el grito se extiende, continúa, reaparece hoy en una esquina y mañana en otra, como si quisiera poblar con su desgarrada humanidad ese caos, esa tierra de nadie donde nosotros hemos decidido no estar" (Alberto Morlachetti)**.*

I. Introducción

La pena de prisión se nos presenta en el siglo XXI como un paradigma desfasado de época en cuanto a sus fines, al menos los proclamados en las legislaciones occidentales. Sabemos que tal instituto suele ser presentado como la consecuencia de un hecho jurídicamente delictivo, por tanto, pareciera que se trata de una ecuación también jurídicamente simple, pero ello no es así, pues se trata de algo mucho más complejo, tanto como lo son las relaciones sociales.

Para dimensionar a la pena de prisión no puede ni debe perderse de vista el marco social, cultural, económico, político, en el que ella emerge o para ser más precisos, del que ella emerge, pues, sin duda y, como lo ha sostenido Muñoz Conde, el sistema penal, más concretamente, la pena de prisión, es como la punta del iceberg donde lo que no se ve es lo que realmente importa¹. En verdad, no es más que una muestra de la justificación que se pretende dar a una estructura institucionalizada de represión, y se constituye en el receptáculo de todo un entramado de control anterior, receptáculo que un importante sector de nuestras sociedades periféricas difícilmente podrá eludir. La prisión es, como lo afirma Foucault, "la imagen de la sociedad, una imagen transformada en amenaza"².

Sabemos que la pena de prisión surgió en una primera instancia como una medida cautelar, es decir, como lo que actualmente se conoce como prisión precautoria o preventiva, no era ella pues un instituto en sí mismo, esta se consagra como instituto autónomo, recién hacia el siglo XVIII, dentro del esquema de las instituciones totales. Ahora bien, es cierto que todas las instituciones de encierro del siglo XVIII³ tenían por finalidad la marginación, por el contrario las del siglo XIX y de acuerdo al nuevo aparato productivo, tenían por finalidad la normalización y la fijación. Llegados al siglo XX, y ya refiriéndonos en concreto a la prisión, se ha dicho que esta tenía por finalidad la "resocialización" –término que consideramos vacío de contenido y sobre el que no se ha podido encontrar una significación concreta– pero siempre en el marco de lo que Foucault ha denominado como sociedad disciplinaria. Ya en los albores del siglo XXI, consideramos que ha habido, sin duda, un tránsito hacia una nueva forma de sociedad, el marco de contrariedades encontradas, que se unen y no se contraponen, con el que nos encontramos en este momento, es el de las sociedades de consumo, sociedades de economía financiera, en las que ya no se necesita la "normalización para la fijación" al aparato productivo sino que en contraste, tal sociedad se apoya en la exclusión, se nutre de ella; el control se ha atomizado, sin embargo no ha perdido rigurosidad, en cambio se ha intensificado. Se abre paso así a lo que se ha denominado como "sociedades de control"⁴.

En el presente trabajo, abordaremos a la pena de prisión dentro del contexto, o mejor dicho, como consecuencia del nuevo contexto de las sociedades de control, para lo que será necesario acercarnos al concepto primero de sociedad disciplinaria. Intentaremos indagar acerca de cuál es el fin que dicha pena cumple, en cualquier caso, será necesario primero desmitificar y luego prescindir del concepto de resocialización.

II. Sociedades disciplinarias

Foucault sitúa el surgimiento de las sociedades disciplinarias entre los siglos XVIII y XIX, con el sistema panóptico como esencia sobre el cual se funda. En verdad, el panóptico es una forma de vigilancia, ideada por Bentham. Consistía en una estructura arquitectónica con forma de anillo y un patio al medio, el anillo se dividía en celdas cada una de las cuales daba al exterior y al interior, asimismo una torre central dominaba toda la escena, en dicha torre tan solo un vigilante servía para controlarlo todo y lo hacía sin que nadie pudiera verlo⁵.

Este diseño, para Foucault, se trasladaba a la sociedad, como un sistema de vigilancia total, a través de las instituciones de encierro, cuya forma más perfecta se encontraba en la prisión, sin embargo, todas estas instituciones tenían por finalidad la normalización o la fijación en el aparato productivo que hacia el siglo XIX estaba en pleno crecimiento.

Era necesario pues, adaptar a los individuos a esa nueva forma de ver y de hacer el mundo. A diferencia de lo que ocurría en el siglo XVIII, en el que el poder estaba estrechamente vinculado a la posesión de las tierras y era marcadamente estamental⁶.

Ya a fines del siglo XVIII y principios del XIX, por el contrario era necesario adiestrarlos, fijarlos, normalizarlos para el aprovechamiento de la productividad. El panóptico irrumpe entonces, cuando la burguesía llegó a ser la clase políticamente dominante, con un discurso que blandía la denominada "igualdad" de todos los miembros de aquel cuerpo social, con todo y como lo sostiene Foucault "(...) el desarrollo y la generalización de los dispositivos disciplinarios ha constituido la otra vertiente oscura, de estos procesos. Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios había subyacentes mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente igualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas"⁷. La disciplina crea cuerpos dóciles, domesticados, adiestrados, útiles.

Terán ha sostenido acertadamente que la disciplina es el conjunto de técnicas de control corporal que apuntan a una cuadrícula del espacio y del tiempo buscando, con la mayor economía, reducir la fuerza del cuerpo en tanto fuerza política y maximizarla como fuerza económica. De allí en más, un espacio analítico, celular y aun colmenar permitirá, dentro de una sociedad compleja y confusa, ubicar, clasificar y, por fin, vigilar y castigar.

Es decir, la disciplina es una economía política del detalle que produce "individuos"

y hace de esta producción individualizante, un método de dominación⁸.

Los nuevos sistemas de vigilancia social establecidos por el poder, la clase industrial y propietaria, se tomaron de los controles de origen popular o semipopular y se organizaron en una visión autoritaria y estatal. "Los individuos sobre los que se ejerce el poder pueden ser el lugar de donde se extrae el saber que ellos mismos forman y que será retranscrito y acumulado según la nueva forma; o bien pueden ser objeto de un poder que permitirá a su vez nuevas formas de vigilancia"⁹.

Correlativamente, hay en ese instante histórico una transformación de la concepción de la penalidad, del concepto de crimen y de criminalidad.

Así, toda la penalidad del siglo XIX

pasa a ser vigilancia, como lo afirma Foucault no tanto sobre si lo que hacen los individuos está de acuerdo o no con la ley, sino más bien a nivel de lo que pueden hacer, son capaces de hacer, o están dispuestos a hacer¹⁰.

Es en ese mismo periodo en que cambia también radicalmente la visión del crimen y del criminal, el criminal es el enemigo social, el que se ha apartado y ha roto el pacto.

Concepción que, sin duda, ha sido clave en la historia punitiva de occidente¹¹.

Emerge entonces la prisión, de una manera paradigmática, como el medio de vigilancia por excelencia. La prisión, se impuso simplemente porque era la forma concentrada, ejemplar, simbólica, de todas estas instituciones de encierro creadas en el siglo XIX.

De hecho, la prisión es isomorfa a todas estas instituciones. En el gran panoptismo social cuya función es precisamente la transformación de la vida de los hombres en fuerza productiva, la prisión cumple un papel mucho más simbólico y ejemplar que económico, penal o correctivo, así lo ha afirmado Foucault: "(...) he aquí lo que la sociedad es;

vosotros no podéis criticarme puesto que yo hago únicamente aquello que os hacen diariamente en la fábrica, en la escuela, etc. Yo soy pues, inocente, soy apenas una expresión de un consenso social". Así, la prisión no se nos presenta en esta etapa como una ruptura con las otras instituciones de vigilancia, sino por el contrario como una continuidad de ella:

"La mejor prueba de que vosotros no estáis en prisión es que yo existo como institución particular separada de las demás, destinada solo a quienes cometieron una falta contra la

ley”¹² Quedaba de manifiesto de esta manera el ejercicio implacable del poder, en este caso, punitivo¹³.

1. Resocialización y sociedad disciplinaria

El modelo prisional, aquel que encumbra a la pena de prisión como el paradigma del sistema punitivo y de las instituciones de encierro, se concreta entonces en un momento cronológicamente sucesivo a su manifestación como lugar de práctica de exclusión¹⁴.

Nadie ha cuestionado, por otra parte, su coetaneidad con el surgimiento del capitalismo, y la necesidad de adiestramiento de la enorme masa improductiva como consecuencia de la revolución industrial. Así, Foucault, afirma con certeza: “El crecimiento de una economía capitalista ha exigido la modalidad específica del poder disciplinario, cuyas fórmulas generales, los procedimientos de sumisión de las fuerzas y de los cuerpos, ‘la anatomía política’ en una palabra, pueden ser puestos en acción a través de los regímenes políticos, de los aparatos o de las instituciones más diversas. Instituciones como la escuela, la familia, el hospital, la fábrica integran este universo en donde la disciplina y sus dispositivos cobran un particular sentido, pero (...) la prisión, es pieza esencial en el arsenal punitivo”¹⁵.

La respuesta segregativa a las diversas formas de malestar social en el estado del capitalismo competitivo, responde adecuadamente a las necesidades disciplinarias y son las propias vinculadas a la fuerza-trabajo, es decir, la producción de trabajo como mercadería.

Esta necesidad obliga a pensar en la práctica institucional como aquella en que, en los angostos espacios de la exclusión, sea posible educar coercitivamente a aquel factor de la producción que es el trabajo a la disciplina del capital¹⁶.

Ahora bien, a la vertiente económica de la necesidad de la “resocialización” de los penados, es decir, la adaptación mediante el encierro a las nuevas formas productivas¹⁷, se incorporaría además la necesidad de la veta “tratamental” esgrimida por el positivismo criminológico¹⁸, con la visión de quien había cometido un crimen como alguien física, social y psicológicamente defectuoso, a quien debía corregirse mediante el encierro, quien debía ser “corregido”, “adaptado”, “socializado”.

Tal como lo ha sostenido Daroqui, la prisión a sus comienzos, encerraba para retribuir a aquellos que habían violado el pacto en la sociedad de “iguales” que la revolución francesa y la ilustración pregonó, casi 50 años después tenía la oportunidad de presentarse con un fin útil: corregir. Esa voluntad propia del correccionalismo que transformó a las cárceles en laboratorios, a los delincuentes en enfermos, que patologizó el delito, que extendió su accionar más allá de los muros, que se inscribió como estrategia terapéutica para “gobernar la cuestión social”, que sumó mal vivientes, niños y ancianos abandonados, y se extendió más aún y llegó hasta aquellos que representaban una amenaza al orden social dominante, se constituyó en una “violencia pedagógica” con un corpus científico sostenido básicamente en el saber jurídico y en el saber psiquiátrico.

El positivismo centrará su andamiaje conceptual y práctico en el campo de la peligrosidad social y ello si bien tendrá como referente al delincuente, ese espacio social será integrado por otros tantos “diferentes”

sobre los que habrá de operar con un criterio de defensa social, y de esta forma garantizar la continuidad de un orden que los acepta en cuanto sujetos disciplinados y sometidos, sujetos-sujetados. Vigilancia y corrección desde la cárcel hacia la sociedad. Ni más ni menos que sociedad disciplinaria¹⁹.

Así, la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad fue afianzándose en el devenir de la historia punitiva, y dentro del contexto de lo que continuaban siendo sociedades disciplinarias. Ya en el siglo XX

y luego de la Segunda Guerra Mundial, llegado el denominado “estado de bienestar”

las legislaciones punitivas de occidente, le otorgarían a la pena privativa esa finalidad preventivo-especial de carácter positivo, no limitada a intimidación individual²⁰ sino a resocializar, adaptar, devolver a quien ha delinquido a la sociedad, a llevar “una vida sin delitos”²¹. Lo que podía incluso constituirse en un anhelo en un Estado en el que se fomentaba la distribución de los bienes sociales de una manera equitativa.

Llegados a la década del noventa del siglo XX nos encontraríamos con lo que se constituyó en el punto culmine de lo que se ha denominado el triunfo de las políticas neoliberales, se propuso incluso un “fin de la historia”, según palabras de Fukuyama²². Se implementaron políticas que se tradujeron en un “achicamiento del Estado”, en un progresivo abandono y transformación de funciones que tradicionalmente este cumplía.

Fenómeno de característica mundial, que no ha desaparecido sino que se acrecentó llegado el fin del milenio. Hemos sido testigos y protagonistas del paulatino deterioro de la calidad de vida (y, particularmente en Argentina, de una de las peores crisis de nuestra historia). Ya en el año 1989 Zaffaroni, en su libro *En busca de las penas perdidas*, nos brindaba una visión apocalíptica del tema. Él nos decía: “De no modificarse y revertirse la actual tendencia, en el año 2000 estaremos fuera de toda competencia internacional, con una población joven considerablemente deteriorada por efecto de carencias alimentarias y sanitarias elementales y con deficiente educación, con notoria marginación urbana en términos de pobreza, con una alta reducción de la clase obrera”²³.

Situación fáctica reflejada en los porcentajes de prisionizados que no poseían educación básica, o que carecían de empleo estable al momento de ingresar al engranaje penitenciario²⁴

25.

Sin embargo, ya en los ocasos del siglo XX, los ordenamientos en la materia continuaban sosteniendo la finalidad “resocializadora” de la pena privativa, con la utilización de mecanismos “tratamentales”. Con todo, ¿hasta qué punto la dignidad humana no se ve lesionada cuando al sujeto se lo somete a un “tratamiento de educación obligatorio” o a una “reformación” reemplazo o reformulación de sus valores éticos, morales, culturales? Con razón Neuman nos dice “que ninguna duda quede: no es posible readaptar a nadie, ni a un solo recluso en recintos lóbregos donde no se puede educar para la libertad, ni se puede privar de libertad haciendo del preso parte del encofrado o poco menos. Es un ser humano y los seres humanos tienen derechos que hay que respetar”²⁶. Como lo afirman Riquert y Jiménez, esta situación se patentiza aún más en el caso del autor imprudente o el ocasional (en ellos, en el ocasional y en el imprudente la cárcel provocará un efecto criminógeno) que con evidencia no necesitan de un tratamiento “resocializador”, además que no se ha podido formular la resocialización en ningún lugar con grado de eficacia o resultados verdaderamente convincentes teniendo en cuenta el alto número de reincidentes que registran los establecimientos carcelarios argentinos, circunstancia que se reitera a nivel internacional²⁷.

El discurso resocializador es pues carente de sentido en sociedades criminógenas que son capaces de engendrar el crimen, pero que al mismo tiempo pretenden “resocializar” a quienes han cometido un delito. Cabe entonces, preguntarse aquí: ¿a qué sociedad debe regresar el delincuente que ha cumplido su pena?

