

**JURISPRUDENCIA**  
**PENAL VINCULANTE**

**LAS EJECUTORIAS VINCULANTES EN MATERIA PENAL  
A PARTIR DE LA INTRODUCCIÓN DEL ARTÍCULO 301-A  
DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES**

*Miguel Pérez Arroyo (<sup>1</sup>)*

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor de Confianza de la Vocalía Titular del Dr. César San Martín Castro de la Corte Suprema de la República. Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y del Colegio de Abogados de Lima.

I. **El carácter vinculante de las Ejecutorias Supremas en materia penal .-**

Con la entrada en vigencia del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, según el Decreto Legislativo número 959, del 17 de agosto de 2004 se ha inaugurado en Perú un sistema absolutamente novedoso en lo que se refiere al carácter vinculante de las resoluciones judiciales emitidas en sede suprema, denominadas en el Perú Ejecutorias Supremas. <sup>2</sup>

En efecto, el ya citado artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, se inserta en lo que se ha venido en denominar “periodo de transición”, entre los sistemas procesales actual (de corte inquisitivo) con el nuevo código, promulgado según Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004 (de corte acusatorio puro –denominado también por muchos como “acustorio adversarial”). Periodo de transición que se ha reglado de conformidad con el Decreto Legislativo número 959 y que establecen varias modificatorias al sistema procesal actual, con vistas a su transición, así como la introducción de otras varias normas novedosas, como de las que trata el artículo 301-A.

En definitiva, lo que viene a decirnos este nuevo artículo procedimental penal es que existen dos tipos de sentencias penales emitidas en sede suprema, esto es de ejecutorias penales: las que tienen un carácter de precedente obligatorio “genérico” y las que tienen el carácter de precedente obligatorio “vinculante”. En el primer caso, además de estar regidas por las normas pertinentes del Código de Procedimientos Penales, esto es por los artículos 298, 299 y 300 del C. de P. P.; también lo están por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el sentido siguiente: Las Salas Supremas especializadas de la Corte Suprema de la República ordenarán la publicación en el diario oficial “El Peruano”, cada tres meses, de las Ejecutorias Supremas que a su entender fijan líneas de doctrina jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, sobre las cuales pueden mediar apartamientos de los Juzgados y Tribunales de Instancia inferior, motivando adecuadamente los motivos de su decisión desestimatoria y el por qué se apartan de dicha doctrina jurisprudencial.

En el segundo caso, de las ejecutorias obligatorias “vinculantes”, además de lo ya dicho, en los términos de legitimidad formal de su génesis, se adiciona lo preceptuado por el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. Esto es, que las Salas Penales de la Corte Suprema ya no tendrán que esperar tres meses para organizar su jurisprudencia y ver a partir de esta selección las

Ejecutorias que fijan la doctrina jurisprudencial a seguir, sino que, caso por caso, podrá decidir cuándo estamos frente a una doctrina jurisprudencial de carácter vinculante (y el extremo normativo de la misma) de la cual los magistrados inferiores no podrán apartarse; siendo en todo caso la única instancia legitimada para hacerlo (apartarse), la propia Sala Penal de la Corte Suprema, procedimiento que también está reglado en este mismo artículo y de lo cual no es materia de comentario en estas páginas.

En resumen, con el artículo 301-A del C. de P. P., estamos frente a un tipo de Ejecutorias Supremas de mayor vigor en el sentido jurisprudencial del caso las cuales fijan efectos prácticamente normativos respecto a temas concretos y que caso por caso se resuelven en sede Suprema; todo esto de momento, repetimos, en materia penal, en razón al ambiente de reforma y transitoriedad que ha venido a establecer el Decreto Legislativo número 959, de 17 de agosto de 2004.

## **II. Comentario a las primeras Ejecutorias Supremas vinculantes, con arreglo al artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales.-**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, bajo la Presidencia del Profesor Doctor César San Martín Castro, ha emitido recientemente las cinco primeras Ejecutorias Supremas con carácter vinculante y arregladas al artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales. Curiosamente, en todos los casos, ha sido siempre el mencionado Vocal Supremo el Vocal ponente, poniendo de manifiesto su ya consagrada carrera académica y su vocación por un Derecho Penal cada vez más justo y cada vez más predecible, lo cual es labor de todos quienes nos dedicamos tanto a la docencia universitaria, como también a la labor jurisdiccional.

En orden prelatorio de fechas, vamos a ocuparnos de cada una de las cinco Ejecutorias Supremas antes anunciadas, resumiendo en todo caso, sólo los extremos declarados vinculantes:

---

<sup>2</sup> En España, por ejemplo, se denominan Sentencias del Tribunal Supremo: STS.

**EJECUTORIA N° 1**

**RECURSO DE NULIDAD N° 1766- 2004**

**CALLAO**

Lima, veintiuno de septiembre de dos mil cuatro.-

**VISTOS;** Oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Publica del Estado contra la sentencia de fajas ciento sesenta y ocho, su fecha veintiséis de marzo de dos mil cuatro; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:** *Primero:* Que la Procuradora Pública del Estado cuestiona la sentencia condenatoria por considerar que la reparación civil es exigua y diminuta, a la vez que extiende los agravios del recurso a lo que considera una ilegal aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós en vista que el delito materia de juzgamiento impide hacer uso de esa norma. *Segundo:* Que la sentencia recurrida fijó en dos mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil, que por lo demás fue el solicitado por la Fiscal Superior Adjunta en la acusación de fojas ciento cuarenta y siete; que, sin embargo, la pretensión del Estado, según el escrito de fajas sesenta y siete, ascendía a una suma no inferior a los treinta mil nuevos soles; que tratándose de un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad por demás tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función a la cantidad y dañosidad de la droga incautada, así como a la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en su comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad o proporcionalidad; que, en el presente caso, se trató de una tenencia con fines de tráfico al exterior de cuatrocientos sesentiocho gramos de clorhidrato de cocaína ingeridas mediante cápsulas, a cuyo efecto el imputado debió ser evacuado a un Hospital del Estado, delito en el que han intervenido, por lo menos, otros dos individuos en Brasil y Perú; que, siendo así, el monto de la reparación civil debe incrementarse prudencialmente. *Tercero:* Que si bien la parte civil sólo tiene injerencia en el objeto civil del proceso, el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el Tribunal de Instancia para dictar la sentencia recurrida estimando la no aplicación de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que es del caso referirse a esa opinión anulatoria; que la citada Ley número veintiocho mil ciento veintidós, más allá de lo limitado y

parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) -a la que hace mención el título de la ley- y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aún cuando vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir -sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos; que la conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable; que, empero, en el caso de la conclusión anticipada del debate oral se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa -ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad -de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y Luego, por la defensa, de suerte que el artículo cinco -precisamente por , tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior- no impone límite alguno en, orden al delito objeto de acusación ,o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de lo artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos - aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley. **Cuarto:** Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba ser autor del delito materia de la acusación fiscal , y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con

aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida; que es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa (se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que -como postula la doctrina procesalista- el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación; que, como es de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse "*sentencia anticipada*", producto de una confesión del acusado en los términos antes descritos; que esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad. **Quinto:** Que la sentencia recurrida, invocando adicionalmente el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales, impuso una penó' de siete años de privación de libertad, sin perjuicio de las penas de multa e inhabilitación, que el Fiscal no recurrió pese a que solicitó diez años de pena privativa de libertad en la acusación de fojas ciento cuarenta y siete, por lo que no corresponde revisar tal extremo de la sentencia de instancia por no ser materia de la impugnación **Sexto:** Que, dado el carácter general de la interpretación de los alcances. del artículo cinco de la Ley veintiocho mil ciento veintidós como institución procesal penal aplicable a toda clase de delitos sujetos al proceso penal ordinario, corresponde disponer su carácter de precedente vinculante en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto, en aplicación a lo dispuesto en el numeral uno del artículo trescientos uno- A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número novecientos cincuenta y nueve Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ciento sesenta y ocho, su fecha veintiséis de marzo de dos mil cuatro, en cuanto condena a José Givaldo Da Silva como autor del delito de tráfico ilícito de drogas -tipo base- en agravio del Estado, a siete años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación; con lo demás que al respecto contiene; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto fija en dos mil nuevos soles el monto por reparación civil a favor del Estado; reformándolo: **FIJARON** en diez mil nuevos soles;

**DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la presente Ejecutoría constituyen precedente vinculante; **ORDENARON** que este fallo se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; y los devolvieron.

**S.S.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR .**

**BARRIENTOS PEÑA**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDÓÑEZ**

### **COMENTARIO**

Ejecutoria Suprema del 21 de septiembre de 2004; expediente número 1766-2004, procedente del Callao que sube en nulidad a la Corte Suprema en razón de un recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública del Estado en un caso de Tráfico Ilícito de Drogas y que declara, como lo expresa la propia ejecutoria, como vinculantes normativos, los extremos tercero y cuarto de la misma en el sentido siguiente:

- a. Que aún cuando el recurso de nulidad ha sido interpuesto por la parte civil en el proceso penal, juzgando ésta que la reparación civil que se ha fijado en la sentencia venida en grado es insuficiente; por tanto solicita que se incremente el monto de la misma. El Fiscal Supremo en lo Penal también ha cuestionado la aplicación de la Ley número 28122, opinando al respecto que la sentencia es nula toda vez que dicha norma no debía haberse aplicado; por lo que es del caso referirse a dicha opinión anulatoria.
- b. En tanto que dicha norma, la Ley número 28122, contempla dos institutos procesales que son: el de la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) –a la que hace mención el título de la Ley-; y, la conclusión anticipada del debate o juicio oral (artículo cinco).
- c. Aún cuando ambos institutos procesales están vinculados al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal, se diferencian ambos en que en el supuesto segundo (de la conclusión anticipada del debate o juicio oral), rige fundamentalmente el principio del consenso dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no se aplica cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial que requiere cumplir –sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo- determinados requisitos legalmente previstos.
- d. En este sentido *la conclusión anticipada de la instrucción judicial* se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos

procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable.

