

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 4-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116° TUO LOPJ

ASUNTO: DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CONCURSO REAL

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se concretaron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y

deciden sobre el concurso real de delitos y la pena que corresponde imponer en estos casos. En especial, la concreción de los criterios para su identificación jurídico material y las reglas que le son inherentes para la determinación de la pena, así como el ámbito del poder de definición penológica del órgano jurisdiccional en orden al objeto del debate y las potestades que resultan cuando media recurso acusatorio.

4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponentes a los señores SAN MARTÍN CASTRO y PRADO SALDARRIAGA, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *El concurso real de delitos.*

6°. El artículo 50° del Código Penal –en adelante, CP- regula el denominado concurso real de delitos. El texto legal vigente, de dicha norma, fue introducido por la Ley 28730, del 13 de mayo de 2006.

Se produce un concurso real de delitos cuando un mismo autor con una pluralidad de acciones independientes entre sí, realiza, a su vez, varios delitos autónomos. A diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal [VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2006, página 703].

Existen dos formas de concurso real de delitos: el homogéneo y el heterogéneo.

El concurso real es homogéneo si la pluralidad de delitos cometidos corresponden a una misma especie; por ejemplo, cuando en diversas ocasiones y de modo independiente se cometieron varios robos. El concurso real es heterogéneo cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie, es decir, si en distintas oportunidades se cometieron un hurto, lesiones y una falsificación de documentos.

Los presupuestos y requisitos legales del concurso real de delitos son los siguientes:

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de delitos independientes.
- C. Unidad de autor.

El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto–, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.

7°. Para la determinación de la pena concreta aplicable, en caso del concurso real de delitos, rige un procedimiento que responde a las reglas derivadas del denominado “principio de acumulación”. El esquema operativo que el órgano jurisdiccional debe desarrollar en estos casos es el siguiente:

- A.** Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión -pena concreta parcial-. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.
- B.** En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.
En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50° CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas.

8°. Constituye una modalidad especial de concurso real de delitos, el denominado concurso real retrospectivo o posterior. Ella está contemplada en el artículo 51° CP y cuyo texto vigente fue incorporado también por la Ley 28730.

El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al

autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo. Un ejemplo puede ilustrar esta peculiar situación material y procesal: *X cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que X fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluso él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplíe la instrucción por el delito contra la fe pública.* Como se puede apreciar en este ejemplo, si bien existe un concurso real entre los delitos de robo (artículo 185° CP), falsedad documental (artículo 427° CP) y lesiones graves (artículo 121° CP), tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves. Partiendo de la estructura normativa del concurso real retrospectivo de delitos, cabe identificar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A. Pluralidad de delitos.
- B. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
- C. Unidad de autor.

9°. En la imposición de la pena concreta para esta modalidad especial de concurso real la doctrina exige que se fije como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le habría aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un sólo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron lugar al concurso real [HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de Derecho Penal. Parte General* I, 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005, Página 942, numeral 2422]. En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51° CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos, surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

§ 2. El concurso real de faltas.

10°. La Ley 29407, promulgada el 16 de setiembre de 2009, incorporó en el Código Penal el artículo 50°-A para regular el denominado concurso real de faltas. Según éste artículo: “ *Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto*

penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”.

La confusa redacción de dicha norma complica el análisis dogmático sobre la estructura y configuración de esta novedosa modalidad concursal. No obstante, una aproximación general a sus contenidos permite señalar como sus presupuestos y requisitos a los siguientes:

- A.** Pluralidad de acciones.
- B.** Pluralidad de faltas independientes.
- C.** Pluralidad de personas perjudicadas.
- D.** Unidad de autor.

11°. Ante la ausencia de doctrina especializada al respecto resulta pertinente formular algunos criterios generales en torno a la naturaleza y efectos de esta inédita forma de concurso real.

Al parecer también es posible un concurso real homogéneo o heterogéneo de faltas ya que el texto de la norma alude a que los actos del agente “...*infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza,...*”.

Sin embargo, resulta compleja la descripción que hace la ley sobre las reglas de determinación de la pena en el párrafo final del artículo 50°-A CP: “...*será sancionado como autor y se le impone la pena privativa de libertad prevista para éste, teniendo en cuenta el perjuicio total causado.*”. Al respecto, y teniendo en cuenta los criterios asumidos para los casos del concurso real de delitos por los artículos 50° y 51° CP, una opción interpretativa válida sería inferir que la penalidad concreta del concurso real de faltas surgirá de la acumulación de las penas parciales correspondientes a cada falta integrante de la estructura concursal. Pero, el problema hermenéutico subsiste por la alusión que hace el texto legal a una “*pena privativa de libertad prevista*”, la cual no está considerada actualmente para ningún tipo de falta regulada en el Libro Tercero del Código Penal. Efectivamente, tales infracciones penales sólo pueden ser reprimidas con penas restrictivas de derechos -prestación de servicios a la comunidad- y multa, conforme al artículo 440°.3 CP. Es más, la única posibilidad legal de aplicar esta clase de pena privativa de libertad en una falta se concentra en el heterodoxo supuesto de conversión que estipula el modificado inciso 3 del artículo 440° CP (Disposiciones Fundamentales), pero que sólo puede operar en casos de reincidencia en faltas contra la persona del artículo 441° CP o contra el patrimonio del artículo 444° CP, situaciones y efectos no compatibles con la noción de reiterancia -pluralidad de infracciones penales cometidas pero ausencia de sentencias condenatorias precedentes- que gobierna y caracteriza a toda forma de concurso real de infracciones penales.

Esta incoherencia normativa es consecuencia de haber mantenido en el artículo 50°-A CP, en gran medida, el mismo enunciado propuesto por el Proyecto Parlamentario definitivo que dio origen a la Ley número 29407 y que era el siguiente: “*Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deben considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, es castigado como autor o partícipe del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado*”. La redacción proyectada aludía, pues, a

un “delito” y no una falta, por lo que si era posible considerar la aplicación de una pena privativa de libertad que correspondiera a un hecho punible.

Esta heterodoxa redacción y consecuencia punitiva del artículo 50°-A CP, fue confirmada, luego, con la fe de erratas publicada el 29 de septiembre de 2009 (diario oficial el Peruano. Suplemento de normas legales. Edición del martes 29 de septiembre de 2009, página 403452). Por tanto, el texto vigente a quedado redactado con el siguiente tenor: *“Cuando se realiza una pluralidad de acciones que deban considerarse como faltas independientes que perjudican a varias personas e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será sancionado como autor del delito correspondiente y se le impone la pena privativa de libertad prevista para este, teniendo en cuenta el perjuicio total causado”*.