¿A la misma que lo condicionó y lo expulsó?

Cobo Del Rosal, en postura crítica (que compartimos), nos dice que “las críticas que se elaboran son tanto dirigidas a la existencia misma del concepto resocializador como a su significado constitucional, como en particular a su posible proyección práctica. Así desde muy diversos sectores doctrinales se ha estimado que la idea de reeducación o de reinserción social es inadmisibles, bien por cuanto debiera requerir un auténtico cambio de estructuras, bien por

entrar en contradicción con la misma dignidad humana, con la posición de conflicto valorativo a la que en definitiva tiene derecho todo ser humano”²⁸.

III. Sociedades de control²⁹

En este punto se hace imperioso nos acerquemos al pensamiento de Deleuze³⁰. En su artículo *Post scriptum sobre las sociedades de control*³¹, marca, sin duda, un punto de inflexión entre las sociedades disciplinarias y las de control.

Foucault, sitúa a las sociedades disciplinarias³²

en los siglos XVIII y XIX y hemos visto que en el XX alcanzan su apogeo, sabemos también que en la cúspide de este sistema encontramos a la prisión, como sociedad disciplinaria por excelencia.

Ahora bien, ya en los ocasos del siglo XX, las sociedades disciplinarias empiezan a desdibujarse, a perder fuerza, a diluirse en nuevos espacios y en una concepción distinta del poder, de su forma de ejercicio, el poder se ha desterritorializado; la fluctuación de masas de capitales sin dueño visible que atraviesan las fronteras mediante el uso de la informática;

la economía transformada en economía financiera tan poderosa a punto de ser capaz

de remover gobiernos o al menos ponerlos en crisis en cualquier lugar del planeta;

el reemplazo de la fábrica por la empresa;

la aparición de una nueva forma de ciudadanía, que ya no está estrictamente vinculada a la pertenencia a determinado país, sino a la capacidad de consumo³³; la apertura de los espacios, con el consiguiente debilitamiento de los sistemas de encierro; el auge de la inmediatez de la comunicación, la nueva concepción del mundo y del capitalismo, han sido condiciones todas que han provocado la crisis, la agonía de la sociedad disciplinaria.

Con acierto, ha sostenido Deleuze, “las disciplinas entraron en crisis en provecho de nuevas fuerzas que se iban produciendo lentamente, y que se precipitaron después de la Segunda Guerra Mundial: las sociedades disciplinarias son nuestro pasado inmediato, lo que estamos dejando de ser”³⁴.

Sin duda, y es menester reconocerlo, si el siglo XX ha sido foucaultiano, el XXI nos encuentra ante un siglo que le pertenece enteramente a Deleuze.

¿Pero cuáles son las características de las sociedades de control? Pues bien, nos será útil en principio, marcar las diferencias con las disciplinarias. Estas (las disciplinarias)

presentan dos polos: la marca que identifica al individuo y el número que indica su posición en la masa, el poder es al mismo tiempo masificador e individuante, ha sostenido agudamente Deleuze; forma un cuerpo con aquellos sobre quienes se ejerce al mismo tiempo que moldea la individualidad de cada uno de sus miembros³⁵.

En las sociedades de control, por el contrario, lo esencial ya no es una marca sino una cifra, que es una contraseña. “El lenguaje numérico de control se compone de cifras que marcan o prohíben el acceso a la información. Ya no estamos ante el dualismo individuo-masa.

Los individuos han devenido “dividuales” y las masas se han convertido en indicadores, datos, mercados o “bancos”³⁶. En las sociedades disciplinarias siempre se tenía que volver a empezar, el circuito se hacía entre un sistema de encierro a otro, en las de control, nunca nada se termina, porque precisamente, el poder se ejerce ahora de manera continua sin desfases, es omnipresente, y ha dado por tierra con el sistema panóptico, se ha atomizado, es pleno, y

es total. El control por otra parte es inmediato, lo caracteriza la continuidad, se ejerce a corto plazo, de manera ilimitada, continua, a diferencia de la disciplina que aunque tenía una duración infinita era por el contrario discontinua.

El consumo desmedido reinante en las sociedades de control, va marcando así mismo, la presencia de esa nueva forma de ejercicio del poder. Todo es flexible, todo es líquido, todo se resuelve con el “*track track*” de la tarjeta de crédito. Pero cada vez que usamos la tarjeta, cada vez que enviamos un *e-mail* o que miramos una página de Internet, vamos dejando rastros, huellas. Vamos diciendo qué consumimos, con qué nos entretenemos, qué opinión política cultivamos. Y cuanto más dentro del grupo de pertenencia está un individuo, más se multiplican sus rastros. Todo eso forma parte de un enorme archivo virtual que permite, entre otras cosas, “orientar” nuestro consumo. No se nos confina en ningún lugar, pero somos permanentemente “ubicables”. No se nos interna en un hospital pero se nos somete a medicinas “preventivas” y “consejos de salud” que están presentes en cada instante de nuestra vida cotidiana, que nos hacen decidir qué tomar, qué comer, cómo conducir un automóvil. No hacemos el servicio militar ni —si tenemos la fortuna suficiente— somos convocados a participar en el ejército. Pero vivimos “militarizados” por el miedo que los medios de comunicación nos infunden de que las “bandas urbanas” nos asesinen por un par de zapatillas³⁷.

En el fondo, se trata, tenemos la convicción, de una transformación del capitalismo, de una mutación. Así, el capitalismo ya no se concentra en la producción, a menudo relegada a la periferia tercermundista, incluso en la compleja forma de producción textil, metalúrgica o petrolífera. “Es un capitalismo de superproducción. Ya no compra materias primas ni vende productos terminados o procede al montaje de piezas sueltas. Lo que intenta vender son servicios, lo que quiere comprar son acciones. No es un capitalismo de producción sino de productos, es decir de ventas o de mercados. Por eso es especialmente disperso, por eso la empresa ha ocupado el lugar de la fábrica”³⁸.

Sin embargo, y este punto nos interesa fundamentalmente, Deleuze sostiene con una claridad rotunda, que hay una constante del capitalismo y es que tres cuartas partes de la humanidad continúan en la extrema miseria, y son por tanto, como el filósofo francés lo ha afirmado, demasiados pobres para endeudarlas, demasiado numerosas para encerrarlas³⁹.

Estos conforman una enorme masa de excluidos, aquellos que son menos que esclavos, pues estos, y coincidiendo con Neuman, decimos, tenían la esperanza de algún día recuperar la libertad.

1. La pena de prisión y las sociedades de control

Con lo que hemos visto aquí, es inevitable que nos preguntemos, ¿cómo es posible entonces que la pena de prisión y la prisión —encierro por excelencia— pervivan en este nuevo tipo de sociedades? Ellas subsisten prácticamente incólumes, casi como en el siglo XIX, incorruptas, intactas, podríamos decir, que hasta con más fuerza.

Creemos que la respuesta es simple, la pena de prisión, continúa siendo útil, funcional, sigue siendo el engranaje de una maquinaria siempre represiva, ahora, precisamente de control.

Se han implementado en diversas legislaciones las denominadas “medidas alternativas” a la prisión, quizás como la demostración de esa apertura de espacios a la que hacíamos referencia con anterioridad, evidenciando de esta manera la crisis también de esta institución total, pero tales medidas alternativas nunca se han constituido en sanciones autónomas o si se quiere, en penas en sí mismas, sino en “alternativas”, subsistiendo la pena de prisión de una forma contundente, y así lo demuestran las estadísticas mundiales⁴⁰.

“Más prisiones”, parece ser el lema también del siglo XXI, pero esta vez con una veta más voraz y es la visión de esta institución total como una empresa, que también cotiza en bolsa⁴¹, y que se nutren de la materia prima:

presos. La ecuación es simple, más prisiones, más presos, más ganancia. Al menos este es el modelo que pretende exportar EE. UU.

Lo cierto es que las prisiones están pobladas y súper pobladas de excluidos, de inmigrantes⁴², de míseros, única respuesta de las políticas criminales de los estados a la necesidad de mayor “seguridad” clamada por los miembros de este cuerpo social del ahora siglo XXI.

Es decir, que el espacio cerrado, que implica la prisión, no es incompatible de manera alguna con la nueva forma de ejercer el poder, sino por el contrario, lo intensifica y lo nutre.

IV. A modo de conclusión

Comprobamos cotidianamente que la pena de prisión subsiste, lo hace desde hace más de 200 años y continuará acompañándonos durante mucho tiempo más. Tenemos también la convicción de que la historia, en este caso, la punitiva, es una construcción sin rupturas, con carácter continuo y circular, que permite el retorno del pasado de una manera fatal. El contexto social, económico, tecnológico, con el que nos encontremos, se trasluce como un mar de fondo donde vemos que en definitiva todo puede traducirse en una sola palabra: dominio. Las condiciones son otras, es cierto, pero el dominio como la prisión persiste, remozado, renovado, sin mácula, sin oposición, simplemente: dominio. Primeramente eran los marginados, los míseros, ahora son los excluidos. Quienes pueblan las cárceles del planeta, insistimos, son ellos.

También están aquellos que han sido abandonados por el poder político de turno, pero constituyen un porcentaje minoritario, están también aquellos que han cometido delitos sin duda gravosos, las más de las veces los típicos delitos (homicidios, abusos sexuales)

que sirven para alimentar a los constructores de la realidad penal (como lo son los medios de comunicación social) y para reavivar el pedido de “más prisiones”, pero el paisaje carcelario continúa constituido por quienes no han sido invitados a quedarse ni adentro ni afuera, pues cuando purguen sus condenas volverán al mismo sitio que los expulsó, y si han sobrevivido a pesar del sistema penitenciario, en porcentaje abrumador, retornarán al espacio cerrado de la institución total carcelaria.

Coincidimos con Daroqui en que la prisión, sin duda, responde a un proyecto más amplio que la comprende, porque se afirma que continúa hoy dando esa misma respuesta, cuáles son los objetivos en este presente de mantener y expandir la prisión, son los mismos del siglo XVIII, XIX o del XX, quiénes y cuántos están hoy en las prisiones, son quiénes y cuántos estuvieron hace 200 años⁴³.

Las torturas, los malos tratos, son también moneda corriente, la “marca en el cuerpo”, no parece haber quedado atrás, regresa de manera recurrente, y así está también demostrado en las estadísticas elaboradas por distintos organismos internacionales⁴⁴.

Empezamos este trabajo diciendo que debíamos prescindir del concepto de “resocialización”

y tenemos la plena convicción de que así tiene que ser. Sobre los porcentajes mayoritarios de la población penitenciaria, ya no se ejerce disciplina para la fijación ni el adiestramiento, en estas nuevas sociedades de control, la prisión emerge pues robustecida ahora como un instrumento más de control, y también, como hemos visto, como una auténtica empresa, que cotiza en bolsa. Es necesario dejar de lado también la moralina hipócrita, con la que se ha pretendido dar contenido al término difuso de “resocialización”. La pena de prisión está allí, y sirve para controlar durante un determinado periodo de tiempo a los “inútiles para el mundo” o no tanto, pues permiten que el control se vivifique, que el Estado desdibujado en las nuevas redes del poder se haga presente y perviva.

La pena de prisión es control y es castigo. No hay espacios para eufemismos. El “gran encierro” se hace presente nuevamente, es que las sociedades modernas son

antropoémicas⁴⁵; proceden vomitando a los desviados, manteniéndolos fuera de la sociedad o encerrándolos en instituciones especiales dentro de sus perímetros. A la nueva “gran segregación”, habrá que conocerla, estudiarla, develarla, cuantificarla y cualificarla y en este sentido no permitir que se le cambie el nombre y el sentido.

Esta es una realidad y por realidad, es irrefutable.

Reconocerla y asumirla son presupuestos indispensables para, como dice Daroqui⁴⁶, enfrentarla. Al menos ese sería un inicio para pretender alguna transformación, que permita la oposición de resistencia, se trata sin duda de una utopía, y por tal seguramente inalcanzable, pero tenemos también la convicción de que en el afán de alcanzar las utopías se avanza inexorablemente hacia ellas, y hacia allí es hacia donde debe apuntar nuestro compromiso.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca (España).

** MORLACHETTI, A. *Crónicas desangeladas*. Buenos Aires, 2007.

1 MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal y control social*. Temis, Bogotá, 1998, p. 34.

2 FOUCAULT, M. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa, México D.F., 1983.

3 La prisión, el psiquiátrico, la escuela, el hospital, el ejército.

4 Deleuze va más allá de Foucault y sostiene con acierto que hemos transitado hacia formas de control en medios abiertos, el control en las nuevas sociedades es difuso, no tiene límites espaciales ni temporales, así afirmó que “(...) es posible que los más duros encierros lleguen a parecernos un pasado feliz y benévolo frente a las formas de control en medios abiertos que se acercan”. El control es continuo, no tiene desfases, es total. Vid. al respecto:

DELEUZE, G. y GUATTARI, F.: *¿Qué es la filosofía?* Anagrama, Barcelona, 1993.

5 “Una casa de penitenciaría (...) debería ser un edificio circular, o por mejor decir, dos edificios encajados uno en otro. Los cuartos de los presos formarían el edificio de la circunferencia con seis altos (seis pisos o niveles), y podemos figurarnos estos cuartos como unas celdillas abiertas por la parte interior. Una torre ocupa el centro, y esta es la habitación de los inspectores, la torre de inspección está también rodeada de una galería cubierta con una celosía transparente que permite al inspector registrar todas las celdillas sin que le vean, de manera que con una mirada ve la tercera parte de sus presos, pero aunque esté ausente, la opinión de su presencia es tan eficaz como su presencia misma. Entre la torre y las celdillas debe haber un espacio vacío, o un pozo circular, que quita a los presos todo medio de intentar algo contra los inspectores. El todo de este edificio es como una colmena, cuyas celdillas todas pueden verse desde un punto central”. Vide BENTHAM, J. *El panóptico*. La Piqueta, Madrid, 1979;

vide también: MARÍ, E.E. *La problemática del castigo, el discurso de Foucault y Bentham*. Hachette, 1998.

6 Se le ha denominado como “Antiguo régimen”, caracterizado por un sistema centrado en minorías privilegiadas:

la nobleza y el clero, con la agricultura como base de la economía. Marcadamente estamental, siendo el último de los estamentos la gran masa del campesinado la que finalmente mantenía económicamente al régimen mediante el pago de elevadísimas rentas. Empezaba empero a vislumbrarse, ya a fines del siglo XVIII una incipiente clase burguesa. Vide al respecto: TOCQUEVILLE, A. *El antiguo régimen y la revolución*. Alianza, Madrid, 2004.