- e. En el caso de *la conclusión anticipada del debate oral o del juicio oral* se privilegia la aceptación de los cargos por parte del imputado y su defensa –ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad –de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de una pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y, luego, por la defensa, de suerte que el artículo cinco –precisamente por tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior- no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad del proceso ni remite aplicación a las exigencias de los artículos 1 y 2 de la Ley 28122.
- f. Es de aclarar que cuando el artículo 5 de la Ley 28122 hace mención a la “confesión sincera”, en rigor nos remite al numeral 1 de dicha norma y que tal expresión, a estos solos efectos –aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en este trámite ser autor o participe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales o con el artículo 1, numeral 3 de la Ley 28122.
- g. En el caso en cuestión, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consideraba ser autor del delito materia de la acusación fiscal y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida; cabe señalar que el acto de disposición del imputado y su defensa se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida lo cual no es en ningún caso un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que el Tribunal está facultado a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista para el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso a la absolución si fuera el caso, esto es, si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación.

- h. Como ha de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse “sentencia anticipada”, producto de la confesión del acusado en los términos antes descritos. Confesión que tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del Fiscal y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad.

Resolviéndose en esta causa por NO HABER NULIDAD, en consecuencia, confirmaron la condena a 7 años de pena privativa de libertad y, HABER NULIDAD en el extremo referido a la reparación civil, aumentándola en 10,000 nuevos soles; a favor del Estado peruano.

## **EJECUTORIA N° 2**

### **Dictamen 1237 -04-FN-MP-2°FSP.**

**Ministerio Público**  
**Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal**  
**Exp.2004-0112-242501JP2.**  
**Corte Superior de Justicia de Ucayali.**  
**C.S. N° 18-2004**

### **SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.**

Viene este proceso, a efectos del pronunciamiento correspondiente a fin que se dirima la **CONTIENDA DE COMPETENCIA**, promovida por el Segundo Juzgado Penal, de la Provincia de Coronel Portillo de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, en la causa que se le sigue a Jorge Luis Rabanal Calderón, José Spencer Guido Dávalos, Pedro Rodríguez Rivera y Mario Peña Ramírez, por el delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-Lesiones Graves seguidas de muerte- en agravio de Indalecio Pomatanta Albarran, proceso que también conoce la Vocalía: de Instrucción

del Consejo Supremo de Justicia Militar.

Fluye de autos, que con fecha 15 de Agosto del 2003, La Comisión de la Verdad y Reconciliación, recomendó al Ministerio Público a través de la Señora Fiscal de la Nación, denunciar a los encausados en los presente hechos investigados, ocurridos con fecha 02 de Abril de 1995, a las 05.30 horas, cuando aproximadamente quince miembros de la Marina de Guerra del Perú, a bordo de una camioneta de transporte rural, llegaron al domicilio del agraviado Indalecio Pomatanta, sito en el kilómetro 99 de la carretera Federico Basadre, Centro Poblado de San Alejandro, ubicado en el Distrito de Irazola, Provincia de Padre Abad, Departamento de Ucayali; portando todos armas de largo alcance tipo FAL, encontrando a Juan Francisco Pomatanta y sus dos menores hijos, quienes fueron obligados violentamente, con golpes de puños y patadas a tenderse en el piso y fueron interrogados por el paradero de su hermano mayor, de 17 años Indalecio, y luego los trasladaron al otro lado de la carretera donde los dejaron bajo la custodia de dos efectivos; después de veinte minutos los miembros de la Marina se retiran del domicilio de la Familia Pomatanta; y luego retornaron a su casa Juan Francisco y sus dos hijos, viendo que su hijo Indalecio se arrastraba moribundo, con su cuerpo quemado, mencionando que el Teniente y otro oficial de la Marina, miembros de la Base Contrasubversiva de San Alejandro, lo golpearon brutalmente, preguntándole por la ubicación de las armas, y al contestarle que desconocía, en un acto irracional rosearon su cuerpo con gasolina y procedieron a prenderle fuego, después de tres días de agonía falleció en el Hospital Regional de Pucallpa.

Descritos los hechos investigados, se tiene que si bien es cierto los hechos se suscitaron en un operativo militar, siendo que los investigados, pertenecen a la Marina de Guerra del Perú; sin embargo en dichas acciones, resultó con lesiones graves seguidas de muerte, por quemaduras una persona civil, siendo ello así, los hechos descritos revisten gravedad; ahora bien, el hecho de que el militar este de servicio, es decir, se encuentre cumpliendo la función militar, no significa que todos los actos que realiza son actos de servicio, pues si la índole del deber violado es central, si el deber es común o genérico, propio de todos lo ciudadanos, el delito será común; más aún que se ha materializado un abuso desmedido contra la persona humana, con consecuencias fatales, de pérdida de una vida, el bien jurídico más preciado y primer derecho de toda persona, y conforme lo señala el Artículo 173 de la Constitución Política del Estado, que la Justicia Militar solo tiene competencia para juzgar delitos de función y atendiendo que los hechos instruidos no constituyen ni derivan del cumplimiento de sus funciones; es que corresponde conocer este hecho al fuero común.

Por lo expuesto, esta Fiscalía Suprema Penal, propone a la Sala **DIRIMIR LA COMPETENCIA A FAVOR DEL FUERO COMUN.**

Lima, 20 de Julio del 2004.

**Resolución Suprema**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**COMPETENCIA N° 18-2004**

**Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo  
de Justicia Militar/Segundo Juzgado Penal  
de Coronel Portillo.**

Lima, diecisiete de noviembre de dos mil cuatro.-

**VISTOS**; oído el informe oral; la contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo; con el informe escrito que como "*Amicus Curiae*" han presentado la Defensoría del Pueblo y el ciudadano Ronald Gamarra Herrera; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: *Primero.***- Que los hechos objeto de imputación, y que son investigados paralelamente en la jurisdicción penal ordinaria y en la jurisdicción castrense, estriban en que el día dos de abril de mil novecientos noventa y cinco, a primeras horas de la mañana, en el Centro Poblado de San Alejandro, Distrito de Irazola, Provincia de Padre Abad, Departamento de Ucayali -zona declara en Estado de Emergencia-, una patrulla de la Marina de Guerra del Perú intervino el domicilio del agraviado Indalecio Pomatanta Albarran, lo detuvo, lo torturaron y, luego, le prendieron fuego, a consecuencia de lo cual resultó con lesiones graves que luego ocasionaron su deceso. ***Segundo.***- Que por estos hechos fueron denunciados ante el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo los encausados Jorge Luís Rabanal Calderón, Mario Peña Ramírez, José Guido Dávalos y Pedro Rodríguez Rivera, en su condición de miembros de la Marina de Guerra del Perú destacados en la Base Contrasubversiva de San Alejandro, por el delito de lesiones graves seguidas de muerte, previsto en el artículo ciento veinte y uno del Código Penal; que, asimismo, por los mismos hechos los indicados encausados fueron procesados por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar por los delitos de lesiones graves seguidas de muerte y contra la Administración de Justicia, previstos y sancionados en los artículos ciento veintiuno, inciso tres, del Código Penal y trescientos dos, inciso dos, del Código de Justicia Militar, respectivamente. ***Tercero.***- Que el presente caso debe analizarse teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional del dieciséis de marzo de dos mil cuatro, recaída en la acción de inconstitucionalidad seguida por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley Número veinticuatro mil ciento cincuenta, y las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas, en especial, en los Asuntos Castillo Petrucci y otros -del treinta de mayo de mil novecientos noventinueve-, Cesti Hurtado -del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventinueve-, y