La norma citada no señala cuál es el delito correspondiente que aportará la pena aplicable ni cuantos faltas deben cometerse para que se asimilen a un delito. No hay, pues, por vía hermenéutica posibilidades de compatibilizar tales defectos de técnica legislativa con las exigencias derivadas del principio de legalidad.

En consecuencia, solo cabe postular que se apliquen al concurso real de faltas iguales reglas de determinación de la pena concreta que actualmente rigen para el concurso real de delitos. Esto es, que se adicione o acumulen todas la penas concretas parciales aplicables a cada una de las faltas cometidas por el mismo agente y que perjudicaron a varios agraviados. Sin embargo, el resultado final no deberá exceder los límites genéricos de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de multa que fijan los artículos 34° CP (*ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales*) y 440°.4 CP (*ciento ochenta días-multa*), respectivamente.

§ 3. Acusación fiscal y congruencia.

12°. La acusación fiscal debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del imputado (artículos 225°.2 del Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP- y 349°.1-b del Código Procesal Penal –en adelante, NCPP-). Un requisito formal de la acusación es, precisamente, su exhaustividad y concreción –debe cumplir con lo dispuesto en los artículos 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 225° ACPP o 349°.1 NCPP-. Si la acusación es vaga e insuficiente produce indefensión.

La acusación fiscal, valorando tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituida o anticipada y la prueba documental, en primer lugar, debe precisar con rigor los hechos principales y el conjunto de circunstancias que están alrededor de los mismos; y, en segundo lugar, debe calificarlos jurídicamente acudiendo al ordenamiento penal: tipo legal, grado del delito, tipo de autoría o de participación, así como mencionar las diversas circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal que están presentes en el caso (artículos 46°-A, 46°-B, 46°-C, 21° y 22° CP, y artículos 136° ACPP o 161° NCPP), y las reglas propias del concurso de delitos (artículos 48°/50° CP).

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena-. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos –concurso ideal, concurso real, delito continuado

y delito masa-, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados [QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, página 747].

13°. Si el Tribunal de instancia, en la etapa intermedia, no realizó un efectivo control de la acusación instando la subsanación de la omisión respecto al posible concurso de delitos, resta determinar si esta omisión –así, por ejemplo, precisión de que se trata de un concurso real con las consecuencias correspondientes en el ámbito de la pena- debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal o de información judicial –cuyo eje es el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, concretamente, del derecho al conocimiento de los cargos-.

El planteamiento de la tesis, según el artículo 285°-A ACPP, sólo es posible cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se adviertan circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la acusación que aumentan la punibilidad. Sólo está destinada, por consiguiente, a la introducción de hechos no esenciales o accidentales al hecho principal –inmutable en sí mismo- y a desvinculación respecto de la calificación jurídica del hecho acusado.

Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco incide en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación.

Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringe principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos –por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate-. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aún cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto –de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas-, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna.

Cabe señalar que el concurso real de delitos, al configurarse por distintas acciones y diferentes resultados, no crea problemas técnico jurídicos mayores a la teoría del delito, pues ésta se cumple sin ninguna complejidad en relación con cada uno de los delitos que entran en concurso. El problema político-criminal se contrae a la decisión del castigo a imponer [QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Obra citada*, página 748].

14°. El NCPP tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1 NCPP, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes –y que, por su propia naturaleza referida a la admisibilidad de un acto postulatorio de especial trascendencia procesal, también puede ser deducida de oficio por el Tribunal- la posibilidad de observar la acusación que contiene defectos formales y, por ello, de requerir su corrección –casos de una

acusación incompleta o que no ha hecho referencia, por ejemplo, a los supuestos de concurso de delitos y a la definición del marco penal-. El artículo 374°.1 NCPP reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. El artículo 387°.2 NCPP otorga al Fiscal la facultad solicitar un aumento o disminución de la pena si durante el juicio han surgido nuevas razones justificativas para hacerlo. Éste sería el caso de la afirmación de un concurso de delitos, que conlleva una pena más grave, cuya aceptación está condicionada, como es obvio, a la formulación de razones jurídicas específicas o nuevas en relación con la acusación escrita, en tanto en cuanto no importen una modificación del hecho procesal.

15°. Si la determinación e individualización de la pena constituye un procedimiento técnico y valorativo debidamente regulado por el Código Penal, es evidente que todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta, de un lado, integran el objeto del debate, y, de otro lado, están sometidos al principio de legalidad penal. En aquellos supuestos de concurso, como es el caso del concurso real de delitos, en que el Fiscal omitió mencionar la cita legal respectiva y afirmar explícitamente la existencia de tal institución, ha de entenderse que se trata de un error evidente fácilmente constatable por la defensa, pues la ley explícitamente contempla tal supuesto cuya consecuencia penológica no puede serle ajena.

Los casos de errores u omisiones evidentes, de imposible inadvertencia para las partes frente a una disposición legal que rige la determinación e individualización de la pena, no pueden constituir un límite a la potestad jurisdiccional vinculada en estos casos a los principios de legalidad y culpabilidad. Ésta es la doctrina que fluye de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 10 de febrero de 1995, recaída en el Asunto Gea Catalán contra España.

16°. Los artículos 225° y 273° ACPP y 349°.1 y 387°.1 NCPP exigen que el Fiscal en su acusación, tanto escrita como oral, precise la pena que solicita. El Tribunal no tiene una vinculación absoluta con ese pedido de pena, aunque los dos Códigos presentan algunas diferencias entre sí. El artículo 285°-A.4 ACPP estipula que es posible que el Tribunal aplique una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal, aunque está obligado a una motivación reforzada. El artículo 397°.3 NCPP, sin embargo, fija como regla que el Tribunal no puede aplicar una pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. El *petitum* o petición de pena no integra el objeto del proceso penal ni define el principio acusatorio, aunque, desde luego –y en la concepción asumida por el NCPP- tiene incidencia en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, pues, fija los términos del debate al señalar un tope máximo a la pena a imponer en el caso concreto y expresa un límite a las funciones encomendadas tanto al Ministerio Público cuanto al Poder Judicial dentro de la organización del Estado [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *La iniciativa del Tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la*

sentencia penal. En: Revista del Poder Judicial, Edición CGPJ, Madrid, Iberius, 2004, página 30].

El NCPP, en consecuencia, impide imponer una pena concreta superior a la instada por el Ministerio Público. Ello presupone, desde luego, que la pena solicitada sea la legalmente prevista, respete el marco penal adecuado al tipo legal y a las demás circunstancias modificativas de la responsabilidad.