7 FOUCAULT, M. *La verdad...* Ob. cit., p. 91.

8 TERÁN, O.: *Foucault: Discurso, poder y subjetivación*, Buenos Aires, 1995, p. 25.

9 FOUCAULT, M. *La verdad...* Ob. cit., p. 74.

10 *Ibíd*em, p. 42.

11 *Ibíd*em, p. 53.

12 *Ibíd*em, p. 137.

13 Es importante aquí, no perder de vista la concepción del poder foucaultiano como poder microfísico, como un entramado que no deja resquicios, es el poder que se ejerce sobre los cuerpos, sobre las acciones, sobre el tiempo, y el espacio, un poder que produce saber y que al mismo tiempo es individuante, la disciplina así, dirigida hacia lo micro que se transforma en un verdadero biopoder. Vide al respecto: FOUCAULT, M. *Microfísica del poder*.

La Piqueta, Madrid, 1979.

14 PAVARINI, M. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Siglo XXI, México D.F., 1983, p. 98.

15 FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI, México, 1986.

16 RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O: *Pena y estructura social*. Temis, Bogotá, 1984, p. 65.

17 La prisión, devolvería entonces “obreros útiles” a las nuevas sociedades burguesas, mediante el disciplinamiento en esos espacios cerrados llamados prisiones.

18 Corriente representada por los italianos Garófalo, Lombroso y Ferri.

19 DAROQUI, A. *La cárcel del presente. Su sentido como práctica de secuestro institucional*. Buenos Aires, 2005.

20 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “La resocialización: Objetivo de la intervención penitenciaria”. En:

P'apers de estudis i formació. País Vasco, 1993, p. 11.

21 Con todo, tampoco aceptamos esta concepción de “resocialización”, pues entendemos que resulta invasiva respecto del principio básico de la autodeterminación y elección de forma de vida de cualquier ser humano. Se trata de una concepción cosificante, mecanicista y arbitraria, cargada de una liviana moralidad.

22 Vide FUKUYAMA, F. *El fin de la historia y del último hombre*. Davinci, Barcelona, 1992.

23 ZAFFARONI, E.R. *En busca de las penas perdidas*. Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 98.

24 Vide datos actualizados en: <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=1794>>.

25 Por otra parte, sabemos que se encuentran suficientemente demostrados los efectos devastadores que produce la privación de libertad.

26 NEUMAN, E. *Prisión abierta*. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 31.

27 RIQUERT, M.E. y JIMÉNEZ, E.P. *Teoría de la pena y derechos humanos*. Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 263.

28 COBO DEL ROSAL, M. *Derecho Penal y Constitución*. Tomo I, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, p. 98.

29 Ha sido Burroughs, autor estadounidense (fallecido en 1997) quien se anticipó a Deleuze y acuñó la expresión "sociedad de control" con una carga y un contenido de tinte contestatario a la sociedad norteamericana en la que vivió.

30 Quien no ha sido en sentido estricto un discípulo de Foucault, pero sí ha escrudinado en las tesis foucaultianas de una manera profunda, al punto de superar su visión en referencia a las sociedades disciplinarias y los dispositivos de encierro.

31 Vide al respecto: DELEUZE, G. *Conversaciones 1972-1990*. Pre textos, Valencia, 1999; HARDT, M. "Sociedad mundial de control". En: *Euphorion*. Medellín, 2005.

32 Y que estas al mismo tiempo sucedieron a las de soberanía.

33 Vide LEWKOWICZ, I. *Pensar sin Estado, la subjetividad en la era de la fluidez*. Paidós, Buenos Aires; vide también: LEWKOWICZ, I. y DOBÓN, J. "El ciudadano y el sujeto. Acerca de la tensión entre la subjetividad entre el ciudadano y el deseo". Disponible en: <<http://www.elsigma.com/site/detalle.asp?IdContenido=11583>>.

34 DELEUZE, G. Ob. cit., p. 5.

35 Ibídem, p. 10.

36 Ibídem, p. 11.

37 Vide SANTIAGO, G. *Intensidades Filosóficas*. Ed. Paidós, Buenos Aires.

38 DELEUZE, G. Ob. cit., p. 11.

39 Ibídem, p. 16.

40 Vide Estadísticas penitenciarias mundiales en: <http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_observatorio_vinculos_

[instituciones_universitarias.asp](http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_observatorio_vinculos_instituciones_universitarias.asp)>.

41 En EE. UU. la privatización carcelaria está muy avanzada. La empresa más importante del sector, la Corrections Corporation of America (CCA), fundada en 1983 y que cotiza en la Bolsa de Nueva York desde 1994, es, en volumen de presos, el quinto conglomerado penitenciario del país, tras el Gobierno federal y tres de los 50 Estados.

La CCA ofrece 72.500 camas repartidas en 65 centros que emplean a 16.000 personas. Como indica su página web, "la industria de las prisiones no se ve significativamente impactada por los ciclos económicos", ni por las variaciones en el precio de la energía, lo cual es verdad pues la población carcelaria en Estados Unidos ha ido aumentando constantemente desde los años setenta. Vide al respecto: Inversión con futuro: en cárceles privadas, disponible en: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=44306>>.

42 Sabida es la intervención de las empresas penitenciarias privadas estadounidenses, especialmente, CCA, en la elaboración de la denominada Ley Arizona, que tiene por finalidad la lisa y llana privación de libertad de todo inmigrante que no pueda demostrar su estancia

“legal” en el país del norte. Lo que generará, por supuesto, ganancias más que millonarias. Vide: “Arizona: la xenofobia y el negocio de encarcelar inmigrantes”, disponible en:

<<http://www.nodo50.org/cepid/spip.php?article1056>>.

43 DAROQUI, A. Ob. cit.

44 Vide al respecto: Informe de Amnistía Internacional, disponible en: <<http://www.amnistia.org.ar/nuestro-trabajo/temas/tortura-y-malos-tratos/actua>>. Informe de la ONU, disponible en: <www.rnw.nl/.../onu-abusos-en-prisiones-en-todo-el-mundo>.

45 Estas sociedades, afirma Levi Strauss, vomitan al individuo de su seno. Opone a estas sociedades a las antropofágicas, dos formas distintas que tienen sociedades distintas de enfrentarse o tratar a los sujetos que no se atiene a la norma que es usual en esas sociedades. Así, el mecanismo de la antropofagia sería el de aquellas sociedades que asumen a los sujetos extraños en el cuerpo social, una fagocitosis de lo ajeno en lo propio. Mientras que en las sociedades regidas por el imperativo de la antropeemia, como la occidental, se produciría el proceso inverso de exclusión, rechazando a los seres diferentes, expulsándolos e introduciéndolos así en un orden social distinto dentro del mismo orden social. Es así como surgen las instituciones carcelarias o psiquiátricas, lugares de control para la salud de los cuerpos y su domesticación en aras de una normalización que rige como criterio en tales sociedades. Son las disciplinas anatomo-políticas del cuerpo individual que sirven al cuerpo social. El cuerpo individual es considerado como una máquina, en función de su optimización, su docilidad y en último extremo su integración en sistemas de control económico. Los procesos biológicos del cuerpo al servicio de los intereses políticos. Vide al respecto: LEVI STRAUSS, C. *Tristes trópicos*. Paidós, Barcelona, 1988, p. 441 y ss. 46 DAROQUI. A. Ob. cit.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe

GURGUCHIANI C. ESPAÑA (STEDH 15 DE DICIEMBRE DE 2009): LA IRRETROACTIVIDAD DESFAVORABLE DEL SUSTITUTIVO PENAL DE EXPULSIÓN DEL TERRITORIO

José Miguel SÁNCHEZ TOMÁS *

[-]

I. SUPUESTO DE HECHO

Giorgio Gurguchiani, ciudadano de nacionalidad georgiana, fue condenado por Sentencia de Juzgado de lo Penal número 20 de Barcelona del 7 de octubre de 2002 a una pena de prisión de dieciocho meses como autor de un delito intentado de robo con fuerza en las cosas en casa habitada cometido el 18 de setiembre de 2002. La condena fue confirmada por Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona del 31 de enero de 2003. Interpuesto

recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fue inadmitido por providencia del 21 de julio de 2004 por carecer manifiestamente de contenido constitucional.

El Juzgado convocó la comparecencia a la que hacía referencia el artículo 89 del Código Penal¹, solicitando el Ministerio Fiscal la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al penado por la expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada por un periodo de cuatro años. Por Auto del 11 de julio de 2003 se acordó denegar la autorización y continuar con la ejecución de la condena, argumentando que, a pesar de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 89 del CP, constaba la interposición de un recurso de amparo que todavía no había sido resuelto y cuyo objeto podía perder su sentido si se procedía a la expulsión. El fiscal interpuso un recurso de reforma que fue desestimado por Auto del 19 de setiembre de 2003, destacando el carácter potestativo de la facultad de sustitución de la pena.

El día 1 de octubre de 2003, cuando ya había entrado en vigor la LO 11/2003, del 29 de setiembre, por la que se daba nueva redacción al artículo 89 del CP², el Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación que fue estimado por Auto de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona del 6 de abril de 2004, acordándose sustituir la pena impuesta por la expulsión de territorio español por un plazo de diez años. El argumento principal de dicha resolución fue que, conforme a la nueva redacción dada al artículo 89 del CP por la LO 11/2003, la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años impuesta a un extranjero no residente legalmente en España ya no era potestativa, sino obligatoria, concluyendo que procede la expulsión "(...) de acuerdo con el espíritu de la reforma operada en el CP, la cual tiene como finalidad lograr una mayor eficacia de la medida de expulsión, medida que no podemos olvidar se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido" (fundamento de derecho segundo).

El condenado interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional invocando, en el concreto aspecto que interesa a este análisis, la irretroactividad de una ley penal desfavorable (art. 25.1 CE), con el argumento de que la decisión de la Audiencia Provincial de sustituir la pena por la expulsión se había fundamentado en una redacción del artículo 89 del CP que no estaba vigente ni en el momento de incoarse la ejecutoria ni a la fecha de solicitarse la autorización y que era desfavorable para el penado. El recurso de amparo fue inadmitido por providencia del 10 de octubre de 2005 por carencia manifiesta de contenido constitucional [art. 50.1.c) LOTC] con fundamento en que "de la lectura de la resolución impugnada se desprende que el órgano judicial no aplicó retroactivamente una norma penal desfavorable y fundó su decisión en argumentos relativos a las circunstancias personales en España del recurrente válidos incluso durante la vigencia de la que se invoca como ley anterior".

II. LA RESOLUCIÓN DEL CASO POR EL TEDH

Giorgio Gurguchiani formuló demanda contra el Reino de España ante el TEDH, al amparo del artículo 34 del CEDH, que fue tramitada por la Sección Tercera con el núm. 16021/2006. En la demanda se alegaba, entre otras, la vulneración del artículo 7.1 del CEDH³, por haberse aplicado retroactivamente una norma penal desfavorable.

El TEDH, mediante Sentencia del 15 de diciembre de 2009, concluyó por unanimidad que se había producido una vulneración del artículo 7.1 del CEDH y por un mayoría de cuatro a tres, lo que dio lugar a la formulación de las correspondientes opiniones disidentes, que debía abonarse en concepto de daño moral la cantidad de cinco mil euros. La Sentencia, siguiendo el esquema ordinario de este tipo de resoluciones, tras exponer la jurisprudencia tradicional del TEDH respecto de esta garantía (II.1), procedió a razonar la concurrencia en el asunto planteado de una aplicación retroactiva desfavorable de una sanción penal (II.2) y a establecer una satisfacción equitativa (II.3).

1. La jurisprudencia del TEDH sobre el principio a la legalidad sancionadora

La STEDH *Gurguchini c. España* parte en su razonamiento de un apretado recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal sobre el principio a la legalidad sancionadora reconocido en el

artículo 7 del CEDH (§§ 28 a 31). Así, comienza señalando, con una cita que es casi rutinaria desde las SSTEDH *SW y CR c. Reino Unido*, del 22 de diciembre de 1995 (§§ 34 y 32, respectivamente), que el TEDH ha ubicado esta garantía como uno de las piezas nucleares del CEDH, al constituirse como un elemento esencial de preminencia del derecho, que ocupa un lugar primordial en el sistema de protección del Convenio derivado de la circunstancia de que el artículo 15 del CEDH no autoriza la derogación de esta garantía en tiempo de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación (§ 28)⁴. A partir de ello, y ya en relación con el contenido del que ha sido dotado este principio, la Sentencia, con una remisión clásica a la STEDH *Kokkinakis c. Grecia*, del 25 de mayo de 1993, (§ 52)⁵ y a otra jurisprudencia más reciente, reitera que “el artículo 7 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del Derecho Penal en perjuicio del acusado; consagra, además, de manera más general, el principio de la legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) (...) y, por tanto, el que exige no aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del acusado, por ejemplo, por analogía (...). De ello se deduce que tanto la infracción como la sanción que esta conlleva deben estar claramente definidas por la ley. Esta condición se cumple cuando el individuo puede conocer, a partir de la redacción del artículo aplicable y, en su caso, con la ayuda de su interpretación por los Tribunales, qué actos y omisiones comprometer su responsabilidad (...)” (§ 29).

Esta formulación evidencia, por un lado, que el fundamento de la garantía del principio de legalidad radica en la previsibilidad para el autor del carácter ilícito de su conducta y de la sanción que le correspondería al momento de cometerse los hechos; y, por otro, que se recoge como contenido de este precepto las dos grandes vertientes clásicas del principio de legalidad sancionadora⁶ –que cabe poner en relación con cada uno de los dos incisos del art. 7.1 CEDH⁷– la *lex certa* y la *lex previa*. La garantía de la *lex certa*⁸ implica, como mandato al legislador⁹, la exigencia de que tanto la infracción como la sanción que esta conlleva deben estar claramente definidos por la ley¹⁰ y, en relación con ello, como mandato al juzgador, que no se haga una aplicación de la ley penal de forma extensiva o analógica en perjuicio del acusado¹¹, tanto en lo referido a la determinación del ilícito como a su consecuencia jurídica¹².

Ahora bien, teniendo en cuenta que la cuestión controvertida planteada en el asunto *Gurguchiani* aparece referida a la segunda de las grandes vertientes del principio clásico de la legalidad sancionadora, como es la garantía de la *lex previa*, es a esta concreta dimensión a la que la Sentencia dedica un mayor desarrollo.