Durand y Ugarte -del dieciséis de agosto de dos mil-, en tanto se trata de decisiones que han definido desde la Constitución Nacional y la Convención Americanas de Derechos Humanos, respectivamente, el ámbito competencial objetivo -material de la jurisdicción militar, y cuyos términos deben observarse por la justicia penal ordinaria en aras del cumplido respeto a la función que cumplen dichos órganos jurisdiccionales de supremos interpretes de la Constitución y de la Convención antes indicada. **Cuarto.-** Que el artículo diez de la Ley Número veinticuatro mil ciento cincuenta, en cuanto estipulaba que los miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales - hoy, Policía Nacional del Perú- que se encuentran prestando servicios en las zonas declaradas en estado de excepción quedan sujetos al Código de Justicia Militar, ha sido declarado inconstitucional por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional [ver: párrafos ciento treinta y seis a ciento treinta y nueve, y punto uno, literal e) de la parte resolutive]; que la segunda parte de la mencionada disposición, en cuanto prescribe que: "*Las infracciones tipificadas en el Código de Justicia Militar que [se] cometan en el ejercicio de sus funciones son de competencia del fuero privativo militar, salvo aquellas que no tengan vinculación con el servicio*", ha pasado la prueba de constitucionalidad, aunque con la precisión que corresponde al Código de Justicia Militar tipificar las conductas antijurídicas que afectan bienes jurídicos castrenses o policiales [ver párrafo ciento treintinueve]; que, en tal virtud, a los efectos de delimitar en el caso concreto el ámbito de la justicia militar no es constitucional utilizar independiente o aisladamente mente los tradicionales .criterios de *ratione personae* y de *ratione loci*, en tanto que la jurisdicción castrense sólo tendría cabida en la medida que se configure como un fuero de real o de causa, esto es, (a) en función a la naturaleza del hecho delictivo imputado, y (b) siempre que se encuentre previsto y sancionado expresa e inequívocamente en el Código de Justicia Militar; además, la sentencia del Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina procesalista más autorizada, tiene expuesto que tampoco es criterio válido para definir la competencia judicial militar la sola referencia al sujeto pasivo o, con más precisión, por el hecho que el agraviado sea un militar, policía, o la propia institución militar o policial [ver párrafo ciento treinta]; que, por lo demás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmó esa doctrina al señalar que "*...esta jurisdicción funcional [la jurisdicción militar] reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias*" [Asunto Castillo Petrucci y otros, párrafo ciento veintiocho], y que "*En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas armadas ...*" [Asunto Durand y Ugarte, párrafo ciento diecisiete]; que a este respecto es de precisar desde ya, a partir de una noción estricta de la denominada "garantía criminal" -consagrada en el artículo dos, numeral

veinticuatro, literal d) de la Constitución-, que la jurisdicción castrense no puede extender su competencia para conocer delitos o tipos penales no previstos taxativamente en el Código de Justicia Militar, de modo que sólo le está permitido acudir en vía supletoria a la legislación penal común, sin perjuicio de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho -en tanto que el llamado Derecho Penal Militar no es un Derecho autónomo y sólo constituye un ámbito especializado del Derecho Penal-, y de las denominadas "reglas de la parte general del Derecho Penal", esto es, en lo pertinente, el Libro Primero del Código Penal, nunca los Libros Segundo y Tercero de dicho Código. **Quinto.-** Que el artículo ciento setentitrés de la Constitución, al delimitar materialmente el ámbito competencial de la jurisdicción militar, hace referencia al delito de función como dato constitucionalmente relevante; que la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, interpretando esa noción y definiendo sus alcances, realiza las tres notas características de la institución en lo atinente a los *elementos objetivos del tipo penal militar*: a) que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional -se trata de su "objeto material"-; b) que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad -es lo que se denomina "círculo de autores"-; y, c) que, como "circunstancias externas del hecho", que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, ésta se perpetre en acto del servicio, es decir, con ocasión de él [ver párrafo ciento treinticuatro]. **Sexto.-** Que en atención a esas consideraciones superiores, desarrollando el concepto desde el Derecho penal, es pertinente puntualizar lo siguiente: a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal -concretamente en el Derecho administrativo- y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de "función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal [conforme: MEINI MENDEZ, IVAN: *Observaciones en tomo a la Parte General*

*del Código de Justicia Militar*, Anuario de Derecho Penal dos mil uno -dos mil dos, Pontificia Universidad Católica del Perú -Universidad de Friburgo Suiza, Lima, dos mil dos, páginas ciento noventinueve y doscientos]. **Séptimo.-** Que, en el presente caso, según la imputación, se atentó contra la integridad corporal de una persona en condiciones particularmente graves y reprochables, esto es, mediando prevalimiento del cargo público que ostentaban y aprovechándose indebidamente, en primer lugar, que la zona había sido declarada en Estado de Emergencia, y, en segundo lugar, que se había dispuesto una operación militar destinada al control de la actividad terrorista; que en su núcleo o esencia la conducta atribuida, que constituye el objeto del proceso penal, vulneró un bien jurídico individual: la integridad corporal e, incluso, la vida de una persona, no un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas; que se si analizan los tres factores que concurrentemente deben estar presentes para definir el delito de función es obvio que sólo se presenta el *segundo*: la condición de militar en actividad de los sujetos activos del delito imputado, no así el *primero*: bien jurídico institucional, pues se afectó la integridad corporal y la vida de una persona; ni el *tercero*: las circunstancias externas del hecho, radicadas en la comisión del delito con ocasión del acto del servicio militar, pues los maltratos, las torturas y el prender fuego a una persona revelan palmariamente un *animus vulnerandi*, e incluso, problemente, *necandi*, y, como tal, no tienen que ver con una labor de patrullaje e intervención de presuntos agentes subversivos; que, por lo demás, en cuanto a las circunstancias externas del hecho, nunca puede considerarse "acto de servicio" la comisión de crímenes horrendos y los atentados graves a los derechos humanos, tal como han sido definidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal [conforme: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Durand y Ugarte, párrafo ciento dieciocho]. **Octavo.-** Que, siendo así, los hechos íntegramente considerados son de competencia de la jurisdicción penal ordinaria, por lo que es de aplicación lo establecido en el artículo veinte y ocho del Código de Procedimientos Penales. **Noveno.-** Que, en mérito a la especial importancia del tema decidido y al carácter general de la interpretación de las normas constitucionales y legales correspondientes en orden a la noción de delito de función, y al carácter de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, resulta conveniente instituir el carácter de precedente obligatorio a los fundamentos jurídicos tercero, quinto, sexto y último extremo del séptimo, conforme a lo autorizado por el numeral uno del artículo trescientos uno -A del Código de Procedimientos penales, introducido por el Decreto Legislativo Número novecientos cincuentinueve. Por estos fundamentos: **DIRIMIERON** la contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar en el sentido que el conocimiento de la presente causa corresponde al Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, al que se remitirá todo lo

actuado con aviso de la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar; **DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos tercero, quinto, sexto y último extremo del séptimo constituyen precedente vinculante; **MANDARON** que esta sentencia se publique en el Diario Oficial "El Peruano" y, en su oportunidad, en el Portal o Página Web del Poder Judicial; en la instrucción seguida contra Jorge Luis Rabanal Calderón y otros, por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud -lesiones graves seguidas de muerte -en agravio de Indalecio Pomatanta Albarran; y los devolvieron.-

**S.S.**

**SAN MARTIN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**BARRIENTOS PEÑA**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDOÑEZ**

### **COMENTARIO**

Ejecutoria Suprema de 17 de noviembre de 2004; emitida por la Sala Penal Permanente en la CONTIENDA DE COMPETENCIA número 18-2004, promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, en un caso de lesiones graves seguidas de muerte (de un patrulla de la Marina de Guerra del Perú contra un particular a quien intervienen en su domicilio y luego de golpearlo le prenden fuego, muriendo éste luego como consecuencia de las quemaduras); en que se resuelve como extremos vinculantes los fundamentos 3º, 5º y 9º de la referida Ejecutoria en los términos siguientes:

- i. Que el caso en sí debe analizarse teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de marzo de dos mil cuatro, recaída en la acción de inconstitucionalidad seguida por la Defensoría del Pueblo contra diversos artículos de la Ley número 24150 y las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas, en especial, en los Asuntos Castillo Petrucci y otros –del 30.5.1999- Cesti Hurtado –del 29.09.1999- y Durand y Ugarte –del 16.08.2000-, en tanto que dichas decisiones que han definido desde la Constitución nacional y la Convención Americanas de Derechos Humanos, respectivamente, el ámbito competencial objetivo-material de la Jurisdicción material, y cuyos términos deben observarse por la justicia penal ordinaria en aras del cumplido respeto a la función que cumplen dichos órganos jurisdiccionales de supremos intérpretes de la Constitución y de la Convención antes indicada.

- j. Que, el artículo 173 de la Constitución Política del Estado, al delimitar materialmente el ámbito competencial de la Jurisdicción militar, hace referencia al delito de función como dato constitucionalmente relevante y que ello, aunado a la Sentencia del Tribunal Constitucional antes aludida, se interpreta del siguiente modo, en relación a las tres notas características de la institución en lo atinente a los elementos objetivos del tipo penal militar: 1) que se trate de conductas que afectan bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional –se trata de su objeto material-; 2) que el sujeto activo sea un militar que realice la conducta cuando se encontraba en situación de actividad –es lo que se denomina círculo de autores”-; y, 3) como circunstancias externas del hecho, que definen la situación en la que la acción típica debe tener lugar, ésta se perpetre en acto del servicio, es decir, con ocasión del él.

En este caso, se dirimió la competencia a favor del Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, de la Corte Superior de Justicia de Ucayali.