17°. El problema se presenta cuando la acusación ha solicitado erróneamente la imposición de una pena que no corresponde a lo previsto en la ley, bien porque haya requerido la aplicación de una pena inferior al mínimo legal, o bien porque omita pedir alguna de las penas que la ley haya previsto para esa concreta infracción penal –por ejemplo, no incluyó alguna de las penas principales conjuntas o una pena accesoria–.

En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito.

No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo –que es la pauta legal fijada por el NCPP–, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. Tal limitación, dice por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de abril de 1995, no es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación (acusación fiscal).

Por lo demás, en estos casos el Tribunal ha de imponer la pena legalmente procedente, teniendo en cuenta los elementos agravatorios introducidos por la acusación y debatidos (o susceptibles de haberlo sido) en el juicio oral, concretándola en cuanto a su cuantía y duración en el mínimo legal [COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, MIGUEL: *Obra citada*, página 33].

18°. Sentado que el Tribunal de Mérito debe desentenderse del requerimiento de una pena ilegal y otorgar primacía al principio de legalidad, distinto es el caso cuando se trata de la potestad de un Tribunal de Apelación, de Casación o del recurso de nulidad. Prima en este caso el principio dispositivo cuyo interés es el límite de la facultad de revisión del Tribunal *Ad Quem*.

Si se trata de un recurso acusatorio, esto es, el Fiscal es el recurrente y pide una pena mayor, el Tribunal de Revisión tendrá como tope recursal la pretensión impugnativa del Fiscal, en tanto sea coherente con la pretensión penal hecha valer cuando formuló acusación oral. Es posible que la pretensión en cuestión sea objetivamente ilegal y no respete el marco penal del artículo 50° CP, empero aquí se superpone el principio dispositivo en tanto expresa un límite razonable de entidad político criminal, compatible con la garantía de tutela jurisdiccional, al poder de revisión de la instancia superior. Por ende, a lo más el Tribunal deberá, si correspondiere, elevar la pena hasta el tope de la pretensión ejercitada, pudiendo hacer referencia al concurso real de delitos aún cuando sobre ese extremo no se haya pronunciado el Tribunal de Mérito y la acusación fiscal.

Si, por el contrario, se trata de un recurso defensivo interpuesto por el imputado o por la Fiscalía a su favor y el Tribunal de Revisión advierte que la pena impuesta no es compatible con el marco penal legalmente establecido –incluso, vulnera flagrantemente las reglas del artículo 50° CP–, en aplicación del principio de interdicción de la reforma

peyorativa (artículos 300°.1 ACPP y 409°.3 NCPP) no le es posible subsanar el error y tampoco anular el fallo porque ello importaría afectar el entorno jurídico del imputado y con él la propia esencia del derecho al recurso, que integra el contenido esencial de la garantía procesal del debido proceso.

III. DECISIÓN

19°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

20°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 18°.

21°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

22°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”. Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

BARRIENTOS PEÑA

BIAGGI GÓMEZ

MOLINA ORDOÑEZ

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

ZEVALLS SOTO



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 8-2007/CJ-116

**Concordancia Jurisprudencial
Art. 116° TUO LOPJ**

ASUNTO: Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal.

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.-

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en 2006. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Transitorias, en sesiones preliminares, individual y en conjunto, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes, y que constan las carpetas de discusión y materiales que se distribuyeron a cada uno de los señores Vocales Supremos de lo Penal.
3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la identificación de diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva del sujeto activo como integrante de una organización criminal. De tales Ejecutorias se evaluó como patrón decisional lo expuesto en el recurso de nulidad número 4156-2005/Lima, del dos de febrero de dos mil seis.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y especiales características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

6. La diferenciación sistemática que realiza el artículo 189° del Código Penal, respecto a la intervención de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un *concierto criminal* en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con un proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una *organización criminal* sea esta de estructura jerárquica – vertical o flexible – horizontal.

7. En consecuencia, no son circunstancias compatibles. En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de ésta. Siendo ello así, la circunstancia agravante del inciso 4) del primer párrafo del artículo 189° del Código Sustantivo se aplicará, únicamente, cuando no exista esa conexión con los agentes –en número mínimo de dos- con una organización criminal.

8. De otro lado, la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el artículo 317° del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante.

9. En el contexto analizado es pertinente considerar también la participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales. Esta hipótesis es posible en el caso de estructuras flexibles, como las denominadas “*grupo central*” o la “*red criminal*”. En tales casos, se producirá un concurso real homogéneo en relación al artículo 317° del Código Penal, debiéndose aplicar los efectos penales correspondientes a dicha clase de concurso de delitos.

III. DECISIÓN.

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

ACORDARON:

11. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos seis al nueve, las diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal; así como la posibilidad concursal en el artículo 317° del Código Penal, ante la integración simultánea o sucesiva, de un mismo agente en varias organizaciones criminales. A estos efectos, los Jueces y Salas Penales deberán tener en cuenta, obligatoriamente, los criterios indicados en dichos párrafos. .

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

13. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial “El Peruano”.
Hágase saber.
Ss.

SALAS GAMBOA

SIVINA HURTADO

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

LECAROS CORNEJO

VALDEZ ROCA

MOLINA ORDOÑEZ

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTOS PEÑA

CALDERÓN CASTILLO



ROJAS MARAVÍ

URBINA GANVINI



Robo y secuestro, relaciones concursales y concurso ideal heterogéneo

I. Se cotejan tres escenarios concursales entre los delitos de robo y secuestro: aparente, ideal y real.

En primer lugar, el concurso aparente, cuando la aprehensión personal sea mínima y coincida con el momento en que se produce la sustracción del bien mueble, por lo que una se consume en la otra; en segundo lugar, el concurso ideal, cuando la privación de libertad se erija como el mecanismo eficaz para perpetrar el robo, sin embargo, por su perdurabilidad se exceda de lo razonable y vulnere de forma independiente la libertad personal; y en tercer lugar, el concurso real, cuando la retención personal del perjudicado no es el medio comisivo para otro delito, se desune absolutamente del contexto de apoderamiento y despojo material, por su desmesurada intensidad, permanencia y prolongación, y de ser el caso, aparece con posterioridad.

En lo pertinente, se distingue el concurso ideal y el real de acuerdo con la intensidad y la duración de la privación de libertad. Si el exceso es intensivo (esto es, más intenso, enérgico o activo que de costumbre), se configura el concurso ideal; pero si es extensivo (es decir, de máximo nivel de significación) se da lugar al concurso real.