Así, recordando que “[l]a tarea que incumbe al Tribunal es por tanto asegurar que en el momento en el que un acusado comete un crimen que da lugar a unos procedimientos y a una condena, existía una disposición legal que hacía punible el acto y que la pena impuesta no ha excedido los límites fijados por esta disposición (...)” (§ 30) y, asumiendo que la prohibición de retroacción de la norma sancionadora desfavorable se refiere tanto a la descripción del ilícito¹³ como a la determinación de las medidas penales¹⁴, la Sentencia expone la jurisprudencia tradicional del TEDH sobre el concepto de “pena”. En concreto, el Tribunal señala que el concepto de pena tiene un alcance autónomo¹⁵, lo que determina que el propio Tribunal debe sentirse libre de ir más allá de las apariencias y apreciar por sí mismo si la consecuencia jurídica impuesta debe tener la consideración de pena¹⁶. A esos efectos, pone de manifiesto que lo determinante es atender a “la naturaleza y el fin de la medida en litigio, su cualificación en el derecho interno, los procesos asociados a su adopción y ejecución, así como a su gravedad” (§ 31). En cuanto a la naturaleza y fin de la medida se incide en que el punto de partida para hacer esa valoración es “determinar si la medida en cuestión ha sido impuesta acompañando a una condena por un delito penal” y concluye que no gozan de la consideración de pena –y, por tanto, de las garantías del artículo 7.1 del CEDH– aquellas medidas relativas a la ejecución o aplicación de la pena, como pueden ser las que hacen referencia a la remisión de la pena o al régimen penitenciario. De ese modo, siendo indubitado en la jurisprudencia del TEDH que el principio de legalidad se proyecta también sobre la pena, pero que la distinción entre medida penal y medida relativa a la ejecución no siempre pueda estar clara en la práctica, lo que sí cabe concluir de las diversas resoluciones del TEDH es el alcance de la garantía del principio de legalidad tanto a las reglas de determinación del *quantum* de la pena (SSTEDH *Gabarrí Moreno c. España*, del 22 de julio de 2003; o *Kafkaris c. Chipre*, del 12 de febrero de 2008)¹⁷ como a las medidas sustitutivas bien sea con finalidad de evitar el ingreso

el prisión (la expulsión de extranjeros que es la medida controvertida en el *asunto Gurguchiani*), bien sea para garantizar el cumplimiento de otra pena (la responsabilidad personal subsidiaria al impago de una multa que es la medida objeto de análisis en la STEDH *caso Jamil c. Francia*, de 8 de junio de 1995).

2. La irretroactividad desfavorable del sustitutivo penal de expulsión del territorio

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial, el TEDH, aunque de un modo un tanto desordenado, argumenta, en primer lugar, y a los efectos de determinar la naturaleza “penal” de la expulsión sustitutiva, que si bien existía una medida de expulsión del recurrente decretada por una autoridad administrativa y no por un juez, el presente litigio, en atención a su devenir procedimental y a los términos en que se produjo el debate, versaba exclusivamente sobre la cuestión de la sustitución de una pena privativa de libertad por la expulsión, conforme a lo regulado en el artículo 89 del CP (§§ 33 y 38). Igualmente, pone de manifiesto que cuando el recurrente cometió la infracción penal en setiembre de 2002, la Ley penal española preveía claramente no solo la pena de prisión que le fue impuesta sino también la posibilidad, regulada en el artículo 89 del CP, de que fuera remplazada por la expulsión fuera del territorio (§§ 32 y 36). De ello concluye, por un lado, que “[l]a pena de prisión podía por tanto equivaler a la expulsión” (§ 36) y, por otro, que la decisión judicial de sustitución de la pena de prisión por la de expulsión “debe analizarse como si esta fuera una pena similar a la fijada en el momento de la condena del interesado” (§ 40)18.

Una vez despejado el carácter de “pena” de la medida sustitutiva de expulsión a los efectos del artículo 7.1 del CEDH, la argumentación del TEDH se centra en determinar si existió o no una aplicación retroactiva de una aplicación desfavorable. A esos efectos, el Tribunal, a partir de la constatación de que la decisión de expulsión fue adoptada en apelación aplicando explícitamente la nueva redacción dada al artículo 89 por la LO 11/2003 –revocando con ello una previa denegación de dicha expulsión en la instancia fundamentada en la redacción entonces vigente del artículo 89 del CP (§§ 34, 37 y 42)–, hace especial incidencia en varios aspectos. El primero, que conforme a la redacción del artículo 89 del CP vigente en el momento de cometerse los hechos, el juez de ejecución disponía de un margen de apreciación para decidir caso por caso la procedencia de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión (§ 32) y que, sin embargo, con la nueva redacción dada al artículo 89 del CP por la LO 11/2003, “la expulsión se había convertido en regla y la discrecionalidad del juez no entraba ya entre los factores a tener en cuenta” (§ 34), ya que este nuevo texto legal “hacía de la expulsión del condenado una medida cuasi automática” (§ 37). El segundo aspecto que destaca es que la nueva redacción del artículo 89 del CP indicaba que la sustitución de la pena por la expulsión debía figurar en la Sentencia, lo que no era obligatorio conforme a la redacción previa (§ 39). La tercera circunstancia que el TEDH pone de manifiesto es que conforme a la nueva normativa el cumplimiento de la pena privativa de libertad inferior a seis años por parte de extranjeros en situación de estancia irregular se convertía en algo excepcional siendo solo necesario haber escuchado al Ministerio Fiscal (§ 37).

Por último, también se resalta que si bien el Ministerio Fiscal se había limitado a solicitar la expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional durante cuatro años, lo que estaba dentro del marco penal fijado en la antigua redacción del artículo 89 del CP –entre tres y diez años–, sin embargo, la Audiencia Provincial estableció la prohibición de reingreso en diez años, tal como se fijaba, sin posibilidad de establecer ningún otro periodo temporal, en la nueva redacción de la norma penal (§ 39).

Todos estos aspectos son los que le sirven al TEDH para considerar, por un lado, que el sustitutivo penal finalmente impuesto al penado era el establecido en una norma cuya redacción no era la vigente en el momento de la comisión de los hechos y, por otro, que dicho sustitutivo era más grave que el concretamente regulado en el momento en que se cometió el hecho, concluyendo por unanimidad que hubo una aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable y, por tanto, una vulneración del artículo 7.1 del CEDH (§§ 43 y 44).

3. La satisfacción equitativa

El artículo 41 del CEDH establece que una vez declarada la vulneración del CEDH, y siempre que el derecho interno del Estado condenado solo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha infracción, el TEDH concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. En virtud de ello, el TEDH consideró por cuatro votos contra tres que el recurrente había padecido un daño moral y que este no se veía suficientemente compensado con la mera declaración de la vulneración sufrida, por lo que concedió al demandante la cantidad de cinco mil euros (§ 55).

Este pronunciamiento recibió tres opiniones disidentes que se concretaron en dos votos particulares. El primero fue el formulado por el Juez Zupančič, quien defendió que no procedía fijar una reparación económica por daño moral toda vez que “la única reparación adecuada hubiera sido la reapertura del proceso” y, además, puso en duda que “una violación del principio de legalidad pueda engendrar por sí misma y en sí misma sentimientos de angustia y frustración”. A esos efectos destacó tanto el carácter obsoleto y simplista de la concesión de daños morales para compensar la abstracción que constituye afirmar la concurrencia de sentimientos de angustia y frustración como la existencia de una fórmula más adecuada para garantizar el *restitutio in integrum* reconocido en el artículo 41 del CEDH en los casos de lesión del artículo 7.1 del CEDH. El Juez Zupančič abogó por la necesidad de que se hubiera recurrido en este caso a la denominada “fórmula Gençel”, conforme a la cual debería haberse invitado a España, como Estado infractor, a prevenir la reapertura del proceso en litigio, argumentando que “es absurdo ofrecer cinco mil euros por una violación del principio de legalidad al amparo del artículo 7, por un lado, y permitir que perduren los efectos de la violación, por otro”. Incluso, aun siendo consciente de que “España sea uno de los raros Estados contratantes que todavía no ofrecen la posibilidad de reabrir un procedimiento penal basándose en la constatación de una violación por parte del Tribunal”, este juez insiste en que, en este caso, “el buen remedio (...) consistiría al menos en incitar, en su defecto obligar, a España a introducir este recurso a la sensatez”.

El segundo de los votos es el formulado por el Juez Myjer, al que se adhirió la Jueza Fura en la concreta disidencia respecto de la determinación de la satisfacción equitativa.

Sobre ese particular la opinión de ambos jueces fue que, en atención a las circunstancias del caso, la mera constatación de la vulneración del artículo 7.1 del CEDH constituía una reparación suficiente, ya que todo Estado contratante tiene la potestad de expulsar a un extranjero condenado por infracciones penales y, como residente ilegal, el demandante también podría haber sido objeto de una orden administrativa de expulsión.

III. OTRAS CONDENAS EN ASUNTOS SIMILARES: EL ASUNTO GABARRI MORENO C. ESPAÑA

El artículo 7.1 del CEDH ha sido invocado ante el TEDH en numerosas ocasiones en demandas individuales contra España desde muy diversas perspectivas. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones dichas demandas han sido inadmitidas bien por referirse a la imposición de medidas que no tenían naturaleza sancionadora (por ejemplo, DCEDH *Ruiz Mateos y otros c. España*, del 31 de marzo de 1993; y AATDEH *Rodríguez Hermida c. España*, del 27 de abril de 1999; *Armas Murga, González Cuence y González Armas c. España*, del 25 de noviembre de 1999; *Linde Falero c. España*, del 22 de junio de 2000), bien por ser manifiesto que no hubo una aplicación retroactiva de una norma sancionadora (DCEDH *Rafols Insenser c. España*, del 6 de abril de 1994), bien por no apreciar falta de certeza en la descripción de la norma sancionadora (DDCEDH *H.M.A. c. España*, del 9 de abril de 1996; *Manzanares Mayandía c. España*, del 1 de diciembre de 1997; y ATEDH *Román Zurdo c. España*, del 11 de octubre de 2011) o bien porque era manifiesto que no se aplicó la norma sancionadora analógicamente en contra del reo (DDCEDH *Bocos Rodríguez c. España*, del 12 de abril de 1996; AATEDH *Saiz Oceja c. España*, del 2 de mayo de 2007; *Prado Bugallo c. España*, del 18 de octubre de 2011).

De este modo, hasta el momento, la única condena a España por violación del artículo 7.1 del CEDH, además de la recaída en el *asunto Gurguchiani*, ha sido la establecida en la STEDH *Gabarrí Moreno c. España*, del 22 de julio de 2003. Ahora bien, aunque el artículo 7.1

del CEDH ha sido el paraguas común que ampara la condena a España en estos dos casos; ambas condenas reflejan dos dimensiones diferentes del principio de legalidad sancionadora. Mientras el *asunto Gurguchiani* abordaba, como ya se ha visto, la cuestión de la irretroactividad desfavorable de una medida sancionadora; en el *asunto Gabarri Moreno* el objeto de análisis fue la prohibición de aplicación extensiva de una regla de determinación de la pena.

Resumidamente, el supuesto de hecho del *asunto Gabarri Moreno* era la condena del recurrente a una pena de ocho años y un día de prisión mayor, multa y accesorias, al ser considerado autor de un delito de tráfico de drogas de sustancias que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia [arts. 344 y 344 bis.a).3ª CP1973], pero concurriendo la eximente incompleta de enajenación mental (art. 9.1, en relación con el 8.1 CP1973). Tanto en el recurso de casación como en el posterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se alegó que, conforme al artículo 66, en relación con los artículos 9.1 y 8.1 del CP1973, la pena debería haber sido rebajada en, al menos, un grado escala¹⁹. El recurso de casación, a pesar de contar con el apoyo del Ministerio Fiscal, fue desestimado por Sentencia del 3 de junio de 1997, argumentándose que “la disminución de la pena dispuesta por el Tribunal a quo no resulta manifiestamente desproporcionada respecto de la gravedad de su culpabilidad” (fundamento de derecho cuarto). Por su parte, el recurso de amparo fue inadmitido por providencia del 21 de setiembre de 2000 por carencia manifiesta de contenido constitucional [art. 50.1.c) LOTC] argumentando, en relación con esta concreta invocación del artículo 25.1 del CE, que “el recurrente pretende que este Tribunal revise, como si de una nueva instancia judicial se tratara, la fijación de la pena impuesta con base en los artículos 344 y 344.bis.a, apartado 3, en relación con los artículos 8.1 y 9.1 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, cuestión esta que es de estricta legalidad ordinaria y que ha sido resuelta, de forma razonada y motivada (...)”.

La STEDH dictada en este asunto concluyó por unanimidad la vulneración del artículo 7.1 del CEDH, al constatar “que el demandante obtuvo una pena mayor que la aplicable por el delito del que fue declarado culpable”

(§ 33). A esos efectos se argumentó que, no siendo objeto de discusión la concurrencia de la eximente incompleta (§ 28), una lectura de la normativa vigente en aquel momento “permite concluir que, efectivamente, la Audiencia Provincial debió reducir al menos un grado en la escala de la pena pronunciada.

Tal parece ser, por otro lado, el sentido de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en la materia (...)”²⁰ (§ 32). Igualmente, se incidió en que si bien “el Gobierno admite que el demandante debió ser condenado a una pena de ocho años de cárcel y no a ocho años y un día, siendo el añadido de un día un simple error” (§ 27), incluso suponiendo que se hubiera incurrido en dicho error, “correspondería a los tribunales en cuestión el corregirlo” (§ 30), y en que “[s]in duda, como alega el Gobierno, el tribunal tenía la facultad de imponer al demandante la pena al nivel máximo del grado, es decir, ocho años. Pero es igualmente cierto que el tribunal podía haberle condenado al nivel mínimo, es decir, a seis años y un día” (§ 33)²¹.

IV. LA REPERCUSIÓN EN ESPAÑA DE LA CONDENA

La repercusión de la condena y de la doctrina jurisprudencial establecida en esta Sentencia por el TEDH ha sido aparentemente nula, tanto desde la perspectiva individual del Sr. Gurguchiani, en lo referido a la existencia de una vulneración de su derecho a la legalidad sancionadora (IV.1), como desde una perspectiva general, en lo referido a un cambio jurisprudencial o legislativo en la materia (IV.2).

1. Medidas individuales: ¿Solo una reparación económica?

El presente caso plantea en toda su intensidad la complejidad que supone en el ordenamiento jurídico español la ejecución de las resoluciones del TEDH cuando se trata de vulneraciones cuya restitución íntegra hubiera exigido la reapertura del procedimiento.