### **EJECUTORIA N° 3**

#### **RECURSO DE NULIDAD N° 3044 –2004. LIMA**

Lima, uno de diciembre de dos mil cuatro.-

**VISTOS;** oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por la encausada Brígida Marcela Noreña Tolentino y la Procuraduría Pública del Estado contra la sentencia ---condenatoria de fojas seiscientos cuarentiséis; de conformidad en pacto con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: *Primero:*** Que la defensa de la acusada Noreña Tolentino en su escrito de formalización del recurso de nulidad de fojas seiscientos sesentiséis cuestiona la condena impuesta a su patrocinada porque se ha prescindido de las pruebas actuadas en el juicio oral, que desvirtuaron los cargos materia de la acusación fiscal, así como se ha citado como prueba de cargo una pericia grafotécnica inexistente, se ha utilizado una prueba testifical -de María Magdalena Monteza Benavides- obtenida mediante violencia, no se ha valorado la contradicción del testigo Ibarra Padilla y se han leído las cuestiones de hecho con infracción del artículo doscientos setentinueve del Código de Procedimientos Penales; que la Procuraduría Pública del Estado en la formalización del recurso de nulidad de fojas seiscientos sesentidós solicita se eleve el monto de la reparación civil cuando menos en diez mil nuevos soles. ***Segundo:*** Que conforme aparece del acta de fojas seiscientos cuarenticuatro se cumplió con dar lectura a las cuestiones de

hecho, las mismas que corren de fojas seiscientos treintiocho a fojas seiscientos cuarentidós, por lo que ese agravio recursal carece de mérito; que si bien en el primer fundamento jurídico de la sentencia se señala que el examen pericial grafotécnico corre a fojas doscientos doce - cuando la pericia del citado folio es la de explosivos forense-, ese error carece de relevancia no sólo porque en el séptimo fundamento jurídico se señala correctamente que la pericia en mención corre de fojas ciento treinticinco a ciento treintiséis. sino esencialmente porque el citado informe pericial. en efecto. se realizó y tiene el carácter de prueba de cargo. **Tercero:** Que la conclusión incriminatoria respecto de la acusada Noreña Tolentino se basa. en primer *lugar*. en el acta de registro domiciliario de fojas dieciocho y en la pericia grafotécnica de fojas ciento treinticinco. que da cuenta que los manuscritos incautados en el curso de la investigación preliminar proceden tanto de su puño gráfico cuanto de otros de personas vinculadas a ella. y que reflejan una clara adscripción terrorista; en *segundo lugar*. en que al intervenir a personas vinculadas a ella -conectadas con los manuscritos incautados- se incautó explosivos (fojas diecinueve. veintitrés y veinticinco); y. en tercer lugar. en que la citada acusada fue sindicada como miembro de Sendero Luminoso por Juan Teodosio Ibarra Padilla y María Magdalena Monteza Benavides. ambos anteriormente indultados (fojas trescientos treintisiete. trescientos treintinueve y trescientos cuarentiuno); que. estas pruebas. en su conjunto y sustantiva coherencia. acreditan la imputación formulada por el representante del Ministerio Público. **Cuarto:** Que Ibarra Padilla a nivel policial, con presencia del Fiscal y de su Defensor (fojas cuarentiuno). sindicó a Noreña Tolentino. incriminación que reiteró en sede de Instrucción (fojas setentiséis y ciento once). y en el acto oral. luego de retractarse. al ser interrogado por el Fiscal Superior se ratifica en su declaración policial (fojas quinientos setentiocho). la cual -como se anotó -contiene una incriminación directa a Noreña Tolentino; que, Monteza Benavides, igualmente, en sede policial y de instrucción (fojas veintiséis, ochentisiete y ciento catorce) indica a la acusada Noreña Tolentino, pero en el acto de juicio oral se rectifica por completo alegando haber sido torturada y violada cuando fue detenida por el Ejército, producto de lo cual resultó embarazada y procreó una niña; que si bien la incriminación de Monteza Benavides no resulta categórica en función a lo declarado en sede de juicio oral, empero se tiene en cuenta que parte de la documentación incautada a Noreña Tolentino (fojas ciento treintiséis **I**a ciento treintisiete), proviene de su puño gráfico; que, siendo así, si se estima que la prueba de cargo no sólo se sustenta en ese testimonio, sino en prueba material -tenencia e incautación de documentos y explosivos- , pericial y en otra sindicación, es de concluir que la actividad probatoria de cargo es suficiente para enervar la presunción de inocencia, cuya legitimidad no ofrece dudas atento a la intervención del representante del Ministerio Público y de un abogado defensor. **Quinto:** Que, por lo demás, es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado

indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles - situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor- , el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones. pues puede ocurrir, por determinadas razones- que el Tribunal debe precisar cumplidamente- ,que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral. en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad -cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción- ; que. por otro lado, es de tener presente que las declaraciones prestadas ante el Juez Penal, si bien no pueden leerse bajo sanción de nulidad, conforme el artículo doscientos cuarentiocho del Código de Procedimientos Penales, tal regla sólo es aplicable, antes que el testigo declare en el acto oral, lo cual sin embargo no impide su posterior lectura en la estación procesal oportuna luego de actuarse la prueba personal, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos cincuentitrés del Código de Procedimientos Penales. **Sexto:** Que, en cuanto a la pretensión de la Procuraduría Pública del Estado, ésta a fojas cuatrocientos cincuenticuatro, cumplió con introducir una pretensión resarcitoria propia de diez mil nuevos soles; que el Tribunal de Instancia fijó en dos mil nuevos soles el monto de la reparación civil conforme lo solicitó el Fiscal en la acusación de fojas cuatrocientos treintiuno; que, sin embargo, ésta no guarda proporción con el daño ocasionado por el delito en función a su entidad y consecuencias lesivas, por lo que es del caso aumentarla proporcionalmente. **Séptimo:** Que el tipo penal aplicable, como se ha señalado en la sentencia recurrida, es el estipulado en el artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenticinco; que en dicha sentencia se ha impuesto la pena de inhabilitación "absoluta durante el tiempo de la condena"; que, sin embargo, el citado numeral, *primero*, consagra un régimen propio de la indicada pena de inhabilitación, pues se trata de una pena principal pero fija su período de duración bajo un modelo distinto al establecido en el artículo treintiocho del Código Penal, el mismo que debe regir luego de la pena privativa de libertad -única forma de entender la expresión cuando la norma específica señala luego de mencionar la pena privativa de libertad, "... e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia" -; y, *segundo*, el Juez con arreglo al artículo treintiséis del Código Penal debe determinar los derechos que son objeto de inhabilitación, lo que se ha omitido en el presente caso; que, siendo así, corresponde integrar el fallo de instancia en aplicación a lo dispuesto por el artículo doscientos noventiocho, penúltimo párrafo, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis,

respecto a la determinación de los derechos que son objeto de inhabilitación, no así en lo atinente a la duración de la pena de inhabilitación pues su corrección implicaría una reforma peyorativa en tanto que el recurso sólo proviene por parte de la imputada. **Octavo:** Que, por otro lado, es materia de consulta el auto de fojas cuatrocientos cincuentiuno que declara no haber mérito para pasar a juicio oral contra el encausado Zacarías Alvarez Rivas, respecto del cual el Fiscal Supremo ha opinado porque se declare no haber nulidad; que en esas condiciones no queda a esta Suprema Sala, ante la unánime posición no persecutoria del Ministerio Público y vista que la instrucción cumplió con agotar su posibilidad de esclarecimiento, que ratificar el sobreseimiento de la causa en ese extremo. **Noveno:** Que, en atención a la interpretación que se formula respecto a la valoración de las declaraciones en sede de instrucción y del juicio oral y de la pena de inhabilitación en el delito de asociación terrorista, y atento a su carácter general, es del caso hacer uso de lo dispuesto por el numeral uno del artículo trescientos uno- A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo novecientos cincuentinueve. Por estos fundamentos: **APROBARON** el auto de fojas cuatrocientos cincuentiuno, de fecha uno de septiembre de dos mil tres, en el extremo consultado que declara no haber mérito para pasar a juicio oral contra Zacarías Álvarez Rivas por delito de terrorismo en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene; declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fajas seiscientos cuarentiséis, su fecha veintitrés de junio de dos mil cuatro, en cuanto condena a Brigida Marcela Noreña Tolentino como autora del delito contra la tranquilidad pública - terrorismo, en agravio del Estado a veinte años de pena privativa de libertad, trescientos días multa e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la pena privativa de la libertad; con lo demás que al respecto contiene; **INTEGRARON** dicha sentencia respecto a la pena de inhabilitación, en el sentido que los derechos materia de inhabilitación son los estipulados en los incisos uno al cuatro del artículo treintiséis del Código Penal; declararon **HABER NULIDAD** en dicha sentencia en el extremo que fija en dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil; reformándola: **FIJARON** en cinco mil nuevos soles por dicho concepto; **ESTABLECIERON** como precedente obligatorio lo estipulado en los fundamentos jurídicos cinco y siete de esta Ejecutoria; en consecuencia, **ORDENARON** se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; y los devolvieron.-

S.S.

**SAN MARTIN CASTRO .**

**PALACIOS VILLAR .**

**BARRIENTOS PEÑA .**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDOÑEZ**

## COMENTARIO

Ejecutoria Suprema del 1° de diciembre de 2004; expediente número 3044-2004, procedente de Lima que sube en nulidad a la Corte Suprema en razón de un recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública del Estado en un caso de Terrorismo y que declara, como lo expresa la propia ejecutoria, como vinculantes normativos, los extremos quinto y séptimo de la misma en el sentido siguiente:

- k. Cuando se trata de testigos o imputados que hayan declarado en sede preliminar de investigación policial y/o en fase instructiva (indistintamente), en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuada con las garantías exigibles legalmente –situación que se extiende a las declaraciones en sede policial siempre que se cumplan con lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor-, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a una u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones – que el Tribunal debe precisar cumplidamente- , que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e intermediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad –cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción-.
- l. Es de tener presente que las declaraciones prestadas ante el Juez Penal, si bien no pueden leerse bajo sanción de nulidad, conforme el artículo 248 del C. de P. P., tal regla sólo es aplicable, antes que el testigo declare en el acto oral, lo cual sin embargo no impide su posterior lectura en la estación procesal oportuna luego de actuarse la prueba personal, conforme a lo dispuesto en el artículo 253 del C. de P. P.
- m. En lo que se refiere a la pena de inhabilitación impuesta, con arreglo a la norma del artículo 5° del Decreto Ley número 25475, debe entenderse como “posterior” al cumplimiento de la pena privativa de la libertad, toda vez que es una pena principal y es así como lo regula el citado artículo 5° del Decreto Ley 25475, debiendo en todo caso, el Juez Penal, remitiéndose al artículo 36 del Código Penal, fijar los derechos por los cuales se inhabilita al condenado.