II. Según el *factum* delictivo, la privación de la libertad personal de los agraviados Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, desde las 21:00 horas del cuatro de julio de dos mil diecinueve hasta las 5:20 horas del cinco de julio del mismo año, es decir, durante aproximadamente ocho horas, superó el tiempo razonablemente necesario para ejecutar el robo agravado, y se constató un exceso intensivo (y no extensivo, pues, en adición a las amenazas no se verificaron otros vejámenes personales).

El tiempo empleado, según la mecánica delictiva, no puede dejarse a criterio del asaltante; de modo que, la forma y circunstancias del despojo no se justifican a costa de la libertad de las víctimas.

En efecto, no es lógico que, a fin de sustraer dinero y equipos electrónicos, se les haya retenido por un espacio temporal que supera con amplitud el mínimo indispensable para perpetrar el latrocinio, por lo que la privación de libertad adquiere autonomía y sustantividad propia respecto al robo en función de su duración e intensidad.

Por ello, entre los delitos de robo agravado y secuestro agravado subyace un concurso ideal heterogéneo y, por ende, son aplicables las disposiciones normativas que dimanan de los artículos 189 (primer párrafo, numerales 2, 3 y 4) y 152 (segundo párrafo, numeral 11) del Código Penal.

A la vez, según el artículo 48 del Código Penal, concierne imponer la pena por el delito más grave.

Se previeron las siguientes penas privativas de libertad: entre doce y veinte años, y entre treinta y treinta y cinco años. El extremo máximo, según el artículo 29 del Código Penal.

Así, la condena penal y la sanción punitiva se ajustan a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

III. En consecuencia, esta Sala Penal Suprema aprecia que, en la sentencia de vista sometida a control casacional, no hubo infracción de preceptos sustantivos.

Los hechos delictivos se connotan como delitos de robo agravado y secuestro agravado y, entre ambos, se ha configurado un concurso ideal heterogéneo. Entonces, se aplicará la pena más grave.

Por lo tanto, el recurso de casación planteado se declarará infundado.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintitrés de junio de dos mil veintidós

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por el encausado ROBYNSON ARMANDO MORA ENEQUE contra la sentencia de vista, del once de noviembre de dos mil veinte (foja 120),

emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que confirmó la sentencia de primera instancia, del quince de junio de dos mil veinte (foja 51), que lo condenó como coautor de los delitos contra el patrimonio-robo agravado y contra la libertad personal-secuestro agravado, en agravio de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, a treinta años de pena privativa de libertad y fijó como reparaciones civiles las sumas de S/ 13 000 (trece mil soles) y S/ 2000 (dos mil soles) a favor de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, respectivamente; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo COAGUILA CHÁVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. Según el requerimiento del tres de enero de dos mil veinte (foja 2), se formuló acusación fiscal contra ROBYNSON ARMANDO MORA ENEQUE por los delitos de robo agravado y secuestro agravado, en agravio de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo.

Los hechos fueron calificados en los artículos 189 (primer párrafo, numerales 2, 3 y 4) y 152 (segundo párrafo, numeral 11) del Código Penal.

Se solicitó la imposición de treinta años de pena privativa de libertad y el pago de S/ 20 000 (veinte mil soles) como reparación civil.

Posteriormente, se emitió el auto de enjuiciamiento, del veintitrés de abril de dos mil diecinueve (foja 21), en los mismos términos que el dictamen acusatorio.

A la vez, se expidió el auto de citación a juicio oral, del diecisiete de febrero de dos mil veinte (foja 28).

Segundo. Se realizó el juzgamiento, según actas respectivas (fojas 32, 37, 40, 43, 45, 48 y 50).

Seguidamente, se emitió la sentencia de primera instancia, del quince de junio de dos mil veinte (foja 51), que condenó a ROBYNSON ARMANDO MORA ENEQUE como coautor de los delitos de robo agravado y secuestro agravado, en perjuicio de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, y le impuso treinta años de pena privativa de libertad y fijó como reparaciones civiles las sumas S/ 13 000 (trece mil soles) y S/ 2000 (dos mil soles) a favor de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, respectivamente.

Tercero. Contra la sentencia de primera instancia, ROBYNSON ARMANDO MORA ENEQUE interpuso el recurso de apelación, del veinticuatro de junio de dos mil veinte (foja 91).

A través del decreto del primero de septiembre de dos mil veinte (foja 110), la impugnación fue concedida y se dispuso elevar los actuados al superior en grado.

Cuarto. En la audiencia de apelación, conforme a las actas concernidas (fojas 113 y 119), no se actuaron medios probatorios; solo se expusieron las alegaciones de las partes procesales intervinientes, y se realizaron las réplicas y dúplicas respectivas.

Posteriormente, mediante la sentencia de vista, del once de noviembre de dos mil veinte (foja 120), se confirmó la sentencia de primera instancia, del quince de junio de dos mil veinte (foja 51), que condenó a ROBYN SON ARMANDO MORA ENEQUE como coautor de los delitos de robo agravado y secuestro agravado, en perjuicio de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, y le aplicó treinta años de pena privativa de libertad y fijó como reparaciones civiles las sumas S/ 13 000 (trece mil soles) y S/ 2000 (dos mil soles), a favor de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, respectivamente.

Quinto. En las sentencias de instancia, se declaró probado lo siguiente:

- 5.1.** El cuatro de julio de dos mil diecinueve los agraviados Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo salieron de una capacitación, se dirigieron al Banco de Crédito del Perú para retirar dinero y libaron licor. Después, aproximadamente a las 21:00 horas, abordaron un taxi. En ese momento, fueron interceptados por otro vehículo, del cual descendieron unos sujetos, quienes los obligaron a subir, los amenazaron con armas de fuego, cuchillos y fierros, y exigieron la entrega de sus pertenencias.
- 5.2.** Se precisó que al primero le sustrajeron su billetera, su documento nacional de identidad, su tarjeta del Banco de Crédito del Perú, S/ 400 (cuatrocientos soles), su celular marca Claro con el número 942881205, su cargador y su USB; también lo constriñeron a entregar su clave bancaria, pero se equivocó y lo agredieron físicamente. Por su parte, al segundo le arrebataron su billetera, su documento nacional de identidad, su tarjeta del Banco de Crédito del Perú, S/ 200 (doscientos soles), su equipo móvil, su computadora, cuatro discos duros, su lectora y su USB; a la vez, lo forzaron a ceder su código bancario.
- 5.3.** Estuvieron retenidos desde las 21:00 horas del cuatro de julio de dos mil diecinueve hasta las 5:20 horas del cinco de julio del mismo año. En ese ínterin, en inmediaciones de las avenidas Los Incas y Sacsayhuamán, en el distrito de La Victoria, los asaltantes notaron la presencia policial y se inició la persecución respectiva; luego, a la altura de las calles Huáscar y Yanacuna, el automóvil en el que se desplazaban impactó en un montículo de arena y piedra, y se logró capturar a ROBYN SON ARMANDO MORA ENEQUE.