El TEDH, como ya se ha expuesto, a pesar de considerar por unanimidad vulnerado el artículo 7.1 del CEDH, se dividió en tres posiciones en lo relativo al modo en que debía procederse a la reparación individual por dicha lesión. La posición mayoritaria consideró que lo procedente era condenar a España al pago de una indemnización económica por el daño moral causado. El Juez Zupančič, por su parte, mantuvo que debía haberse “invitado” a España a reabrir dicho procedimiento para conseguir una completa restitución del derecho subjetivo lesionado.

Y los Jueces Myjer y Fura, por último, entendieron que bastaba con la constatación de la vulneración y era improcedente establecer una satisfacción equitativa de carácter económico.

Esta división de opiniones responde, por un lado, a la especial naturaleza de la jurisdicción del TEDH y su complejo encaje dentro de los ordenamientos internos de los Estados parte²² y, por otra, a la singularidad –más bien insuficiencia– con que el ordenamiento español aborda la ejecución de las resoluciones de este Tribunal. En cuanto a lo primero, en los términos y con la regulación establecida en el CEDH, el TEDH se constituye como un tribunal internacional cuyas decisiones si bien son obligatorias (art. 46.1 CEDH) no son ejecutivas *per se* –es necesario que sean los Estados miembros los que las ejecuten–²³, aunque sea misión del Comité de Ministros del Consejo de Europa velar por el cumplimiento de dicha ejecución (art. 46.2 CEDH) y se haya establecido desde la entrada en vigor del Protocolo 14 un sistema más incisivo para hacer efectiva esa misión de control (art. 46.3 y 4 CEDH)²⁴.

De ese modo, ante una declaración de vulneración por el TEDH, es al Estado miembro a quien corresponde posibilitar la completa reparación de las consecuencias de dicha vulneración. En este contexto, hay que tomar en consideración que España es uno de los cada vez menos países del Consejo de Europa que todavía no ha arbitrado un recurso interno para hacer efectiva la ejecutividad de las resoluciones condenatorias del TEDH. España carece de una regulación procesal que, a semejanza de otros países parte del CEDH, establezca como causa para la revisión de una resolución firme el reconocimiento por parte del TEDH de una vulneración de las garantías del CEDH, lo que no ha dejado de ser puesto de relieve por el Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁵ y por el propio Consejo de Estado español²⁶. Esta insuficiencia se ve agravada por la imposibilidad real de hacer efectiva la reapertura de estos procedimientos a través de otros instrumentos procesales por las reticencias de los órganos judiciales internos para permitir dicha posibilidad a través, por ejemplo, del incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de revisión o el propio recurso de amparo²⁷.

A partir de ello, si bien la opinión mayoritaria del TEDH fue establecer una satisfacción equitativa de carácter económico por daño moral –cuya concurrencia era negada en la opinión minoritaria de los Jueces Myjer y Fura–, el Juez Zupančič, aun compartiendo la idea de no había un daño moral efectivo que hiciera pertinente la condena pecuniaria, fue de la opinión de que el Tribunal debía de asumir una función más avanzada en protección de las garantías del CEDH y no conformarse con fijar una satisfacción equitativa. Su opinión era que, ante la constatación de la inexistencia en España de un desarrollo legislativo que posibilitara con carácter general la ejecución de las resoluciones del TEDH y en pretensión de intentar conseguir una *restitutio in integrum* del recurrente, aunque fuera de manera individual, debía de haberse compelido a España a una reapertura del caso²⁸, tal como ya se hizo en el caso Gençel contra Turquía (STEDH de 23 de octubre de 2003) en que, ante la vulneración de la garantía de imparcialidad judicial y a pesar de que no se consideró pertinente establecer una satisfacción equitativa suficiente, se recordó al Estado condenado que “*la reparación más adecuada sería volver a enjuiciar al demandante en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial*” (§ 27). Ciertamente, la inclusión de una fórmula como la propuesta en esta opinión disidente no tiene ninguna fuerza vinculante para España en el caso concreto. Sin embargo, supondría un elemento de presión añadido para que se articule, bien por vía legislativa –lo que siempre es preferible– bien por vía jurisprudencial, la posibilidad de una reparación íntegra del derecho vulnerado²⁹.

2. Una aparente indiferencia jurisprudencial y legislativa

La condena por el *asunto Gurguchiani* no parece haber despertado ninguna repercusión jurisprudencial³⁰. La primera razón debe encontrarse no tanto en lo relativamente reciente de la Sentencia³¹ como en la propia naturaleza transitoria del problema planteado³².

La doctrina sentada en este asunto se refiere a una cuestión que afectaba a una transición normativa. Ello supone que su alcance necesariamente debía de quedar limitado a las resoluciones dictadas en un periodo concentrado de tiempo, que ya ha sido ampliamente superado en diciembre de 2009 cuando el TEDH decidió sobre el particular. En concreto, la jurisprudencia del *asunto Gurguchiani* solo podía tener efecto respecto de decisiones de sustitución de una pena privativa de libertad por la expulsión de territorio nacional adoptadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 11/2003, pero en relación con delitos cometidos antes de aprobarse dicha Ley Orgánica. Ahora bien, un somero análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo permite concluir que, de haberse dictado esta Sentencia con mayor premura, hubiera podido tener un cierto impacto, al menos, en cuanto al reconocimiento de que la aplicación de esta nueva redacción a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor suponía la aplicación retroactiva de una medida sancionadora.

En efecto, si bien hubo alguna Sentencia aislada del Tribunal Supremo que ya en aquella época consideraba que no cabía hacer una aplicación retroactiva del nuevo tenor del artículo 89 del CP en la redacción dada por la LO 11/2003 a delitos cometidos antes de su entrada en vigor (por ejemplo, STS 998/2005, de 12 de julio³³); lo cierto es que la mayoría de las ocasiones en que hubo un pronunciamiento sobre el particular no existió ningún reparo en entender plenamente aplicable la nueva redacción del artículo 89 del CP a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 11/2003 (así, por ejemplo, SSTS 901/2004, del 8 de julio; 1249/2004, del 28 de octubre; o 710/2005, del 7 de junio).

En todo caso, la posición de partida del Tribunal Supremo de considerar que la normativa aplicable en estos supuestos era la vigente en el momento en que se toma la decisión judicial sobre la eventual sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, y la incidencia que ello podría tener en los artículos 25.1 del CE y 7.1 del CEDH, quedó muy pronto difuminada con la interpretación que realizó de la nueva redacción dada al artículo 89 por la LO 11/2003, que eliminó cualquier atisbo de su carácter perjudicial, en lo procesal, en relación con la anterior redacción. Ciertamente el Tribunal Supremo, en la primera ocasión que tuvo de pronunciarse sobre la nueva redacción del artículo 89 del CP, y frente a lo que parecía un tenor literal claro y a la expresa motivación realizada por el legislador, sentó, en un ejemplo de activismo judicial, una interpretación que en muchos aspectos abortaba la pretensión legislativa de automatismo en la aplicación de la expulsión del territorio nacional como sustitutivo penal para las condenas inferiores a los seis años de prisión de extranjeros no residentes legalmente en España³⁴. La STS núm. 901/2004, del 8 de julio, con una extensa argumentación, abordó, partiendo de la identificación de la propia naturaleza jurídica de la expulsión, una lectura constitucional del precepto para concluir, con abundantes citas de la jurisprudencia del TEDH, que la imposición de este sustitutivo penal es una decisión que no cabe adoptar *inaudita parte*, debe ser motivada y sometida a un juicio de proporcionalidad. De ese modo, con cinco años de antelación respecto al TEDH, llegó a conclusiones muy semejantes, aunque con efectos no necesariamente coincidentes.

La naturaleza jurídica de la expulsión es una cuestión controvertida tanto si se analiza en el contexto de la legislación de extranjería y, por tanto, en el marco de la política de control migratorio³⁵, como en el contexto de la legislación penal y, por tanto, en el marco de la política criminal. Como ha sido expuesto, uno de los aspectos relevantes que tuvo que ser abordado por el TEDH fue la eventual calificación de la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 89 del CP como una medida penal a los efectos de la aplicabilidad *ratione materiae* del artículo 7.1 del CEDH. Pues bien, esta cuestión también fue objeto de análisis en la citada STS 901/2004, concluyéndose que “[l]as dudas que habían surgido antes respecto a la naturaleza de la expulsión, han quedado aclaradas ya que se está en presencia de una medida de seguridad no privativa de la libertad como lo patentiza la reforma del artículo 96 llevada a cabo –en este caso– por la LO 15/2003, que entrará en vigor el 1 de octubre de este año de 2004. En el párrafo 3, apartado segundo, se califica como medida de seguridad no privativa de la libertad la expulsión de extranjeros”³⁶. El hecho de que este sustitutivo fuera calificado como

una medida de seguridad, sin embargo, no adquiere ninguna relevancia respecto de la discusión sobre si esta medida debe quedar amparada por el principio de la legalidad sancionadora, ya que las medidas de seguridad solo resultan constitucionalmente legítimas si son de carácter post-delictuales y, por tanto, solo puede acudir a ellas cuando la peligrosidad que es presupuesto de su adopción se deriva de la constatación de la comisión de un delito³⁷. De ese modo, con independencia de que se dé a la expulsión la consideración de pena sustitutiva o de medida de seguridad sustitutiva, a todos los efectos es, en la terminología del TEDH, una “medida” consecuencia de la comisión de un ilícito penal³⁸.

La mera constatación de que la expulsión es una medida penal debiera haber hecho plantearse a la jurisprudencia española el potencial problema de una eventual aplicación retroactiva. Sin embargo, parece que la disertación sobre la naturaleza penal de la medida tenía como único objeto derivar de ello el régimen procesal aplicable en una lectura constitucional para rebatir la pretensión de aplicación automática que resumaba la redacción del artículo 89 del CP dada por la LO 11/2003. De ese modo la STS 901/2004, despachando de manera apodíctica que esta era la redacción aplicable al caso, se esfuerza en una lectura constitucional de la nueva redacción del artículo 89 del CP que matiza y sale al paso de la mayoría de las objeciones – sobre todo las procesales– que posteriormente hizo el TEDH para considerar esta nueva redacción perjudicial respecto de la anterior.

A esos efectos, como ya se señaló, el TEDH había destacado como aspectos perjudiciales de esta nueva redacción: que no se diera un margen de apreciación para que el juzgador pudiera decidir caso por caso la procedencia de sustituir la pena privativa de libertad por la expulsión y que el trámite de audiencia quedaba limitado al Ministerio Fiscal pero no era necesario para el afectado³⁹. Pues bien, ambos aspectos fueron objeto de una temprana relectura constitucional en la STS 901/2004⁴⁰. Así, en esta resolución, aun constatando que el artículo 89.1 del CP establecía como única circunstancia a valorar la naturaleza del delito, se insiste en la necesidad de que se ponderen también las circunstancias personales del condenado. Esta Sentencia justifica dicha exigencia en que “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de los derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo el estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar”⁴¹. Del mismo modo, la STS 901/2004, a pesar de la manifiesta opción legislativa a favor de que el trámite de audiencia se verifique exclusivamente respecto del Ministerio Fiscal cuando no vaya a aplicarse este sustitutivo penal, instituye la necesidad de dar un trámite de audiencia al condenado para que pueda realizar las alegaciones que estime procedente sobre su aplicación, lo cual es difícilmente objetable desde la perspectiva constitucional, a pesar del silencio del artículo 89.1 del CP⁴².

Ahora bien, más allá de lo anterior, hay un elemento definitivo no analizado en la STS 901/2004 que, en cualquier caso, no hubiera podido impedir una Sentencia condenatoria del TEDH como la pronunciada en el *asunto Gurguchiani*: la expulsión del extranjero llevaba aparejada, como consecuencia adherida, la prohibición de retorno, que en la redacción vigente cuando se cometieron los hechos era de entre 3 y 4 años y en la posterior era imperativamente de 10 años. Esa sola circunstancia, en tanto que referida a una diferencia de carácter sustantivo referido al *quantum* de la medida, resultaba definitiva para calificar la redacción del artículo 89 del CP dada por la LO 11/2003 como más perjudicial en relación con la redacción modificada.

Las mismas razones que explicaban la ausencia de una repercusión jurisprudencial de STEDH recaída en el *asunto Gurguchiani* –derivadas del carácter transitorio del problema planteado– son las que sirven para entender que tampoco resultaba esperable ni necesaria una repercusión legislativa. Ciertamente, poco después de dictarse esta resolución, la LO 5/2010, del 22 de junio, volvió a dar una nueva redacción al artículo 89⁴³. Esta modificación, sin embargo, no está motivada tanto por el *asunto Gurguchiani* como por la verdadera insumisión del TS respecto de la regulación del artículo 89 del CP dada por la LO 11/2003 y de sus disfunciones.

En conclusión, la condena por el *asunto Gurguchiani*, en la medida en que aparecía referida a un problema de aplicación judicial de una sucesión normativa y que ya la jurisprudencia interna

había matizado por vía interpretativa las más serias objeciones del carácter perjudicial de la nueva previsión legislativa, era de esperar que, respecto de esa concreta cuestión, no provocara ninguna repercusión jurisprudencial o legislativa. A pesar de ello, no pueden dejar de destacarse dos aspectos de relevancia en esta decisión. El primero es que ha contribuido a perfilar el siempre polémico concepto de pena y, por tanto, el alcance del artículo 7.1 del CEDH en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas del delito. El segundo es que ha vuelto a poner de manifiesto, aunque solo sea a través de una de las opiniones disidentes que incorpora, la insuficiente voluntad española para hacer efectiva la reparación íntegra de las vulneraciones de las garantías del CEDH, cuando esta deba consistir en la reapertura del procedimiento concernido. Es tiempo de que la legislación española afronte esta seria deficiencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., "Fraude de ley y negocio simulado en el delito fiscal (SSTC 120/2005 y 129/2008): el derecho a la legalidad penal y los límites de intervención del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 353-379.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, Granada, 2011.

CANO PALOMARES, G., "El expulsión de extranjeros como sustitución de la pena ante el Tribunal de Estrasburgo (Comentario a la Sentencia del TEDH del 15 de diciembre de 2009 en el asunto Gurguchiani contra España)", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010, pp. 259-278.

CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Barcelona, 2011.

DÍAZ CREGO, M., "Derecho de extranjería y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en AJA, E., ARANGO, J. y OLIVER ALONSO, J. (dirs.), *Inmigración y crisis económica*, Barcelona, 2010, pp. 372-406.

FARRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., "La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)", en GARCÍA ROCA, J. y SANTAOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, 2ª ed., 2009, pp. 765-785.

GALLANT, K.S., *The principle of legality in International and Comparative Criminal Law*, New York, 2009.

GIL GIL, A., "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo", en CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal internacional*, Madrid, 2009, pp. 391-409.