En este caso, se resolvió en el sentido de NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida, que imponía la pena de 20 años de pena privativa de la libertad, HABER NULIDAD en el extremo resarcitorio de la misma, incrementando la cuantía de la reparación civil de 2000 nuevos soles a 5000 nuevos soles, a favor del Estado, agraviado en esta causa.

**EJECUTORIA N° 4**

**Dictamen Fiscal**

**Ministerio Público**

***Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal***

**Exp. N° 588- 2003**

**Corte Superior de Justicia de Lima**

**G.S.N° 126-2004**

**Dictamen N° 1700 -2004-MP-2°FSP**

**SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:**

Es materia de recurso de nulidad de oficio, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 221° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 24388; y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 923, la resolución de fojas 420, su fecha 16 de Abril del 2004, en el extremo que declara no haber mérito para pasar a juicio oral contra PEDRO PABLO COTRINA GONZÁLEZ por el delito Contra la Tranquilidad Pública -Terrorismo - Afiliación a Organización Terrorista, en agravio del Estado.

Revisados los actuados se advierte que la conducta incriminada al encausado estriba en el hecho de que por labor de inteligencia personal perteneciente a la DINCOTE intervino su vivienda ubicada en el Asentamiento Humano Nueva Juventud, Distrito de San Juan de Lurigancho, hallándose en el comedor dos bolsas de polietileno conteniendo 50 kilogramos de Nitrato de Amonio, así como manuscritos que se inserta a fojas 136 de contenido alusivo a la organización terrorista de Sendero Luminoso, conforme reza del Acta de fojas 23, conducta que fue encasillada por el Fiscal Provincial Especializado en la denuncia de fojas 167 en los tipos penales descritos por los artículos 4° (actos de colaboración) y 5° (afiliación a organización terrorista) del Decreto Ley N° 25475.

Los manuscritos incautados al encausado precitado, provienen de su puño grafico, según el Examen Pericial de fojas 135 y de lo que se consigna en ellos se observa claramente definidos su tendencia hacia la lucha armada, su correlación con la ideología preconizada por la facción

terrorista de Sendero Luminoso, así como las frases de alabanza al presidente Gonzalo constituyen un indicador que el autor de los manuscritos es un integrante de este grupo alzado en armas y como tal ejecutó actos de terrorismo, consistentes en el almacenamiento y posesión ilegal de material explosivo en su vivienda que serían utilizados con el propósito de alterar la paz pública y la tranquilidad de vivir una sociedad bajo cánones de tolerancia social y reglas impuestas por un Estado de Derecho.

Es por ello, que este Despacho no comparte con la opinión del Fiscal Superior, al no haber formulado acusación por el tipo penal previsto en el artículo 50 del Decreto Ley N° 25475, norma que tipifica la conducta criminosa imputada al encausado, y que no ha sido materia de juzgamiento, desdoblándose de la modalidad por la que se ha expedido fallo condenatorio, no obstante de que se trataba de un concurso ideal de delitos, por cuanto con una sola unidad de conducta se ha violado diferentes tipos penales, situación que debe enmendarse en la realización de un nuevo acto oral, instancia donde se debe evaluar jurídicamente los cargos imputados al encausado, dada la conexión existente entre los hechos tipificados.

En consecuencia esta Fiscalía Suprema en lo Penal, conceptúa que debe declararse **NULA** la resolución recurrida en el extremo que declara no haber mérito para pasar a juicio oral contra Pedro Pablo Cotrina Gonzáles por el delito Contra la Tranquilidad Pública - Terrorismo -Afiliación a Organización Terrorista, en agravio del Estado; **INSUBSISTENTE** el dictamen fiscal de fojas 402 en este extremo; remitiéndose al representante del Ministerio Público para que formule acusación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 92 del Decreto Legislativo N° 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, debe declararse **NULA** la sentencia de fs.559, debiéndose realizar nuevo juicio oral por otra Sala Superior.

Lima, 12 de Octubre del 2004.

**Resolucion Suprema**

**SALA PENAL PERMANENTE  
CONSULTA N° 126-2004. LIMA**

Lima, veinte de diciembre de dos mil cuatro.-

**VISTOS;** la consulta que por imperio de la ley eleva la Sala Penal Nacional del auto superior de fojas cuatrocientos veinte, que declara no haber mérito a pasar a juicio oral contra

Pedro Pablo Cotrina Sánchez por delito contra la tranquilidad pública -asociación terrorista en agravio del Estado; con lo expuesto por la señora Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Colegiado, Superior, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Superior de fojas cuatrocientos dos, declaró no haber lugar a juicio oral contra el acusado Cotrina González por delito de asociación terrorista y haber lugar a juicio oral por el delito de colaboración terrorista; que, al respecto, estimó que el citado imputado realizó actos de colaboración al brindar su domicilio como depósito y almacenar en él sustancias explosivas, así como que no se acreditó que integre o forma parte del "Sendero Luminoso"; que, sin embargo, la Fiscalía Suprema en el dictamen que antecede señaló que los manuscritos incautados, que la pericia grafotécnica determinó que provienen de su puño gráfico, acreditan la pertenencia a Sendero Luminoso por parte del imputado, por lo que existe un concurso ideal entre asociación terrorista y colaboración terrorista. **Segundo:** Que el acusado Cotrina González ha sido condenado por sentencia firme, derivadas de los hechos materia de este proceso, por el delito de colaboración terrorista, ocasión en que se precisó que si bien el propio imputado admitió ser simpatizante de Sendero Luminoso no integró la organización, a la vez que se anotó que en su domicilio se encontraron dos bolsas de polietileno conteniendo trescientos setenta gramos de nitrato de amonio y sesentitrés paquetes de fósforos de cuarenta unidades cada uno -acta de incautación de fojas veintidós y pericia de fojas noventiséis- y manuscritos que provenían de su puño gráfico -pericia de fojas ciento treinticuatro-; que los manuscritos signados como muestras "A" Y "B" se refieren a anotaciones -ciertamente favorables a la organización- realizadas por el imputado respecto a una entrevista realizada al líder de Sendero Luminoso, a referencias genéricas a la misma, y a palabras sueltas que incluye expresiones como agenda, escuela, reglaje, etcétera; que el contenido de dichos manuscritos no permitan estimar con absoluta certidumbre que el imputado a la fecha de los hechos ya estaba integrado a la organización terrorista y que el almacenamiento de la sustancia explosiva lo hizo como una tarea o acción propia de una acreditada y sostenida militancia terrorista. **Tercero:** Que es de precisar que los delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista son tipos penales autónomos y, como tal, están contemplados en normas jurídicas específicas: artículos cinco y cuatro, respectivamente, del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y que por su propia naturaleza son implicantes entre sí, por lo que no se puede admitir, en ningún caso, supuestos de concurso ideal; que el delito de colaboración terrorista: a) es un delito de mera actividad y de peligro abstracto -no requiere que los actos perpetrados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto, aunque es obvio que requiere de una acción apta en si misma para producir un peligro al bien jurídico (*idoneidad potencial de los actos de favorecimiento*), delito que es independiente de las posibles acciones o

actos terroristas-; b) importa la comisión de actos preparatorios -realizar, obtener, recabar y facilitar actos de colaboración- especialmente castigados como favorecimiento de la comisión de actos terroristas y de los fines de un grupo terrorista -anticipación de la barrera de protección penal que se justifica en la importancia de los bienes jurídicos fundamentales que afecta el terrorismo y en la objetiva peligrosidad que las conductas de colaboración adquieren en la actividad terrorista, esto es, en la prevención de conductas gravemente dañosas para la comunidad-; c) es un delito residual o subsidiario, pues que se castigan los hechos siempre y cuando no se llegue a producir un resultado típico determinado -en tanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento-, pues de ser así -en virtud del principio de absorción- se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado; y, d) el dolo del autor está integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida por los grupos terroristas; que, asimismo, el sujeto activo de este delito sólo puede serlo aquella persona que no pertenece o no está integrada a una organización terrorista es decir por un "extraneus"; que, como señala la doctrina penalista mayoritaria, una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación terrorista, siendo de resaltar que los sujetos integrantes de aquella pueden realizar sin duda las actividades típicas de colaboración o favorecimiento, pero en tal caso no estarán sino haciendo patente su condición de afiliado; que, por otro lado, el tipo penal identifica o precisa seis actos de colaboración, aún cuando en el primer párrafo se inclina por una definición amplia de su contenido general -así: "*cualquier tipo de bienes o medios (...) cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos (...)*"-; que en la descripción de los actos de colaboración el legislador utiliza fórmulas abiertas para evitar lagunas de punibilidad -verbigracia: "*(...) cualquier otro que específica mente coadyuve o facilite las actividades de elementos terroristas o grupos terroristas (...) prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos (personas pertenecientes a grupos terroristas)*"-; que, pese a ello, en aras del respeto al principio general de seguridad jurídica y al principio penal de *lex stricta*, es del caso puntualizar que la interpretación que ha de presidir dichas fórmulas típicas necesariamente será restrictiva y, por ende, corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de *equivalencia* en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes sólo serán aquellas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función a la entidad de las actividades terroristas y a las finalidades de los grupos terroristas. **Cuarto:** Que, en virtud del carácter general de la interpretación del tipo penal de colaboración terrorista, es del caso establecer su carácter vinculante en aplicación del numeral uno del artículo trescientos uno guión A, del Código de Procedimiento Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número novecientos cincuentinueve. Por estos fundamentos: **APROBARON** el auto consultado de fojas cuatrocientos