Sexto. Frente a la sentencia de vista, ROBYN SON ARMANDO MORA ENEQUE formalizó el recurso de casación, del diecisiete de noviembre de dos mil veinte (foja 132), en que invocó las causales previstas en artículo 429, numerales 1 y 3, del Código Procesal Penal.

Mediante el auto del veintiséis de noviembre de dos mil veinte (foja 141), se concedió la casación y el expediente judicial fue remitido a este órgano jurisdiccional.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Séptimo. De acuerdo con el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, se expidió el auto del doce de noviembre de dos mil veintiuno (foja 79, en el cuaderno supremo), que declaró bien concedido el recurso de casación por la causal contemplada en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión de la casación, según las notificaciones (fojas 83 y 84, en el cuaderno supremo).

Octavo. A continuación, se expidió el decreto del doce de mayo de dos mil veintidós (foja 87, en el cuaderno supremo), que señaló el primero de junio del mismo año como data para la vista de la casación.

Se emplazó a los sujetos procesales, conforme a la cédula (foja 88, en el cuaderno supremo).

Noveno. Llevada a cabo la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación, y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se declaró bien concedido el recurso de casación por la causal prevista en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal, es decir: "Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación".

Este motivo casacional supone que los juzgadores de instancia: **(i)** aplicaron incorrectamente el derecho, pues realizaron una indebida subsunción de los hechos en la norma, al aplicar la que no era adecuada; **(ii)** dejaron de realizar la correcta subsunción en la norma, al no aplicar la que era procedente; **(iii)** aplicaron la norma que es la adecuada, pero realizaron una interpretación equivocada de la misma¹.

Por ello, a efectos de evaluar la *casación sustantiva*, es preciso ceñirse escrupulosamente a los hechos probados por los órganos jurisdiccionales sentenciadores.

El *error iuris* acarrea comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que deben ser respetados en su integridad, orden y significación, fueron aplicados correctamente a ellos los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de

¹ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, y ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel. (2016). *El recurso de casación y de revisión penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 342.

aplicar los que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación².

El principio de intangibilidad fáctica detenta plena vigencia.

Segundo. Por su parte, en el auto del doce de noviembre de dos mil veintiuno (foja 79, en el cuaderno supremo), se precisó lo siguiente:

A efectos de preservar el principio *pro actione* y salvaguardar el acceso al recurso, desde una interpretación favorable a su ejercicio efectivo, corresponde declarar bien concedida la casación formalizada. Los tópicos a dilucidar serán los siguientes: en primer lugar, la indebida aplicación y/o errónea interpretación del artículo 152 del Código Penal; y, en segundo lugar, el encuadramiento típico de los hechos delictivos probados (Cfr. considerando quinto).

Tercero. Como paso previo, se advierte que, de acuerdo con el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, el contenido de los autos de calificación de recurso de casación no presupone un adelantamiento sobre el juicio jurisdiccional de fondo, que a la postre concierne realizar.

Su naturaleza es eminentemente declarativa (recoge una denuncia constitucional y/o legal, la engarza en las causales respectivas y establece que corresponde dilucidarla, sin que ello implique, necesariamente, su estimación jurídica) y no constitutiva.

Cuarto. Se advierte que la indebida o errónea interpretación del artículo 152 del Código Penal, así como la subsunción jurídica de los hechos criminales —es decir, como secuestro o robo, o si concierne aplicar ambos tipos penales—, discurre por establecer el tipo de concurso delictivo.

En el ordenamiento jurídico nacional, se han configurado las siguientes modalidades concursales: aparente, ideal y real.

4.1. El *concurso aparente* se da cuando uno o varios hechos punibles son incluíbles en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supone un *bis in idem*. Ello sucede siempre que una de las normas baste por sí sola para aprehender todo el desvalor del hecho o los hechos concurrentes³.

Subyacen tres criterios de solución:

- a. Principio de especialidad: existe una relación de especificidad entre las leyes penales concurrentes si una contiene todos los elementos de la otra y un componente adicional que, por extensión o adición, regula el supuesto de hecho. Si se presenta la especialidad, debe aplicarse la ley penal que regula más específicamente la integridad del hecho delictivo cometido: *lex specialis derogat legi generali*.
- b. Principio de subsidiariedad: la ley penal subsidiaria está configurada como un tipo penal de recogida que retrocede ante

² GIMENO SENDRA, Vicente. (2019). *Derecho procesal penal* (tercera edición). Navarra: Editorial Civitas, p. 958.

³ MIR PUIG, Santiago. (2016). *Derecho penal. Parte general* (décima edición). Buenos Aires: Editorial BdeF, p. 682.

la que se aplica principalmente: *lex primaria derogat legi subsidiariae*. Se trata, por lo tanto, de tipos penales que comparten un elemento jurídico-penal común en la protección del mismo bien jurídico y, si bien ciertos casos pueden subsumirse en ambos tipos penales, hay otros casos que se tipifican solamente en uno o en otro.

- c. Principio de consunción: se aplica cuando la sanción prevista en una ley penal engloba el supuesto de hecho de otra ley penal bajo la lógica de un solo suceso conjunto. En tal caso, la ley penal que consume el supuesto de hecho de la ley consumida desplaza a esta última en su aplicación: *lex consumens derogat legi consumptae*⁴.

- 4.2. El *concurso ideal* se presenta cuando el autor, mediante una única acción ontológica-normativa, realiza al mismo tiempo una pluralidad de tipos penales, esto es, si varios supuestos de hecho gobiernan una sola acción. Como tal, se requiere unidad de acción, doble o múltiple desvaloración de la ley penal, identidad de sujeto activo, unidad o pluralidad de sujetos pasivos del delito⁵.

Se distingue ente concurso ideal homogéneo (delitos de la misma naturaleza) y heterogéneo (delitos de diferente naturaleza).

- 4.3. El *concurso real*, el caso más comprensible, reside en que, si el autor ha cometido varios delitos independientes, pero que son juzgados al mismo tiempo y, por lo tanto, merecen varias penas privativas de libertad, entonces deberá recibir por cada delito la pena adecuada, aplicándose la sumatoria de todas. Empero, a fin de evitar castigos severos, se ha de formar una pena conjunta (principio de aspersion)⁶.