GIL GIL, A., "La excepción al principio de legalidad del número 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIII, 2010, pp. 131-163-

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y PÉREZ TREMPES, P., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2010.

HUERTA TOCILDO, S., "El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal", pp. 455-481, en GARCÍA ROCA, J. y SANTAOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, 2ª ed., 2009, pp. 511-545.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Navarra, 2009.

LÓPEZ ESCUDERO, M., "Artículo 49: Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas", en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, pp. 777-790.

LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*. Valencia, 2ª ed., 1988.

LORENZO JIMÉNEZ, J.V., "La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 20, 2009, pp. 201-230.

MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., "La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional contemporáneo", en CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal internacional*, Madrid, 2009, pp. 371-390.

MORTE GÓMEZ, C., "El Protocolo núm. 14 y la Conferencia de Interlaken: ¿soluciones mágicas al colapso del TEDH?", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010, pp. 113-135.

MORTE GARCÍA, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14*, Valencia, 2010.

MURPHY, C.C., "The principle of legality in Criminal Law under the European Convention on Human Rights", en *European Human Rights Law Review*, núm. 2, 2010, pp. 192-207.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites", *Poder Judicial*, núm. 60, 2000, pp. 107-135.

PADILLA ALBA, H.R., "Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, fasc. II, 1995, pp. 502-523.

QUERALT JIMÉNEZ, A., "La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH" en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 36, 2010, pp. 487-520.

REVENGA SÁNCHEZ, M., "En torno a la eficacia de las sentencias del TEDH: ¿Amparo de ejecución o afianzamiento de doctrina", en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 12, 2004, pp. 521-538.

RIPOL CARULLA, S., "La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico español", en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 15, 2010, pp. 75-112.

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., "Derechos fundamentales y prisión: Relación penitenciaria y reserva de ley sancionadora", en CASTRO, J.L. y BERNABÉ SEGOVIA, J.L. (dirs.), *El Juez de Vigilancia Penitenciaria y el tratamiento penitenciario*, Madrid, 2006, pp. 239-286-

SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., "Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros" en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, 2008, pp. 1559-1579.

TOMÉ GARCÍA, J.A., “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión”, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal*, pp. 105-180.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia, 2001.

* Profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos (España). Letrado del Tribunal Constitucional.

1 El artículo 89 del CP, en la redacción vigente al momento de dictarse dicha providencia, que era la originaria dada por la LO 10/1995, del 23 de noviembre, con un apartado cuarto añadido por la LO 8/2000, disponía, en lo que ahora interesa, que: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas. (...)”.

2 La redacción dada por la LO 11/2003 al artículo 89, que afectó a los apartados primero a tercero y que se ha mantenido en vigor hasta la LO 5/2010, del 22 de junio, fue la siguiente: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España (...)”.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena (...)”.

3 El artículo 7.1 CEDH, rubricado formalmente como “no hay pena sin ley”, establece que “[n]adie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”.

4 El artículo 15.1 del CEDH regula la posibilidad de derogación de las obligaciones previstas en el Convenio en situaciones de estado de urgencia constituidas por casos de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación. El artículo 15.2 del CEDH excepciona esa posibilidad de derogación para los arts. 2 –derecho a la vida, excepto para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra–, 3 –prohibición de la tortura–, 4.1 –

prohibición de esclavitud o servidumbre– y el citado art. 7 –principio de legalidad sancionadora–. Al respecto, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “La suspensión de las garantías establecidas en el Convenio (art. 15 CEDH)”, pp.

765-784.

5 No puede dejar de llamar la atención que siendo esta la Sentencia de referencia en la jurisprudencia del TEDH, constantemente citada cuando se alega el artículo 7.1 del CEDH (por ejemplo, entre las más modernas, STEDH

Mautes c. Alemania, de 13 de enero de 2011, § 52, y, entre las más antiguas, SSTEDH *G. c. Francia*, del 27 de setiembre de 1995, § 24, o *S.W. c. Reino Unido*, del 22 de noviembre de 1995, § 35; sin olvidar algunas de singular importancia como la STEDH *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, del 22 de marzo de 2001, § 50), en realidad su objeto principal de análisis fue el derecho a la libertad religiosa (art. 9 del CEDH), que se consideró vulnerado, siendo de carácter casi anecdótico la invocación y el análisis que se efectuó del principio de legalidad, al que apenas se dedicó tres párrafos para su rechazo. A los efectos del artículo 7.1 del CEDH, resulta de más interés el estudio de la opinión disidente del Juez Martens, quien, a pesar de todo, señala que “[c]onsidero igualmente, junto con el Tribunal, que la cuestión del artículo 9 es sin duda la más importante, y me hubiera alegrado de que el Tribunal hubiera dicho –como según yo creo pudo bien hacer– que, vistas sus conclusiones sobre el artículo 9, no debería examinar las quejas del demandante sobre el terreno del artículo 7” (§ 2).

6 La amplitud de las diversas garantías incluidas por el TEDH en el artículo 7 del CEDH no llega a compararse con la otorgada por el Tribunal Constitucional español al principio de legalidad sancionadora reconocido en el art.

25.1 CE. Así, por ejemplo, el TEDH no incluye como una exigencia derivada de este principio la reserva de ley, que si forma parte del acervo del artículo 25.1 de CE, incluso en lo referido a las sanciones administrativas (por todas, STC 35/2010, de 19 de junio, FJ. 3), aun en los supuestos de relaciones de especial sujeción (ampliamente, SÁNCHEZ TOMÁS, “Derechos fundamentales y prisión: Relación penitenciaria y reserva de ley sancionadora”, pp. 239-286); ni tampoco el principio del non bis in ídem, también incluido por el TC en el art. 25.1 CE (por todas, STC 77/2010, del 19 de octubre, FJ. 4) que, en todo caso, viene siendo de aplicación por el TEDH (por todas, STEDH *Tomasovic c. Croacia*, del 18 de octubre de 2011), al aparecer reconocido en el art. 4 del Protocolo núm.

7, del 22 de noviembre de 1984, también con el estatus de inderogabilidad ex art. 15 CEDH (art. 4.3 del Protocolo núm. 7). En relación con el alcance del principio de legalidad penal en el art. 25.1 CE, ampliamente, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*. Por otra parte, también resulta de más amplitud el reconocimiento expreso de la garantía de legalidad sancionadora en el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, toda vez

que se recoge la aplicación retroactiva de la norma sancionadora favorable y la proporcionalidad de la pena en relación con la infracción. Para un comentario sobre este artículo, LÓPEZ ESCUDERO, “Artículo 49: Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas”, pp. 777-790. Además, sobre el reconocimiento del principio de proporcionalidad. En todo caso, el TEDH ha reconocido desde la Sentencia *Scoppola c. Italia*, del 17 de setiembre de 2009, como contenido del principio de legalidad del artículo 7.1 CEDH la aplicación retroactiva de la norma penal favorable (§§ 103-109), haciendo *overruling* respecto de su anterior posición contraria a admitir dicho contenido (por todas, DDCEHDH *Le Petit c. Reino Unido*, del 5 de diciembre de 2000; o *Zaprianov*

c. Bulgaria, del 6 de marzo de 2003). El TC español, sin embargo, no ha seguido esa vía y sigue sustentando que la retroacción de la norma sancionadora favorable no es contenido del artículo 25.1 CE sino del artículo 9.3

CE y, por tanto, que no es alegable en amparo constitucional (por todas, STC 85/2006, del 27 de marzo, FJ. 4).

7 Sobre el contenido del art. 7.1 CEDH, de interés, HUERTA TOCILDO, “El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal”, pp. 511-543, o MURPHY, *EHRLR2010*, pp. 192-207.

8 Con carácter general, sobre esta concreta dimensión del derecho a la legalidad penal, ALCÁCER GUIRAO, *REDC* 2011, pp. 353-379.

9 En cuanto a la intensidad del mandato de certeza dirigido al legislador, el TEDH ha reiterado, la posibilidad de recurrir a la técnica de las categorías generales en la redacción de las normas penales (entre las más antiguas, SSTEDH *Kakkinakis c. Grecia*, del 25 de mayo de 1993, § 50 o *Cantoni c. Francia*, del 15 de noviembre de 1996, § 31), pero incidiendo en que es necesario que la norma penal “resulte suficientemente clara en la gran mayoría de casos” y destacando que “la función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que podrían subsistir en cuanto a la interpretación de las normas, y teniendo en cuenta la evolución de la práctica cotidiana, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible” (SSTEDH *S.W. c. Reino Unido*, del 22 de noviembre de 1995 § 36, o *Dragotoni y Militaru-*

Pidhorni c. Rumania, de 24 de mayo de 2007, § 37). Así, se ha puesto de manifiesto que lo determinante es que el ciudadano pueda saber, “a partir de la redacción de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de su interpretación por parte de los tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal”

(por todas, SSTEDH *Kakkinakis c. Grecia*, del 25 de mayo de 1993, § 52, o *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, del 22 de marzo de 2001, § 50). En todo caso, el TEDH ha reseñado que para valorar la claridad del Derecho no es óbice “que la persona en cuestión deba recurrir al asesoramiento letrado para evaluar, hasta un grado razonable en las concretas circunstancias del caso, las consecuencias que pueden derivar de un acto determinado”

(STEDH *Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido*, del 13 de julio de 1995, § 37), que es lo que sucede “especialmente en el caso de los profesionales, acostumbrados a dar pruebas de una gran prudencia en el ejercicio de su profesión.

Así, se puede esperar de ellos una atención particular en evaluar los riesgos que ello implica” (SSTEDH

Cantoni c. Francia, § 35, o *Soros c. Francia*, del 6 de octubre de 2011, § 53). El asunto *Soros c. Francia* resulta de gran interés por su carácter límite. Este caso aparece referido a la condena de que fue objeto el recurrente por un delito de uso de información privilegiada para intervenir en el mercado de valores en la adquisición de títulos de un determinado banco y que dicho recurrente considera contraria al art. 7 CEDH por la insuficiente precisión de los elementos constitutivos de dicho delito en el momento en que fue condenado, especialmente en lo relativo al ámbito de los posibles sujetos activos. La posición mayoritaria del TEDH fue contraria a apreciar la vulneración, basándose en que, a pesar de ser el primer supuesto de condena por este delito que no estaba relacionado ni profesional ni contractualmente con la sociedad cuyas acciones adquirió, “el demandante era un ‘inversor institucional’, familiarizado con el mundo de los negocios y acostumbrado a ser contactado para participar en proyectos financieros de gran envergadura (...). Así, sabiendo que no existía ningún precedente comparable, debería haber mostrado mayor prudencia al decidir invertir en los títulos del banco” (§ 59). Sin embargo, la opinión común disidente de tres jueces –Villiger, Yudkivska y Nussberger– pone de relieve que, más allá de que las leyes se sirvan inevitablemente de fórmulas más o menos confusas “es importante establecer una distinción entre lo que se podría llamar “la imprecisión inevitable” y la “imprecisión evitable”, siendo esta última la concurrente en este caso, habida cuenta de que “la modificación de la definición del delito de uso de información privilegiada poco después de la condena del demandante muestra que se consideró no solo necesaria, sino también posible, una formulación más clara”. Respondiendo también a divergentes concepciones del derecho, el TEDH no ha podido sustraerse al carácter esencial de la interpretación jurídica, reconociendo que “[p]or muy clara que pueda estar la redacción de una disposición legal, sea cual sea el sistema jurídico, incluido el Derecho Penal, existe indudablemente un elemento de interpretación judicial. Habrá que dilucidar siempre los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación. Por otro lado, está sólidamente establecido en la tradición jurídica de los Estados partes del Convenio que la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho Penal. No se podría interpretar el artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de la responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible”

(STEDH *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, del 22 de marzo de 2001, § 50).

10 Teniendo en cuenta las diferentes tradiciones jurídicas de los países que han reconocido la jurisdicción del TEDH, es reiterado por este Tribunal que “la noción de ‘Derecho’ utilizada en el artículo 7 corresponde a la de ‘Ley’ que figura en otros artículos del Convenio, noción que engloba el derecho tanto de origen legislativo como jurisprudencial e implica condiciones cualitativas, entre otras las de accesibilidad y previsibilidad” (por todas, SSTEDH *Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido*, del 13 de julio de 1995, § 37; *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, del 22 de marzo de 2001, § 50, o *Achour c. Francia*, de 29 de marzo de 2006, § 42). Respecto de la insuficiente asunción en España del valor normativo de la jurisprudencia a los efectos de este principio, por todos, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, passim*, y, en concreto, sobre su proyección desde la perspectiva de la irretroactividad de la norma penal desfavorable, pp. 186-199, o VIDALES RODRÍGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Ahora bien, también cabe destacar el Derecho Penal internacional, a los efectos de una más exacta comprensión de la referencia al “derecho no escrito” como fuente del ordenamiento jurídico sancionador, no solo porque el art. 7.1 CEDH de manera expresa menciona al derecho internacional como fuente del ordenamiento sancionador, sino porque también el art. 7.2 CEDH incluye como fuente a “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en una clara referencia a la costumbre como fuente del Derecho Penal internacional.

Sobre el art. 7.2 CEDH, por todos, GIL GIL, *ADPCP 2010*. En cuanto a las peculiaridades del sistema de fuentes del Derecho Penal internacional y su tensión con una comprensión más clásica con el derecho a la legalidad penal, ampliamente, GALLANT, *The principle of legality in International and Comparative Criminal Law*, o, más sintéticamente, MARTÍN MARTÍNEZ, “La configuración del principio de legalidad penal en el Derecho Internacional contemporáneo”, pp. 371-390. Para una visión de la polémica sobre la recepción de la costumbre como fuente del ordenamiento penal internacional aplicable por los órganos judiciales españoles, por todos, GIL GIL, “Principio de legalidad y crimines internacionales. Luces y sombras en la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo”, pp. 391-409.