veinte, del dieciséis de abril de dos mil cuatro, que declara no haber mérito para pasar a juicio oral contra Pedro Pablo Cotrina Gonzáles por delito contra la tranquilidad pública-afiliación a la Organización Terrorista o asociación terrorista en agravio del Estado; con lo demás que contiene; **ESTABLECIERON** como precedente vinculante el tercer fundamento jurídico de esta ejecutoria Suprema; **MANDARON** se publique en el Diario Oficial "El Peruano" y, de ser posible, en la Página Web del Poder Judicial; y los devolvieron.-

**S.S.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**BARRIENTOS PEÑA**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDÓÑEZ**

## COMENTARIO

Ejecutoria Suprema del 20 de diciembre de 2004; expediente número 126-2004, procedente de Lima que sube en Consulta a la Corte Suprema en razón a que se resolvió en el auto superior de enjuiciamiento de fojas 420, no haber mérito a pasar a juicio oral contra el encausado por el delito contra la tranquilidad pública- asociación terrorista en agravio del Estado (sin embargo dicho auto superior de enjuiciamiento, con la debida acusación fiscal que la precedía, declaró haber mérito a pasar a juicio oral sólo por el delito de colaboración terrorista sobre lo cual giró el debate oral y por el que finalmente se condenó al encausado) y que declara, como lo expresa la propia ejecutoria, como vinculantes normativos, el fundamento tercero de la misma en el sentido siguiente:

- n. Los delitos de asociación terrorista y de colaboración terrorista son *tipos penales autónomos* y, como tal, están contemplados en normas jurídicas específicas, esto es en el artículo 4º y 5º del Decreto Ley número 25475, respectivamente; y que por su propia naturaleza son implicantes entre sí, por lo que no se puede admitir en ningún caso, supuestos de concurso ideal.
- o. El delito de colaboración terrorista: 1) es un delito de mera actividad y de peligro abstracto –no requiere que los actos perpetrados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto, aunque es obvio que requiere de una acción apta en sí misma para producir un peligro al bien jurídico (idoneidad potencial de los actos de favorecimiento), delito que es independiente de las posibles acciones o actos terroristas-; 2) importa la comisión de actos preparatorios –realizar, obtener, recabar y facilitar actos de

colaboración- especialmente castigados como favorecimiento de la comisión de actos terroristas y de los fines de un grupo terrorista –anticipación de la barrera de protección penal que se justifica en la importancia de los bienes jurídicos fundamentales que afecta el terrorismo y en la objetiva peligrosidad que las conductas de colaboración adquieren en la actividad terrorista, esto es, en la prevención de conductas gravemente dañosas para la comunidad-; 3) es un delito residual o subsidiario, pues que se castigan los hechos siempre y cuando no se llegue a producir un resultado típico determinado –en tanto constituye un auxilio o una preparación de otro comportamiento-, pues de ser así –en virtud del principio de absorción- se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado; y, 4) el dolo del autor está integrado por la conciencia o conocimiento del favorecimiento a la actividad terrorista y a la finalidad perseguida por los grupos terroristas.

- p. El sujeto activo de este delito sólo puede serlo aquella persona que no pertenece o no está integrada a una organización terrorista es decir por un “*extraneus*”; que, como señala la doctrina penalista mayoritaria, una interpretación distinta conduciría a una confusión con el delito de asociación terrorista, siendo de resaltar que los sujetos integrantes de aquella pueden realizar sin duda las actividades típicas de colaboración o favorecimiento, pero en tal caso no estarán sino haciendo patente su condición de afiliado.
- q. Así dicho, el tipo penal identifica o precisa seis actos de colaboración, aún cuando en el primer párrafo se inclina por una definición amplia de su contenido general –así: “*cualquier tipo de bienes o medios (...) cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos (...)*”-; que en la descripción de los actos de colaboración el legislador utiliza fórmulas abiertas para evitar lagunas de punibilidad –verbigracia: “*(...) cualquier otro que específicamente coadyuve o facilite las actividades de elementos terroristas o grupos terroristas (...) prestación de cualquier tipo de ayuda que favorezca la fuga de aquellos (personas pertenecientes a grupos terroristas)*”-.
- r. Pese a ello, en aras del respeto al principio general de seguridad jurídica y al principio penal de *lex stricta*, es del caso puntualizar que la interpretación que ha de presidir dichas fórmulas típicas necesariamente será restrictiva y, por ende, corresponde asumir la vigencia de la cláusula implícita de *equivalencia* en cuya virtud las conductas de colaboración típicamente relevantes sólo serán aquellas que importen una evidente gravedad e intrínseca idoneidad del acto realizado por el agente en función a la entidad de las actividades terroristas y a las finalidades de los grupos terroristas.

En la Ejecutoria Suprema del caso comentado, se resolvió aprobando el auto consultado de fojas 420, del 16 de abril de 2004, que declaraba no haber mérito para pasar a juicio oral contra el encausado por delito contra la tranquilidad pública-afiliación a Organización Terrorista o asociación terrorista, en agravio del Estado.

## **EJECUTORIA N°5**

### **Dictamen Fiscal**

**Ministerio Público**

***Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal***

**Expediente N° 541-03.**

**Corte Superior de Lima.**

**C. S. N° 3048-2004.**

**Dictamen N°1824!-2004-2" FSP-MP-FN.**

**SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:**

Viene en recurso de nulidad, interpuesto por **ALFONSO ABEL DUEÑAS ESCOBAR**, la sentencia de fojas 988/1009 su fecha 26 de agosto del 2004, que falla **ABSOL VIÉNDOLO** de la acusación fiscal por el delito de terrorismo, previsto en el segundo párrafo del inciso b) del artículo del Decreto Ley 25475 y; **CONDENÁNDOLO** por la comisión del delito de terrorismo en agravio del Estado, ilícito previsto en el artículo 2°, en el primer párrafo del inciso b) del artículo 3° y en el artículo 5° del Decreto Ley 25475 y en los artículos 319° y primer párrafo del inciso 1) e inciso 2) del artículo 320° del Código Penal, imponiéndole 25 años de pena privativa de libertad, 10 inhabilitaron con posterioridad a la sentencia por 03 años, asimismo le impusieron el pago de 60 días-multa y SI. 5 000 nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá abonar a favor del Estado.

Aparece de autos que el día 28 de abril de 1998 personal policial de la División contra el Terrorismo llevó a cabo el Plan Operativo "Cosme-98-D4-Dincote", con el cual, tras realizar las acciones de inteligencia correspondientes, se logró capturar a Alfonso Abel Dueñas Salazar, conocido también con los alias de "Javier" y "Alfonso", a quien se le incrimina, en su calidad de

miembro del grupo delincencial Sendero Luminoso, haber participado en una serie de atentados terroristas como el robo del vehículo de placa de rodaje N° BI-9598, habiéndolo utilizado el día 29 de octubre de 1993, juntamente con Guillermo Quispe Chipana y el sujeto identificado con el alias de "Miguel", para atacar con ; material explosivo una tienda de la cadena de supermercados Santa Isabel, ubicada en la primera cuadra de la calle Ucello, San Borja; y los atentados contra las sucursales del Banco de Crédito del Perú y banco Wiese situadas de La Victoria, ocurridos en 1991.

Del análisis de actuado se advierte que se ha acreditado la responsabilidad penal del encausado precitado, parecer que se funda en los siguientes medios probatorios: manifestación policial del encausado Alfonso Abel Dueñas Escobar (fojas 49156), rendida en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor, diligencia durante la cual señala su domicilio en la calle Gólgota del Cerro San Cosme, admitiendo haber pertenecido al movimiento terrorista Sendero Luminoso, ser conocido con el alias de "Javier" y tener participación en diversas acciones subversivas como pintas, volanteos, y embanderamientos por la zona del cerro San Pedro, Mercado de Frutas, cerro El Pino y la Carretera Central, e igualmente en diversos atentados como el ocurrido el día 29 de octubre de 1993 contra el supermercado "Santa Isabel" ubicado en la calle Ucello, San Borja, Banco de Crédito y Banco Wiese (ubicados en el distrito de La Victoria) y contra vehículos repartidores de la empresa Coca Cola a cuyos choferes despojaban de los productos que transportaban y de su dinero, agrega que se retiró de dicha organización terrorista siendo hospitalizado por encontrarse mal de los riñones y padecer tifoidea

Esta versión se encuentra debidamente corroborada con la manifestación policial de Guillermo Quispe Chipana (fojas 61/68, en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor) el mismo que refiere haber participado en una acción de sabotaje a una tienda ubicada en San Borja, realizada con los sujetos identificados con los alias de "Miguel" y "Javier"; igualmente, Carlos Enrique Mora La Madrid al deponer policialmente (fojas 69/84, en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor) acepta haber sido miembro del Destacamento Zonal que pertenecía a la Zona Centro, integrado entre otros por el (c) "Javier" o (c) "Alfonso" como mando militar, realizando acciones contra las agencias del Banco de Crédito y Wiese situadas en el distrito de La Victoria, así como los vehículos repartidores de Coca Cola y Cristal, menciona que éste se retiró de su agrupación por problemas personales y enfermedad.