Quinto. Así, sobre la cuestión jurídica a dilucidar, es relevante apuntar la jurisprudencia comparada:

[...] Existirá *concurso de normas* únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir, mientras se desarrolla la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y la privación de la libertad ambulatoria de la víctima queda limitada al tiempo e intensidad estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada, entendiéndose que solo en estos casos la detención ilegal queda absorbida por el robo, teniendo en cuenta que este delito con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad ambulatoria del perjudicado [...] En segundo lugar [...] en aquellos casos en que la privación de libertad ambulatoria no se limita al tiempo e intensidad necesario para cometer el delito de robo con intimidación se dará el *concurso ideal* siempre que aquélla (la privación de libertad) constituya un medio necesario, en sentido amplio y objetivo, para la comisión del robo, pero su intensidad o duración exceden de la

⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. (2019). *Derecho penal. Parte general* (tercera edición). Lima: Ideas Solución Editorial, pp. 851-857.

⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. (2021). *Fundamentos de derecho penal. Parte general* (segunda edición). Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 648-650.

⁶ OTTO, Harro. (2017). *Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal* (séptima edición). Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, p. 519.

mínima privación momentánea de libertad ínsita en la dinámica comisiva del delito contra la propiedad, afectando de un modo relevante y autónomo el bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal. Cuando la dinámica comisiva desplegada conlleva previa y necesariamente [...] la inmovilización de la víctima como medio para conseguir el desapoderamiento y esta situación se prolonga de forma relevante excediendo del mínimo indispensable para cometer el robo, máxime cuando su objeto es incluso indeterminado y a expensas de lo que puedan despojar los autores, la relación de concurso ideal [...] es la solución adecuada teniendo en cuenta la doble vulneración de bienes jurídicos autónomos. Por último, el *concurso real* entre ambos delitos se dará cuando la duración e intensidad de la privación de libertad, con independencia de su relación con el delito contra la propiedad, se aparta notoriamente de su dinámica comisiva, se desconecta de ésta por su manifiesto exceso e indebida prolongación, no pudiendo ser ya calificada de medio necesario para la comisión del robo, excediendo de esta forma el alcance del concurso medial (encerrar o inmovilizar a la víctima indefinidamente con independencia del tiempo empleado para perpetrar la acción de desapoderamiento). En este último caso, es indudable que la privación de libertad ambulatoria no se limitó al tiempo e intensidad necesarios para efectuar el despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. Siendo así, la detención ilegal no quedó absorbida en el robo, ya que se extralimitó y excedió de la mínima duración temporal referida al episodio central del apoderamiento, al haber rebasado [...] tales límites⁷.

Como se observa, se cotejan tres escenarios concursales entre los delitos de robo y secuestro: aparente, ideal y real.

En primer lugar, el concurso aparente, cuando la aprehensión personal sea mínima y coincida con el momento en que se produce la sustracción del bien mueble, por lo que una se consume en la otra; en segundo lugar, el concurso ideal, cuando la privación de libertad se erija como el mecanismo eficaz para perpetrar el robo, sin embargo, por su perdurabilidad se exceda de lo razonable y vulnere de forma independiente la libertad personal; y en tercer lugar, el concurso real, cuando la retención personal del perjudicado no es el medio comisivo para otro delito, se desune absolutamente del contexto de apoderamiento y despojo material, por su desmesurada intensidad, permanencia y prolongación, y de ser el caso, aparece con posterioridad.

En lo pertinente, se distingue el concurso ideal y el real de acuerdo con la intensidad y la duración de la privación de libertad. Si el exceso es intensivo (esto es, más intenso, enérgico o activo que de costumbre), se configura el concurso ideal; pero si es extensivo (es decir, de máximo nivel de significación) se da lugar al concurso real.

Sexto. Se subraya que en las instancias competentes se estableció la presencia de un concurso ideal de delitos (Cfr. sentencia de primera instancia, considerandos 7.3 y 7.4.; y sentencia de vista, fundamento noveno).

Séptimo. Así, según el *factum* delictivo, la privación de la libertad personal de los agraviados Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre

⁷ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 712/2020, del siete de abril de dos mil veintidós, fundamento jurídico de derecho tercero. En el mismo sentido, el Recurso de Casación número 11333/2011, del veintiuno de diciembre de dos mil once, fundamento de derecho tercero.

Montalvo, desde las 21:00 horas del cuatro de julio de dos mil diecinueve hasta las 5:20 horas del cinco de julio del mismo año, es decir, durante aproximadamente ocho horas, superó el tiempo razonablemente necesario para ejecutar el robo agravado, y se constató un exceso intensivo (y no extensivo, pues, en adición a las amenazas no se verificaron otros vejámenes personales).

El tiempo empleado, según la mecánica delictiva, no puede dejarse a criterio del asaltante; de modo que, la forma y circunstancias del despojo no se justifican a costa de la libertad de las víctimas.

Desde la casuística, se contemplan supuestos en los que la aprehensión no quedó desplazada y absorbida por el delito de robo, es decir, cuando el sujeto pasivo fue privado de su libertad en un tiempo que excedió por mucho lo que hubiera requerido la sustracción del dinero o bienes de que era portador, y permaneció bajo vigilancia de los agentes delictivos por más de tres horas⁸.

En efecto, no es lógico que, a fin de sustraer dinero y equipos electrónicos, se le haya retenido por un espacio temporal que supera con amplitud el mínimo indispensable para perpetrar el latrocinio, por lo que la privación de libertad adquiere autonomía y sustantividad propia respecto al robo en función de su duración e intensidad.

Por ello, entre los delitos de robo agravado y secuestro agravado subyace un concurso ideal heterogéneo y, por ende, son aplicables las disposiciones normativas que dimanar de los artículos 189 (primer párrafo, numerales 2, 3 y 4) y 152 (segundo párrafo, numeral 11) del Código Penal.

Se previeron las siguientes penas privativas de libertad: entre doce y veinte años, y entre treinta y treinta y cinco años.

El extremo máximo, según el artículo 29 del Código Penal.

A la vez, según el artículo 48 del Código Penal, concierne imponer la pena por el delito más grave.

Así, la condena penal y la sanción punitiva se ajustan a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Octavo. En consecuencia, esta Sala Penal Suprema aprecia que, en la sentencia de vista sometida a control casacional, no hubo infracción de preceptos sustantivos, es decir, los artículos 48, 188, 189 y 152 del Código Penal.