11 A esos efectos, y vinculando con la interdicción de condenas arbitrarias, el TEDH utiliza como parámetro para controlar el carácter extensivo o analógico de una interpretación, tanto la ausencia de precedentes jurisprudenciales como la inexistencia de interpretaciones doctrinales que la avalen. Así, por ejemplo, en la STEDH *Dragotoniú y Militaru-Pidhorni c. Rumania*, de 24 de mayo de 2007, § 37, se concluyó que había existido vulneración del art. 7.1 CEDH en un supuesto en que se condenó como autores de cohecho pasivo a los empelados de un banco privado, al asimilarlos a funcionarios y otros empelados de organizaciones públicas, argumentando que “como profesionales que podían obtener asesoramiento legal, era difícil, incluso imposible para los demandantes prever el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y saber que en el momento en que fueron cometidos sus actos podían ser susceptibles de sanción penal” (§ 44). Ya previamente, en el mismo sentido, la STEDH *Pessino c. Francia*, del 10 de octubre de 2006, §§ 33-37. Por el contrario, la STEDH *K.A. y A.D. c. Bélgica*, del 17 de febrero de 2005, rechazó que hubiera una vulneración del art. 7.1 CEDH en un supuesto de condena por lesiones en el marco de unas relaciones sadomasoquistas, al no aceptarse el argumento de los demandantes sobre “la existencia de una tolerancia que se habría desarrollado en una ‘sociedad permisiva, liberal e individualista’, en la que se tolerarían las formas de experiencia sexual colectiva y en la que al ciudadano medio ya no le chocarían numerosas prácticas” (§ 55). A esos efectos no se considera que hubiera una interpretación extensiva que resultara sorpresiva para los recurrentes, toda vez que “[p]or un lado, parece que los demandantes no respetaron las reglas normalmente reconocidas en este tipo de prácticas: no solamente se consumieron durante las sesiones grandes cantidades de alcohol, lo que le hizo perder todo control de la situación, sino que además ignoraron igualmente que la víctima gritaba “piedad” y “stop”, palabras por las que los interesados habían convenido que debían poner fin a las operaciones. Por otro lado, los demandantes alquilaban unos locales privados para dedicarse a sus prácticas ya que sabían que estaban prohibidas por los reglamentos de los clubes sadomasoquistas que hasta entonces habían frecuentado. Ahora bien, los propietarios o gerentes de estos clubes estaban y están, debido a sus actividades, especialmente en condiciones de evaluar los riesgos que pueden entrañar las prácticas sadomasoquistas” (§ 55). De ello concluye el Tribunal “que los demandantes no podían ignorar

el riesgo de ser juzgados por agresión con lesiones al que se exponían. Recuerda, además, que los demandantes son profesionales respectivamente del derecho y la medicina” (§ 59).

12 En la STEDH *E.K. c. Turquía*, del 7 de febrero de 2002, se estimó vulnerado el art. 7.1 CEDH en un supuesto en que si bien no se objetó la correcta subsunción de la conducta de la demandante en el tipo penal (§§ 53 y 54), se le impuso una pena de prisión solo prevista para el redactor jefe, pero no para el editor de la publicación (§ 55). También la STEDH *Gabbari Moreno c. España*, del 22 de julio de 2003, que será comentada más adelante, considera vulnerado el art. 7.1 CEDH en referencia a la defectuosa aplicación de una regla de determinación de la penal.

13 A este respecto cabe citar la STEDH *Puhk c. Estonia*, del 10 de febrero de 2004, referida a la aplicación retroactiva de una norma penal en materia tributaria o la STEDH *Achour c. Francia*, del 29 de marzo de 2006, en relación con la aplicación de la agravante de reincidencia.

14 A este respecto, de interés, la STEDH *Kafkaris c. Chipre*, del 12 de febrero de 2008 o las muy recientes de condena a Alemania por la aplicación retroactiva de medidas de seguridad privativas de libertad tras el cumplimiento de pena de prisión (entre otras, *asuntos Mautes*, del 13 de enero de 2011, *Jendrowiak*, del 14 de abril de 2011; o *O.H.*, del 24 de noviembre de 2011). En cuanto a la retroactividad favorable de una norma penal en lo relativo a la pena, STEDH *Scoppola c. Italia*, del 19 de setiembre de 2009.

15 En concreto se afirma que “[p]or lo que respecta a la noción de ‘pena’ en el sentido del artículo 7, posee, como todos los ‘derechos y obligaciones de carácter civil’ y de ‘acusación en material penal’ mencionados en el artículo 6.1 del Convenio, un alcance autónomo” (§ 31). Este carácter autónomo del concepto de pena o sanción penal ha determinado que el principio de legalidad se haya aplicado, por ejemplo, en relación con las confiscaciones de objetos producto de delitos (STEDH *Welch c. Reino Unido*, del 9 de febrero de 1995); o con la responsabilidad subsidiaria por impago de una multa (*Jamil c. Francia*, del 8 de junio de 1995).

16 En el marco del derecho sancionador moderno, con la proliferación de consecuencias jurídicas aparejadas a la comisión de un ilícito penal y con el amplio desarrollo de instituciones jurídicas vinculadas tanto al cumplimiento de los fines de la pena –sustitutivos penales, medidas penitenciarias –como a la restauración de la legalidad infringida –medidas reparadoras o restauradoras de la legalidad–, una de las cuestiones más problemáticas a los efectos de la aplicabilidad de las garantías inherentes a los procedimientos sancionadores es la correcta calificación de una medida como sancionadora. Esta dificultad, desde luego, no es exclusiva del TEDH. A ella, por ejemplo, también ha tenido que hacer frente el TC al analizar instituciones como los recargos tributarios aplicados al impago de tasas o impuestos, que ha considerado de naturaleza sancionadora (por todas, STC 39/2011, de 31 de marzo) o las demoliciones acordadas conjuntamente con sanciones pecuniarias por infracciones urbanísticas, a las que ha negado ese carácter (por todas, STC 98/2006, del 27 de marzo, FJ. 4).

17 El asunto *Kafkaris* resulta de gran interés por su carácter límite entre medida penal y medida que afecta a la ejecución de la pena. En este caso el demandante había sido condenado por tres asesinatos a cadena perpetua, definiéndose como tal en la legislación penitenciaria vigente en el momento de comisión de los hechos como pena de prisión por un periodo de 20 años. En el transcurso del cumplimiento de la condena, aun manteniéndose la pena de cadena perpetua para el delito por el que había sido condenado, se cambió el régimen legal relativo a la cadena perpetua, que pasó a ser una pena de prisión de por vida pero revisable. La aplicación de este nuevo régimen no es considerada por la mayoría de la Gran Sala del TEDH como contraria al art. 7.1 CEDH, en tanto que aplicación retroactiva de una pena desfavorable, ya que se afirma que es una cuestión que afecta al cumplimiento de la pena (§ 151). A pesar de todo se consideró que hubo una vulneración del art. 7 al entender que la legislación penitenciaria sobre la determinación de cumplimiento de la condena perpetua no cumplía las exigencias de la calidad de ley. (§ 150). Sobre las zonas oscuras de esta argumentación, son de gran interés sendas opiniones discrepantes de los Jueces Loucaides, al que se adhiere la Jueza Jočienė, y Borrego Borrego.

18 Sobre los problemas para considerar la expulsión del art. 89 CP como una pena a los efectos del art. 7 CEDH y su eventual contradicción con la jurisprudencia sentada en la STEDH *Maaouia c. Francia*, del 5 de octubre de 2000, en que se negó que la prohibición de entrada en territorio nacional impuesta como consecuencia jurídica en un proceso penal quede amparada por las garantías del art 6 CEDH, véase CANO PALOMARES, REDF 2010, pp. 266-268.

19 El sistema de determinación de la pena en el CP1973 era de una cierta complejidad. El art. 30 daba una diferente denominación a las penas privativas de libertad según su duración, de modo que, de menor a mayor gravedad, los grados-escala de la pena de prisión eran: arresto menor (de uno a treinta días), arresto mayor (de un mes y un día a seis meses), prisión menor (seis meses y un día a seis años), prisión mayor (seis años y un día a doce años), reclusión menor (de doce años y un día a veinte años) y reclusión mayor (de veinte años y un día a treinta años). Cada una de estos grados-escala estaban, a su vez, subdivididos en tres grados-extensión (máximo, medio y mínimo) cuya duración también aparecía definida en una tabla demostrativa incorporada al CP1973. Con carácter general, en cada delito se establecía como pena un concreto grado-escala y solo en función de la concurrencia de determinadas circunstancias –participación, iter criminis, subtipos agravados– se podía subir y/o bajar el grado-escala. Con posterioridad el grado-extensión servía, conforme a las reglas del art. 61 CP1973, para concretar la pena en función de las circunstancias agravantes o atenuantes genéricas. Ahora bien, había supuestos, como era el delito de los arts. 344 y 344 bis CP1973, en que la pena no se establecía en referencia a un grado-escala estándar, sino que se formaba con la unión de tres grados-extensión de dos grados-escala diferentes, de modo que, por ejemplo, la pena prevista para el tráfico de drogas que causan grave daño a la salud en una cantidad de notoria importancia era de prisión mayor en grado medio a reclusión menor en grado mínimo, esto es, desde ocho años y un día hasta diecisiete años y cuatro meses. En ese sentido, el argumento del recurrente era que, siendo necesario bajar, al menos, un grado la pena por la concurrencia de una eximente incompleta, la pena máxima imponible era de ocho años al ser ese el tope máximo de la prisión mayor en grado mínimo. Para una exposición concisa del sistema de determinación de la pena en el CP1973, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*.

20 En efecto, el carácter obligatorio de la degradación de pena en un grado escala y potestativo en dos grados en los supuestos de concurrencias de una eximente incompleta se derivaba del propio tenor literal del art. 66 CP1973 –en que se afirmaba imperativamente “[s]e aplicará la pena inferior en uno o dos grados (...)”– y así venía siendo defendido de manera unánime tanto por la doctrina (al respecto, PADILLA ALBA, *ADPCP* 1995, pp. 502- 523) como por jurisprudencia constante del TS (por todas, SSTS núms. 249/1996, del 18 de marzo; o 1157/1997, de 29 de septiembre). En esta última se afirma que “que la Audiencia ha estimado la circunstancia de enajenación mental incompleta y, consecuentemente, debió aplicar el art. 66 CP 1973, que obligaba a la reducción de la pena en uno o dos grados, de la misma manera que el art. 61.5 CP, que, de acuerdo con las SSTS 2328/1993, del 21 octubre; 1224/1994, del 14 junio, entre muchas otras en igual sentido, también exige una atenuación obligatoria, al menos, de un grado”.

21 En realidad, en este caso, también erró el TEDH ya que la pena a aplicar nunca podría haber sido la de ocho años ni tampoco la mínima era de seis años y un día. Aunque no fue alegado por el recurrente ni objeto de controversia en el TEDH, lo cierto es que la vulneración del principio de legalidad no era tan nimia como parecía. La cuestión no radicaba solo en el hecho de que la pena impuesta fuera superior en un día a la que legalmente se pudiera haber impuesto. La obligación legal de rebajar la pena en un grado escala por la concurrencia de la eximente incompleta implicaba, automáticamente, la aplicación de las reglas de determinación del grado extensión del art. 61, conforme a las cuales, al no concurrir ninguna atenuante ni agravante genérica, la pena rebajada en un grado-escala no podía ser aplicable en toda su extensión, sino solo en sus grados mínimo a medio, pero nunca en el máximo (regla 4ª). Esta interpretación también era constante y unánime en la jurisprudencia del TS (por ejemplo, en la STS núm. 1046/1997, del 15 julio, se recoge que “una jurisprudencia consolidada – manifestada, entre otras, en Sentencias del 14 abril de 1989, 27 de setiembre de 1991, 21 de mayo de 1993, 20 de setiembre de 1994, 19 y 31 de enero, 30 de mayo y 26 de octubre de 1995 y 15 de marzo, 18 de marzo y 28 de setiembre de 1996– entiende que, cuando se aplica

el art. 65 o el art. 66 del CP, por apreciar la menor edad de dieciocho años o una eximente incompleta, si se rebaja la pena correspondiente al delito en dos grados, dentro de la que corresponda, el Tribunal enjuiciador gozará de libertad para imponer la pena en la extensión que estime procedente, pero si se rebaja la pena en un grado, y no concurren otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, el Tribunal enjuiciador tendrá que sujetarse a la regla del núm. 4 del art. 61 del CP, y deberá imponer la pena rebajada en su grado mínimo o medio, no en el máximo”). Por tanto, en aplicación estricta de las reglas de cómputo de la pena del CP1973, la rebaja obligatoria de un grado-escala ex art. 66 CP1973 hubiera determinado una pena abstracta de prisión menor en grado medio a prisión mayor en grado mínimo, pero, al ser también de obligatoria aplicación el art. 61.4ª CP1973, el marco penal a imponer al Sr. Gabarri Moreno hubiera sido únicamente la prisión menor en grado medio o máximo. Esto es, desde dos años, cuatro meses y un día –que era la pena mínima que se lo podría haber impuesto– hasta seis años –que era la pena máxima a imponer–.

22 A este respecto, si bien REVENGA SÁNCHEZ considera que “[l]a resistencia de los Estados a acatar lo que prescriben las sentencias del TEDH rara vez es producto de abierta desidia o mala fe. Lo normal es que la dificultad para estar y pasar por lo que las sentencias disponen obedezca al propio lugar que ocupe el Convenio en el sistema de fuentes del derecho interno, o bien a determinadas características de este último que imposibilitan, o hacen muy difícil, reparar las consecuencias de la vulneración” (*REDE* 2004, pp. 523), parece más realista pensar que los Estados –o, al menos, España– aprovechan precisamente este complejo encaje del CEDH y del TEDH como su máximo interprete para ejercer una resistencia pasiva a una restitución íntegra del derecho vulnerado distinta a la eventual satisfacción equitativa económica que se establezca. En ese sentido, se hace un cumplimiento forma de la Sentencia del TEDH, que se ejecuta en sus propios términos, pero no un cumplimiento material, en la medida en que no se restablece la garantía del CEDH vulnerada.

23 En general sobre el procedimiento de ejecución de las sentencias del TEDH, MORTE GARCÍA, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 101-105.

24 El Protocolo 14, abierto a la firma el 13 de mayo de 2004, no pudo entrar en vigor si no hasta el 1 de junio de 2010, debido a la negativa rusa a su ratificación, que solo tuvo lugar el 18 de febrero de 2010. La principal novedad de este Protocolo fue la agilización en el proceso de admisibilidad de las demandas individuales. Ahora bien, también supuso un importante refuerzo de las capacidades del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su misión de velar por el cumplimiento de la ejecución de las resoluciones del TEDH. A esos efectos, se incluyeron los apartados 3 y 4 en el art. 46 CEDH. El primero para posibilitar al Comité solicitar al Tribunal la interpretación de una Sentencia cuando su ejecución resulte obstaculizada por dicho problema interpretativo. El segundo para, en caso de negativa del Estado condenado a ejecutar una resolución, posibilitar que el Comité remita la cuestión al Tribunal para que la Gran Sala se pronuncie sobre si hay un incumplimiento de la obligación de acatamiento ex art. 46.1 CEDH. Más ampliamente, sobre el alcance de las reformas operadas por el Protocolo 14, MORTE GÓMEZ, *REDF* 2010, p. 113 y ss. Más concretamente, sobre la potenciación de la ejecutividad de las resoluciones del TEDH, QUERALT JIMÉNEZ, *REDE* 2010, pp. 507-510.