De igual modo, el subversivo Braulio Mercado Quiñones (fojas 85/92, en presencia del representante del Ministerio Público y su abogado defensor) indica al (c) "**Javier**" como partícipe del atentado contra el supermercado Santa Isabel de San Borja; por su parte Mario Antonio Cajavilca De la Cruz (fojas 93/105 y 126/128, en presencia de un representante del Ministerio

Público y su defensor) señala haber pertenecido al Movimiento Revolucionario Túpac Amaro, existiendo rivalidad con los también subversivos de Sendero Luminoso, entre los cuales se encontraba el encausado precitado, conocido con el alias de "Alfonso Estrada", el cual tenía su domicilio en la calle Gólgota del Cerro San Cosme; Abraham Guizado Ugarte al deponer policialmente (fojas 106/120, en presencia de un representante del Ministerio Público y su abogado defensor) y rendir su declaración testimonial (fojas 203/204), admite ser miembro del MRT A, habiendo conocido al encausado precitado con el alias de "Alfonso Estrada", el mismo que era militante de Sendero Luminoso; por su parte, Miriam Quispe Cárdenas (fojas 121/125, en presencia de un representante del Ministerio Público y su abogado defensor) sindicaba igualmente a Alfonso Dueñas como integrante de la referida agrupación delincencial.

Del acta de verificación (fojas 138/139) se observa que, en presencia de un representante del Ministerio Público, Alfonso Abel Dueñas Salazar narró detalladamente cómo se desarrollaron los hechos que dieron lugar al atentado contra el supermercado Santa Isabel de San Borja, desde la sustracción del vehículo identificado con placa de rodaje N° BI-9598, hasta la colocación de la carga explosiva en el citado local comercial; asimismo, con los informes técnicos de fojas 142/144, 145/147 Y 148/150 se deja constancia de los daños ocasionados al supermercado Santa Isabel de San Borja, y agencias del Banco de Crédito y Banco Wiese de la avenida México; en el Informe Pericial de Explosivos Forense (fojas 152/153), croquis ilustrativo (fojas 154) y paneaux fotográfico (fojas 155) se describe el atentado sufrido por el supermercado Santa Isabel de San Borja así como los daños sufridos por los locales comerciales adyacentes a este; medios probatorios que permiten crear certeza y convicción respecto de la participación de Alfonso Abel Dueñas Salazar en los hechos criminales materia de condena, encontrándose, por ello, arreglada a ley la resolución recurrida.

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema en lo Penal es de opinión que se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia materia de elevación.

Lima, 09 de noviembre de 2004.

**Resolución Suprema**

**RECURSO DE NULIDAD N° 3048-2004. LIMA**

Lima, veintiuno de diciembre de dos mil cuatro.-

**VISTOS**; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado ALFONSO ABEL DUEÑAS

ESCOBAR contra la sentencio condenatorio de fojas novecientos ochenta y ocho; de conformidad en porte con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: *Primero:*** Que la defensa del acusado Dueñas Escobar en su recurso formalizado de fojas mil veinte cuestiono la condena estimando que no existen pruebas suficientes que la sustenten, que se tomó como base de la condena la inexacta y restringida sindicación de unos arrepentidos, que no existe testimonio directo acerca de los hechos sino de gente que ha hecho referencia o lo vertido por terceras personas, que su patrocinado fue torturado y golpeado durante la investigación policial, y que al defensor no se le permitió revisar con la debida anticipación los testimonios de los arrepentidos. ***Segundo:*** Que la Policía Especializada contra el Terrorismo, en el curso de su plan de investigaciones, y o propósito de numerosas acciones de inteligencia y de intervenciones o diversos individuos vinculados a "Sendero Luminoso" -en especial a *Socorro Popular*-, y con particular énfasis por la incautación de documentos hallados en poder de los mismos (fojas ciento cincuenta y siete y ciento cincuenta y ocho) y por declaraciones de diversos implicados y adscritos a dicha organización, llegó a establecer que el llamado "*Javier*", "*Alfonso Estrado*" o "*Alfonso*" era mando político militar: del destacamento zonal veintiuno centro de Socorro Popular, y como tal había realizado varios atentados con explosivos en la jurisdicción de San Borja y La Victoria; que, asimismo, en el curso de las investigaciones se identificó al acusado Dueñas Escobar como el cuadro senderista antes citado, capturándosele el día diecisiete de setiembre de mil novecientos noventa y dos, a cuyo efecto se contó con las sindicaciones de dos arrepentidos: A dos A cero cero cero ciento noventa y nueve y A uno A cero cero cero ciento cuarenta y dos, y el testimonio de cinco personas vinculadas a Sendero Luminoso e incursas en procesos por terrorismo: Guillermo Quispe Chipana, Braulio Mercado Quiñónes, Carlos Enrique Mora La Madrid, Abraham Guizado Ugarte y Miriam Quispe Cárdenas, quienes uniformemente lo mencionan indistintamente como un cuadro de Sendero Luminoso y participante en varios atentados terroristas -véase manifestaciones con asistencia del Fiscal fojas cuarenta y cinco, cuarenta y siete, sesenta y uno, ochenta y cinco, sesenta y nueve, ciento seis y ciento veintiuno, y actas de reconocimiento de fojas ciento treinta y seis y ciento treinta y siete (el acta de fojas ciento treinta y cinco, de otro arrepentido, no ha sido consolidado con su testimonio y, por tanto, no puede asumirse como evidencia apta para formar convicción)-. ***Tercero:*** Que en sede preliminar el imputado, en una primera manifestación negó los cargos (fojas treinta y ocho), pero los aceptó íntegramente en su primera ampliatorio de fojas cuarenta y nueve -con asistencia del Fiscal Provincial Adjunto y abogado defensor-, y parcialmente en su segunda ampliatorio de fojas cincuenta y siete, en la que sólo admite que presionado participó en el robo de un vehículo y el atentado a la tienda Santa Isabel de San Borja; que en sede judicial dicho encausado vuelve a negar los cargos, alegando maltratos en la DINCOTE, así como se ratifica

en la primera manifestación -instructivas de fojas cuatrocientos cinco, cuatrocientos cuarenta y siete y seis cientos sesenta y seis, y declaración en el acto oral de fojas ochocientos doce-, **Cuarto:** Que de los dos arrepentidos que declararon en sede preliminar sólo uno de ellos -el de clave A dos A cero cero cero ciento noventa y nueve- concurrió al juicio oral, el otro se negó a declarar en sede de instrucción judicial -véase acta de fojas cuatrocientos treinta y seis-; que el primero de los arrepentidos identificó al imputado como ligado a Sendero Luminoso, a quien vio en dos polladas organizadas por esa organización, y muy ligado a mandos de la misma; que los demás testigos en sede de instrucción se retractan de los cargos que formularon en sede preliminar, y Quispe Chipana en el acto oral -fojas ochocientos ochenta y dos- hace lo propio, mencionando al igual que los demás conductas ilegales de la policía para obtener testimonios incriminatorios. **Quinto:** Que los atentados con explosivos a la tienda de Santa Isabel en San Borja y a los locales de los Bancos de Crédito y Wiese Limitado. en La Victoria se acreditan con el tenor de los Informes Técnicos de la Unidad de Desactivación de Explosivos de fojas ciento cuarenta y dos, ciento cuarenta y cinco y ciento cuarenta y ocho, y de las fotografías de fajos ciento cincuenta y cinco; que estos hechos ocurrieron el veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y tres -Tienda Santa Isabel en San Borja, para lo cual se contó con la sustracción del vehículo de placa BI-nueve mil quinientos noventa y ocho realizado al día anterior-, durante la vigencia del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y los días veintiséis de setiembre de mil novecientos noventa y uno y treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno -Bancos de Crédito y Wiese, respectivamente-, cuando estaba en vigor el Código Penal de mil novecientos noventa y uno. **Sexto:** Que si se tiene en cuenta que las manifestaciones prestadas en sede preliminar se realizaron con la asistencia de un Fiscal, así como de abogado defensor en el caso de los implicados en actos de terrorismo o investigados, e incluso -respecto de los arrepentidos- los actas de fojas ciento treinta y seis y ciento treinta y siete importaron un reconocimiento en rueda -sea mediante fotografías o con el concurso de varios individuos- y en ellas asistió el Fiscal, es de concluir que en dichas diligencias no se advierte objeción alguna a su legalidad -no hay evidencia que acredite que los implicados y los arrepentidos fueran presionados o engañados por la autoridad policial para declarar como lo hicieron- y a la seguridad del aporte probatorio realizado; que en esas condiciones las retractaciones realizadas en sede judicial carecen de mérito en tanto no se advierten razones objetivas y fundadas que expliquen que la inicial sindicación se debió a un error o fue consecuencia de una presión policial indebida; que, en cuanto al imputado Dueñas Escobar, es de acotar lo significativo del acta de verificación fiscal -en este caso del Fiscal Militar- de fojas ciento treinta y ocho que da cuenta del robo del vehículo y del atentado a la tienda de Santa Isabel en San Borja conforme al croquis ilustrativo de fojas ciento cincuenta y cuatro; que si bien el certificado médico

legal de fojas ciento cincuenta y uno do cuenta de lesiones levisimas que sufrió el imputado, no es posible calificarlas de torturas o de agresiones producidas para lograr una confesión, tanto más si en todas sus manifestaciones estuvo asesorado por un abogado defensor de oficio,(oficio)y participó un Fiscal y si la primera manifestación importó un rechazo a los cargos esgrimidos en su contra.