Los hechos delictivos se connotan como delitos de robo agravado y secuestro agravado y, entre ambos, se ha configurado un concurso ideal heterogéneo. Entonces, se aplicará la pena más grave.

Por ello, el recurso de casación planteado se declarará infundado.

⁸ SALA DE LO PENAL. Tribunal Supremo de España. Recurso de Casación número 1483/1999, del once de septiembre de dos mil, fundamento de derecho primero.

Noveno. Finalmente, el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal establece que quien interpuso un recurso sin éxito deberá pagar las costas procesales, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo 497, numeral 2, del citado código. De ahí que atañe al impugnante ROBYN SON ARMANDO MORA ENEQUE asumir tal obligación procesal.

La liquidación le corresponde a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne al juez de investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado ROBYN SON ARMANDO MORA ENEQUE contra la sentencia de vista, del once de noviembre de dos mil veinte (foja 120), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que confirmó la sentencia de primera instancia, del quince de junio de dos mil veinte (foja 51), que lo condenó como coautor de los delitos contra el patrimonio-robo agravado y contra la libertad personal-secuestro agravado, en agravio de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, a treinta años de pena privativa de libertad y fijó como reparaciones civiles las sumas de S/ 13 000 (trece mil soles) y S/ 2000 (dos mil soles) a favor de Lenin Joseph Sánchez Jácome y Junior Dennis Alegre Montalvo, respectivamente; con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista, del once de noviembre de dos mil veinte (foja 120).
- II. **CONDENARON** al imputado ROBYN SON ARMANDO MORA ENEQUE al pago de las costas procesales correspondientes, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.
- III. **ORDENARON** que la presente sentencia sea leída en audiencia pública, que se notifique a las partes apersonadas en esta sede suprema y que se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y que se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/ecb

Concurso ideal, concurso aparente de leyes, concepto y diferencias

a. Estamos ante un concurso ideal cuando, al ejecutar una misma acción, un sujeto quebranta una pluralidad de preceptos penales o uno de igual naturaleza, pero repetidas veces. Esto es, cuando con una misma acción se infringe una pluralidad de leyes penales o se infringe varias veces la misma ley penal.

b. El concurso aparente de leyes se verifica cuando varias disposiciones convergen hacia el mismo hecho (acción), pero la aplicación de una de ellas excluye la de las demás. Esto es, el contenido del injusto se encuentra abarcado completamente por un solo tipo penal, de modo tal que los demás tipos quedan suprimidos.

c. Ambas figuras penales se asemejan, pero también se diferencian. Así, la semejanza más saltante radica en la unidad de acción. Esto es, en ambos casos se ha de exigir que el agente manifieste una misma acción que quebrante la norma penal. Con relación a lo que los diferencia, en el concurso aparente, la acción se engloba de manera plena en un solo tipo penal. Sin embargo, en el concurso ideal, la acción debe comprender una pluralidad de preceptos penales.

d. En el caso concreto, es cierto que el recurrente tenía un arma de fuego el día que fue detenido (la llevaba en una mochila en la maletera del vehículo en que fue intervenido) y que ello, en apariencia, podría constituir el delito de tenencia ilegal de armas; sin embargo, dicha posesión obedecía al hecho —aceptado— del marcaje realizado a los testigos protegidos TP01 y TP02, quienes iban a realizar el retiro de S/ 200 000 (doscientos mil soles) del banco Scotiabank. El arma hallada en el vehículo en que el recurrente se encontraba realizando marcaje a las víctimas, constituye parte de la resolución criminal y representa un todo unitario —unidad de acciones naturales—, subsumible, como no, en el delito de marcaje. Luego, no es posible la configuración del delito de tenencia ilegal de armas, pues estamos ante un concurso aparente de leyes. Por tanto, se debe declarar fundado el recurso de casación excepcional del recurrente.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, siete de febrero de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública, mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación excepcional interpuesto por el encausado **Alex Rossel Benavides Nina** contra la

sentencia de vista, del treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve (foja 403), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que revocó la sentencia de primera instancia, del treinta de enero de dos mil diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal que condenó al recurrente como coautor del delito de marcaje simple y lo absolvió del delito de tenencia ilegal de armas; reformándola, lo condenó como coautor del delito de marcaje simple en concurso ideal con el delito de tenencia ilegal de armas y le impuso seis años y siete meses de pena privativa de libertad; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente la señora jueza suprema Altabás Kajatt.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Itinerario del proceso en la etapa intermedia

1.1. La representante de la Fiscalía Especializada contra la Criminalidad Organizada de Arequipa, mediante requerimiento acusatorio (foja 1, integrada a fojas 56 y 81), en lo pertinente, formuló acusación contra Alex Rossel Benavides Nina, Juan José Ponce Nuñonca, Edgar Solano Cárdenas, Julio Raúl Cáceres Martínez y Yoselin Tania Zegarra Ponce como coautores del delito de banda criminal, previsto en el artículo 317-B del Código Penal, en agravio del Estado. Asimismo, formuló acusación contra Julio Raúl Cáceres Martínez, Alex Rossel Benavides Nina, Juan José Ponce Nuñonca, Edgar Solano Cárdenas y Yoselin Tania Zegarra Ponce como coautores del delito de marcaje simple, previsto en el artículo 317-A del Código Penal, en agravio de las personas identificadas con claves TP01-2016 y TP02-2016 y el Estado. Finalmente, formuló acusación contra Alex Rossel Benavides Nina y Edgar Solano Cárdenas como autores del delito de tenencia ilegal de armas,

previsto en el artículo 279-G del Código Penal, en agravio del Estado.

- 1.2. Realizada la audiencia de control de acusación, el dieciocho de julio de dos mil dieciocho (foja 106), se dictó auto de enjuiciamiento (foja 108), admitiéndose los medios de prueba ofrecidos por el representante del Ministerio Público, los acusados y el actor civil, y se ordenó remitir los autos al Juzgado Penal Unipersonal para el juzgamiento respectivo.