25 Al respecto, Resoluciones (2005)93, 94 y 95, del 26 de octubre, referidas a la ejecución por España de sendas condenas recaídas en los *asuntos Gabarri Moreno, Perote Pellón y Pescador Valero*. En todo caso, aunque España reconoce esta carencia legislativa, sigue insistiendo en muchos de los informes dirigidos al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la garantía de no repetición el carácter directamente aplicable en el derecho interno español de las Sentencias del TEDH, pero que es insuficiente para colmar esta carencia. Al respecto, más ampliamente, REVENGA SÁNCHEZ, *REDE* 2004, pp. 521-538, en comentario a las dificultades de ejecución del *asunto Perote Pellón*, y RIPOL CARULLA, *REDF* 2010, pp. 78-82 y 104.

26 Al respecto, puede consultarse el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, 14 de febrero de 2008, pp. 293-322 (<http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>).

27 Ampliamente, con referencias bibliográficas, RIPOL CARULLA, *REDF* 2010, pp. 87-104. Otra de las insuficiencias del ordenamiento español frente a las ejecutividad de las resoluciones del TEDH se refiere a la adopción de medidas cautelares *ex art.* 39 del Reglamento del TEDH. De hecho, España fue condenada por violación del art. 34 CEDH por el incumplimiento de la medida provisional de suspender la entrega en un caso de extradición acordada por el TEDH, al considerar que ello supuso un impedimento para que el Tribunal pudiera examinar eficazmente la demanda (STEDH *Olaechea c. España*, del 10 de agosto de 2006, §§ 63 a 83). Sobre la adopción de las medidas cautelares del art. 39 del Reglamento del TEDH, ampliamente, MORTE GARCÍA, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 205-220 y, para consultar la instrucción práctica del Presidente del TEDH del 5 de marzo de 2003 y modificada el 16 de octubre de 2009 dictada sobre estas medidas en virtud del art 32 del Reglamento, pp. 308-310. Puede consultarse la traducción al castellano de la versión del Reglamento del TEDH en vigor desde el 1 de junio de 2010 en pp. 261-305 y también de una amplia selección de artículos en la colección legislativa editada a cargo de GÓMEZ FERNÁNDEZ y PÉREZ TREMPES, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, pp. 75-106.

28 Hay que dar la razón a CANO PALOMARES, *REDF* 2010, pp. 269-273, cuando plantea que, en puridad y contando con el precedente de la ya citada STEDH *Scoppola c. Italia*, lo apropiado para la restitución integral del derecho vulnerado no hubiera sido ordenar la reapertura del procedimiento, más propio de las vulneraciones del art. 6 CEDH, sino que se hubiera indicado la obligatoriedad de sustituir la pena aplicada retroactivamente por aquella aplicable en el momento en que la infracción fue cometida, si bien sin ocultar las posibles dificultades prácticas para la ejecución de dicho pronunciamiento por las peculiares circunstancias del caso.

29 La pretensión expresa del Juez Zupančič era no solo presionar a favor de una reparación subjetiva de este demandante sino, con mayor alcance, que se introdujera un remedio efectivo en el ordenamiento interno español. A esos efectos, tal como recuerda el Juez Zupančič la fórmula Gençel fue aplicada en relación con Turquía en atención a que, al igual que España, no tenía previsto en su legislación interna un recurso efectivo para deducir una pretensión de ejecución de una condena del TEDH. De hecho esa fórmula fue reiteradamente usada con Turquía (entre muchas otras, SSTEDH *Feridun Yazar y otros c. Turquía*, del 23 de setiembre de 2004, § 40, o, más recientemente, *Erükço c. Turquía*, del 13 de noviembre de 2008, § 33) hasta que este país introdujo en el art. 445 de su legislación procesal civil como causa de reapertura de un procedimiento la existencia de una sentencia definitiva del TEDH constatando la vulneración del CEDH. Al respecto, puede comprobarse como, por ejemplo, en la reciente STEDH *T.C. y H.C. c. Turquía*, de 26 de julio de 2011, aun reconociendo esta modificación legislativa, se sigue haciendo expreso que el Tribunal considera que la reparación más adecuada sería la reapertura del proceso (§ 95). Esta misma fórmula viene siendo frecuentemente utilizada por el TEDH no solo en casos en que puede resultar dudosa su pertinencia desde la perspectiva del derecho interno (STEDH *Paraskeva Todorova c. Bulgaria*, de 25 de marzo de 2010, §§ 52 y 53), sino incluso cuando esta expresamente reconocida (STEDH *Spinu c. Rumanía*, del 29 de abril de 2008, § 82).

30 En la búsqueda de la base de datos de jurisprudencia on-line del Centro de Documentación Jurídica del Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>), no aparece ninguna resolución judicial en que aparezca citada (última consulta 15 de febrero de 2012, por los términos "Gurguchiani", "STEDH de 15 de diciembre de 2009", "STEDH 15-12-09").

31 El alto desconocimiento de la jurisdicción del TEDH entre los operadores jurídicos españoles –judicatura, abogacía– puede ser una de las razones de la escasa repercusión de esta Sentencia y, más en general, de la jurisprudencia del TEDH. En el año 2010 el TEDH ha recibido 61.307 nuevas demandas, de las cuales solo 689 correspondían a España. Ciertamente el número de demandas provenientes de España se ha duplicado entre el 2007 y el 2010, sin embargo, todavía al día de hoy, en términos porcentuales, España es el segundo país que menos demandas presenta ante el TEDH, ya que el número de demandas por cada 10.000 habitantes es 0,15, muy lejos de la media de los países miembros del Consejo de Europa, que es 0,75, y muy alejado también del número de demandas de los países de nuestro entorno más inmediato como pueden ser Alemania, con 0,21; Francia, con 0,25; Reino Unido,

con 0,45; Grecia, con 0,52 o Italia, con 0,64. Las razones de esta baja litigiosidad española ante el TEDH no parece creíble situarla en un mayor respeto en España de los derechos reconocidos en el CEDH. Más bien parece que la razón principal radica en un mayor desconocimiento por parte de los letrados españoles tanto de la jurisprudencia del TEDH como del procedimiento ante dicho Tribunal junto con la ya señalada dudosa capacidad reparadora de esta jurisdicción.

32 También destaca el corto alcance de la doctrina del *asunto Gurguchiani*, en atención a que resuelve un problema de derecho transitorio, DÍAZ CREGO, “Derecho de extranjería y Jurisprudencia del TC, el TEDH y el TJUE”, pp. 385. En el mismo sentido, CANO PALOMARES, *REDF* 2010, pp. 276-277, destaca más el alcance y repercusión interna en la jurisprudencia del TEDH de este asunto que en la jurisprudencia española.

33 Curiosamente esta Sentencia lo que considera vulnerado es el art. 9.3 CE –que garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales– y no el art. 25.1 CE. La razón de ello es que el concreto motivo de casación que fue estimado se refería a que no se había dado trámite de audiencia al condenado, tal como sí exigía la redacción del art. 89 CP previa a la reforma operada por la LO 11/2003, y, por tanto, a una cuestión procesal y no material.

34 Ampliamente, SÁNCHEZ TOMÁS, “Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros”, pp. 1559-1579.

35 En la doctrina, todavía pueden encontrarse posiciones marginales contrarias a su carácter sancionador y, por tanto, a la aplicación de todas las garantías inherentes a dicha naturaleza. Así, por ejemplo, muy recientemente CORDERO LOZANO sostiene que “[l]a expulsión administrativa de un extranjero en los supuestos previstos legalmente no constituye, propiamente, una actuación represiva y por tanto no es exactamente una sanción. Se trata de una medida que restaura la legalidad administrativa vulnerada y que tiene una función disuasoria en relación con el incumplimiento de las condiciones vigentes para la permanencia legal de un extranjero en España”, Expulsión, devolución y retorno de extranjeros, p. 10. Sin embargo, ante la contundencia de la propia decisión legal de considerar la expulsión como una medida sustitutiva de la multa (art. 57.1 LOEx), es unánime la defensa de su carácter sancionador tanto en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (por todas, STS, Secc. 5ª, del 28 de noviembre de 2008, FJ. 5), como en la del TC (por todas, STC 145/2011, del 26 de setiembre, FJ. 3). Para un análisis más detenido de la jurisprudencia sobre este particular, LORENZO JIMÉNEZ, *RDME* 2009, pp. 209-212. Igualmente, esta es la posición de la Fiscalía General del Estado plasmada en la Consulta 1/2001, del 9 de mayo.

36 Esta es una posición casi unánime en la jurisprudencia del TS (así, SSTS 710/2005, del 7 junio; 1099/2006, del 13 de noviembre; o 165/2009, del 19 de febrero). A pesar de ello, en la STS 1231/2006, del 23 de noviembre, se señala que “[l]a expulsión resulta totalmente anómala e incompatible con las posibilidades punitivas que se han adoptado por el legislador a través de la fórmula combinada de penas y medidas de seguridad. Incuestionablemente la expulsión no se considera por el legislador ni como una pena ni como una medida de seguridad, lo que la convierte en un cuerpo extraño en el esquema legalmente establecido para sancionar conductas delictivas”.

Una exposición amplia del debate jurisprudencial sobre la particular naturaleza de la expulsión y su alcance aparece en la STS 1099/2006, del 13 de noviembre. Con posterioridad, también se han dictado otras resoluciones del TS aisladas en que se retoma la consideración de pena de esta medida, afirmando de ella que “está más próxima a una pena de extrañamiento” (SSTS 273/2009, del 25 de marzo, y 648/2009, del 23 de junio) Por su parte, para la discusión doctrinal sobre el particular, ampliamente, BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal*, pp. 164-171. Sobre la posición de la Fiscalía General del Estado, a destacar la Circular 2/2006, del 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, y la Circular 5/2011, del 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración.

37 El TC sentó este principio de legitimidad constitucional de las medidas de seguridad en su jurisprudencia más temprana. Así, en la STC 23/1986, del 14 de febrero, ya se mostró muy categórico al destacar que de conformidad con el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) “ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal (...), ya que por un lado no cabe otra condena –y la medida de seguridad lo es– que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio non bis in ídem, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la ‘culpabilidad’ y en el otro la ‘peligrosidad’” (FJ. 1).

38 Sobre la caracterización de las medidas de seguridad como respuesta penal, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *PJ* 2000, pp. 107-135.

39 El TEDH también había hecho referencia a la circunstancia de que conforme a la nueva redacción era preciso que este sustitutivo fuera apreciado en Sentencia y no en la posterior ejecutoria. Sin embargo, no creo que esto sea necesariamente un elemento perjudicial. A todos los efectos, el eventual momento en que pudiera adoptarse la medida no es relevante por sí mismo. Lo determinante es que en la toma de decisión sobre el particular se respeten todas las garantías procesales y, desde luego, que por el tiempo ya transcurrido de cumplimiento efectivo de pena o abonable, la decisión de sustitución no incurra en un *bis in ídem*, lo que ya ha motivado la estimación de dos recursos de amparo por vulneración del art. 25.1 CE (SSTC 145/2006, del 8 de mayo, y 110/2009, del 11 de mayo). Sobre el particular, por todos, BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal y control de los migrantes*, pp. 201-205.

40 Esta Sentencia, además de estas cuestiones, abordó otros aspectos procesales de gran relevancia práctica relacionados con los anteriores como eran que la suspensión no podía ser apreciada de oficio por el Tribunal y que estaba sometida la obligación de motivación. Para un amplio análisis de esta resolución, SÁNCHEZ TOMÁS, “Garantismo e insumisión judicial en la expulsión penal de extranjeros”, pp. 1559-1579.

41 La Sentencia incluye en este punto una referencia expresa al Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley Orgánica que desembocó en la LO 11/2003, recordando que dicho Informe “(...) ya ponía el acento en la omisión que en el texto se apreciaba –y así está en la actualidad– respecto de las concretas circunstancias personales del penado para ante ellas acordar o no la expulsión, argumentaba el Consejo con toda razón, que además de la naturaleza del delito como argumento que justificara la excepción, debería haberse hecho expresa referencia a otra serie de circunstancias directamente relacionadas con la persona del penado, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pudieran concurrir y que el TEDH valora la circunstancia de arraigar que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de torturas o tratos degradantes contrarios al art. 3 CEDH como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión”. De ese modo, en la STS 901/2004 se incluyó, lo que es de elogiar, un profuso análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre la proyección del art. 8 CEDH en relación con la expulsión de extranjeros.

42 El TC ha sido categórico a la hora de afirmar que aunque se omita en la ley establecer un trámite de audiencia para todas las partes procesales, esa es una exigencia a derivar directamente del art. 24 CE, en aras de que el debate procesal se produzca en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de la acusación y defensa. Al respecto, y por lo que se refiere a la regulación procesal del recurso de queja en la LECrim., véase, entre las primeras, la STC 66/1989, del 17 de abril, FJ. 12 y, entre las últimas, la STC 190/2006, del 19 de junio, FJ 4. Y, por lo que se refiere a la apelación penal adhesiva, entre las primeras, la STC 53/1987, del 7 de mayo, FJ. 3, y, entre las últimas, la STC 23/2003, del 10 de febrero, FJ. 2.

43 Precisamente en la ya citada STS 901/2004 se critica lo que llama el “vértigo legislativo”, al destacar que “por lo que se refiere al artículo 89, podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del

Código Penal –LO 10/95 del 23 de noviembre– hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la LO 8/2000 desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de setiembre de 2003, y la tercera –la actualmente en vigor– dada por la LO 11/2003, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003, no siendo ocioso recordar que cada versión ha ofrecido una versión más endurecida contra los emigrantes ilegales condenados por delitos”. Pues bien, a ella hay que unir ahora la mencionada cuarta versión dada por la LO 5/2010, vigente desde el 23 de diciembre de 2010, que, a grandes rasgos, se caracteriza por: a) exigir la audiencia del penado y demás partes personadas, además de la del Ministerio Fiscal; b) posibilitar adoptar la decisión en Auto motivado posterior con ese mismo trámite de audiencia; y c) el plazo de prohibición de retorno se establece entre cinco y diez años. Sobre la nueva redacción dada al art. 89 CP por la LO 5/2010, BRANDARIZ GARCÍA, *Sistema penal y control de los migrantes*, pp. 171-234; RODRÍGUEZ BALADO, *RDME 2011*, pp. 37-52; o TOMÉ GARCÍA, “Sustitución de las penas privativas de libertad impuestas al extranjero por su expulsión”, pp. 105-180.

Gaceta Jurídica- Servicio Integral de Información Jurídica

Contáctenos en: informatica@gacetajuridica.com.pe