**Séptimo:** Que es de resaltar la declaración de la arrepentida con clave A dos A cero cero cero ciento noventa y nueve -manifestación policial de fojas cuarenta y cinco y declaración en el acto oral de fojas novecientos cuarenta y tres-, en tanto que prueba la vinculación del imputado con Sendero Luminoso y, en especial, con dirigentes de esa organización, versión que a su vez confirma el tenor de los documentos incautados y la base inicial de la investigación policial; declaración corroborada que, asimismo, fortalece las iniciales sindicaciones de los implicados en los tres atentados, acreditados con las pruebas científicas ya citadas -fojas ciento cuarenta y dos a ciento cincuenta-.

**Octavo:** Que, ahora bien, la conducta realizada por el imputado Dueñas Escobar está incurso tanto en los artículos trescientos diecinueve -tipo básico- y trescientos veinte -tipo agravado- primer párrafo del numeral uno y numeral dos -*actuación en calidad de integrante de una organización terrorista y generación de daños en bienes privados*-, del Código Penal, así como en los artículos dos -tipo básico de 'acto terrorista'-, y tres, inciso b), -*acto terrorista de individuo integrado a una organización terrorista*- del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional del tres de enero de dos mil tres, recaída en el asunto Marcelino Tineo Sulco contra la legislación contra el terrorismo, Expediente número cero diez-dos mil dos-AI/TC; que se trata de un concurso real de delitos: tres actos terroristas -*atentados con explosivos a locales comerciales*- realizados como integrante de una organización terrorista. **Noveno:** Que es de significar que el delito de terrorismo básico -artículo dos del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco-, contiene un *elemento teleológico*, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa -elemento subjetivo tipificante-, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional, tal como se ha establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional del quince de noviembre de dos mil uno, recaída en el Asunto Defensoría del Pueblo contra Legislación sobre Terrorismo Especial, Expediente número cero cero cinco-dos mil uno-AI/TC; que, respetando en su esencia los principios constitucionales sentados por la sentencia del Tribunal Constitucional del tres de enero de dos mil tres, es del caso precisar los alcances generales del aludido tipo penal; que esta figura penal exige, desde la *tipicidad objetiva*, que el sujeto activo realice una de dos modalidades de acción típica.

centradas en la perpetración de delitos contra bienes jurídicos individuales -vida, integridad corporal, libertad y seguridad personal, y contra el patrimonio- o contra bienes jurídicos colectivos -seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o transportes, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio-; asimismo, requiere concurrentemente que el agente utilice determinados medios típicos: los catastróficos -artefactos explosivos, materias explosivas-, y los que tengan entidad para ocasionar determinados y siempre graves efectos dañosos; y, por último, debe producir concretos resultados típicos: estragos, grave perturbación de la tranquilidad pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad sociedad y del Estado; que a ello se une, desde la *tipicidad subjetiva*, el dolo del autor, sin perjuicio de tomar en cuenta la específica intencionalidad antes mencionada; que tratándose de una interpretación de un tipo penal de especial importancia, que en rigor complemento la llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, es del caso otorgarle carácter de precedente vinculante de conformidad con el numeral uno del artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. **Décimo:** Que es de precisar que en la sentencia recurrida se ha impuesto pena de inhabilitación, cuando esa pena no está prevista en el Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, ni lo estuvo como pena accesorio en el Código Penal vigente, única forma de adicionarla a tenor de la concordancia de los artículos cuarenta y ocho y cincuenta del Código Penal, por lo que es del caso dejarla sin efecto; que, por otro lado, se ha impuesto una pena por debajo del mínimo legal de treinta años fijado por el artículo tres, inciso b), del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, pese a que no existe fundamento legal alguno para hacerlo; que tal error jurídico, sin embargo, no puede corregirse porque implicaría afectar el principio de la interdicción de la reforma peyorativa, en tanto que el único recurrente es el imputado; que, finalmente, en la sentencia impugnada se ha condenado concurrentemente por delito de asociación terrorista -artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco-; sin embargo, como el imputado ~ perpetró los actos terroristas en esa situación personal de asociado terrorista, el aludido tipo penal se subsume en la forma agravada de A acto terrorista, por lo que es del caso absolver en este extremo. Por ) estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas novecientos ochenta y ocho, de fecha veintiséis de agosto de dos mil cuatro, en cuanto **condeno** a Alfonso Abel Dueñas Escobar como autor del delito contra la tranquilidad pública -terrorismo en agravio del Estado, ilícito previsto en el artículo dos, primer párrafo del inciso b) del artículo tres del Decreto Ley -y no Ley como equivocadamente se ha consignado- número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco, y los artículos trescientos diecinueve y trescientos veinte, primer párrafo del inciso primero y el inciso segundo, del Código Penal, en su

texto originario aprobado por Decreto Legislativo número seiscientos treinta y cinco, y le impone veinticinco años de pena privativa de libertad y sesenta días multa, así como cinco mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene; declararon **NULA** el extremo de la sentencia que impone la pena de inhabilitación posterior a la sentencia por tres años; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que condena a Alfonso Abel Dueñas Escobar como autor del delito contra la tranquilidad pública -terrorismo en agravio del Estado, en el ilícito previsto y sancionado en el artículo cinco del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco; reformándolo: lo **ABSOLVIERON** del mencionado delito en agravio del Estado, y **ORDENARON** se archive lo actuado definitivamente en ese extremo y se anulen los antecedentes penales y judiciales del imputado, oficiándose; **ESTABLECIERON** como precedente vinculante lo estipulado en el noveno fundamento jurídico de esta Ejecutoria Suprema, disponiéndose su publicación en el Diario Oficial y, de ser posible, en el Portal del Poder Judicial; y los devolvieron.-

**S.S.**

**SAN MARTÍN CASTRO**

**PALACIOS VILLAR**

**BARRIENTOS PEÑA**

**LECAROS CORNEJO**

**MOLINA ORDOÑEZ**

### **COMENTARIO**

Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 2004; expediente número 3048-2004, procedente de Lima que sube a la Corte Suprema vía recurso de nulidad, interpuesto por el encausado contra la sentencia condenatoria de fojas 988 y que declara, como lo expresa la propia ejecutoria, como vinculantes normativos, el fundamento tercero de la misma en el sentido siguiente:

- s. El delito de terrorismo básico –artículo 2º del Decreto Ley número 25475- contiene un elemento *teleológico*, esto es, exige una especificidad del elemento intencional, que se expresa –elemento subjetivo tipificante-, en cuanto a su finalidad última, en la subversión del régimen político ideológico establecido constitucionalmente, y que en estricto sentido es el bien jurídico tutelado, de suerte que la acción proscrita y razón de ser de la configuración típica desde una perspectiva final es la sustitución o variación violenta del régimen constitucional, tal como se ha establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de noviembre de 2001, recaída

en el Asunto Defensoría del Pueblo contra la legislación sobre Terrorismo Especial, Expediente número cero cero cinco-dos mil uno-AI / TC.

- t. Respetando en su esencia los principios constitucionales sentados por la sentencia del Tribunal Constitucional del 3º de enero de 2003, es del caso precisar los alcances generales del aludido tipo penal, todo lo cual se expresa del siguiente modo, en relación a la tipicidad objetiva: 1) que el sujeto activo realice una de dos modalidades de acción típica, centradas en la perpetración de delitos contra bienes jurídicos individuales –vida, integridad corporal, libertad y seguridad personal, y contra el patrimonio- o contra bienes jurídicos colectivos –seguridad de edificios, vías o medios de comunicación o transportes, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio-; 2) asimismo, requiere concurrentemente que el agente utilice determinados medios típicos: los catastróficos –artefactos explosivos, materias explosivas-, y los que tengan entidad para ocasionar determinadas y siempre graves efectos dañosos; y, 3) debe producir concretos resultados típicos: estragos, grave perturbación de la tranquilidad pública, y afectación de las relaciones internacionales o de la seguridad de la sociedad y del Estado.

En la Ejecutoria Suprema del caso comentado, en el extremo principal, se declaró NO HABER NULIDAD en el extremo que condena al encausado a 25 años de pena privativa de libertad. En los otros extremos, como es de verse, se declaró NULA la sentencia recurrida y HABER NULIDAD, absolviendo al encausado por el delito de asociación terrorista, subsumiéndose este extremo en la calificación agravada del delito de terrorismo.