Segundo. Itinerario del juicio oral en primera instancia

- 2.1. Mediante auto de citación de juicio oral, del ocho de agosto de dos mil dieciocho (foja 171), se citó a las partes procesales a la audiencia de juicio oral. Instalada esta, se desarrolló en varias sesiones, hasta arribar a la lectura de sentencia, el treinta de enero de dos mil diecinueve, como consta en el acta respectiva (foja 285).
- 2.2. Es así como, mediante sentencia del treinta de enero de dos mil diecinueve (foja 807), el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Arequipa aprobó la conformidad parcial de hechos por el delito de marcaje simple de los acusados Alex Rossel Benavides Nina, Edgar Solano Cárdenas y Yoselin Tania Zegarra Ponce, condenándolos como coautores del aludido delito en agravio del Estado, imponiendo al recurrente Benavides Nina tres años y cinco meses de pena privativa de libertad efectiva y a Solano Cárdenas dos años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva. Asimismo, absolvió a Alex Rossel Benavides Nina, Edgar Solano Cárdenas y Yoselin Tania Zegarra Ponce del delito de banda criminal, así como a Alex Rossel Benavides Nina y Edgar Solano Cárdenas del delito de tenencia ilegal de armas.
- 2.3. Contra dicha decisión, el sentenciado Benavides Nina interpuso recurso de apelación, en el extremo de la pena impuesta.

Asimismo, el Ministerio Público apeló el extremo de la pena y, además, el extremo por el cual se absolvió a Alex Rossel Benavides Nina y Edgar Solano Cárdenas del delito de tenencia ilegal de armas y banda criminal, recursos que fueron concedidos por Resolución número 18, del ocho de febrero de dos mil diecinueve (foja 337). En igual sentido, el actor civil impugnó la referida sentencia, en el extremo que absolvió a Alex Rossel Benavides Nina y Edgar Solano Cárdenas del delito de banda criminal, así como el extremo que declaró infundada la pretensión civil por el aludido delito, pedido que se concedió por Resolución número 29, del veintiuno de marzo de dos mil diecinueve (foja 385), disponiéndose la alzada a la Sala Penal Superior.

Tercero. Itinerario del proceso en instancia de apelación

- 3.1.** Corrido el traslado de la impugnación, la Sala Penal de Apelaciones, mediante Resolución número 33, del diecisiete de abril de dos mil diecinueve (foja 391), convocó a audiencia de apelación de sentencia, la cual se realizó con normalidad en dos sesiones, como se aprecia de las actas de audiencias de apelación (fojas 398 y 401).
- 3.2.** El treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, según consta en el acta respectiva (foja 402), mediante la cual se decidió, entre otros, revocar la sentencia de primera instancia, del treinta de enero de dos mil diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal, en el extremo que condenó al recurrente como coautor del delito de marcaje simple y lo absolvió del delito de tenencia ilegal de armas; y la reformó para condenarlo como coautor del delito de marcaje simple en concurso ideal con el

delito de tenencia ilegal de armas, y se le impuso la pena de seis años y siete meses de privación de libertad.

- 3.3.** Emitida la sentencia de vista, el sentenciado Alex Rossel Benavides Nina interpuso recurso de casación excepcional (foja 436), el cual fue concedido mediante Resolución número 44, del veinticuatro de junio de dos mil diecinueve (foja 450), ordenándose elevar los actuados a la Corte Suprema.

Cuarto. Trámite del recurso de casación

- 4.1.** El expediente fue elevado a la Sala Penal Transitoria y se corrió el traslado respectivo, conforme al cargo de entrega de cédulas de notificación (fojas 77, 78 y 79 del cuadernillo formado en esta Suprema Sala). Asimismo, se señaló fecha para calificación del recurso de casación excepcional, mediante decreto del cuatro de noviembre de dos mil veinte (foja 81 del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal). En este sentido, mediante auto de calificación del catorce de diciembre de dos mil veinte (foja 86 del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal), la aludida Sala Suprema declaró bien concedido el aludido recurso interpuesto por el sentenciado Benavides Nina.
- 4.2.** Mediante Resolución Administrativa número 000378-2021-CE-PJ, del dieciséis de noviembre de dos mil veintiuno, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial dispuso, entre otros, que a partir de la fecha la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República conozca los expedientes tramitados bajo las cláusulas del Código Procesal Penal; motivo por el cual, los actuados fueron remitidos a esta Sala Suprema para su trámite respectivo. Así, por decreto del primero de diciembre de dos mil veintiuno (foja 126 del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal), se procedió al avocamiento de la causa y se dispuso proseguir el trámite según su estado.

4.3. En este contexto, instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación excepcional y del avocamiento del proceso, se señaló como fecha para la audiencia el diez de enero de dos mil veintidós, mediante decreto del quince de diciembre de dos mil veintiuno (foja 129 del cuadernillo formado en esta sede). Instalada la audiencia, esta se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia de la defensa del encausado. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública, mediante el aplicativo tecnológico señalado, se efectuará con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

Quinto. Motivo casacional

5.1. Conforme se estableció en el auto de calificación del recurso de casación excepcional, en concordancia con su parte resolutive, se admitió el aludido recurso a fin de analizar el caso, de acuerdo con las causales contenidas en los numerales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. El motivo de desarrollo jurisprudencial se circunscribe a dilucidar si se presenta un concurso ideal entre los delitos de marcaje y tenencia ilegal de armas o un concurso aparente de leyes, en atención a los hechos imputados y declarados probados.

Sexto. Agravios del recurso de casación

El fundamento relacionado con lo que es objeto de casación excepcional es el siguiente:

6.1. No se evidencia un concurso ideal entre el delito de marcaje y tenencia ilegal de armas, pues, por criterio de especialidad, el primero subsume al segundo.

Séptimo. Hechos materia de imputación

De acuerdo con el requerimiento acusatorio (foja 1, integrado a fojas 56 y 81), los hechos imputados son los siguientes:

7.1. Delito de tenencia ilegal de armas

7.1.1. Circunstancias precedentes

El veinticinco de junio de dos mil trece, a Yesenia Liz Corilloclla Acosa le fue sustraído el revólver marca Ranger con cachá color negro, calibre 38 y número de serie 019174H, en la ciudad de Huancayo, donde se encontraba viviendo el encausado Edgar Solano Cárdenas antes de ser intervenido.

Asimismo, el veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, en el distrito de Chala, provincia de Caravelí (Arequipa) la Empresa de Vigilancia Magistral S. A. C. fue víctima de la sustracción del revólver marca Taurus con número de serie QE52547B, de su propiedad.

Dichas armas se encontraban registradas a nombre de los aludidos propietarios ante la Sucamec; sin embargo, los procesados Edgar Solano Cárdenas y Alex Rosell Benavides Nina, por lo menos desde el veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, poseían estas armas, que serían utilizadas para asaltar y fueron halladas debidamente cargadas con municiones y en correcto funcionamiento al momento de su incautación.

7.1.2. Circunstancias concomitantes

El primero de diciembre de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 07:59 horas, el encausado Alex Rossel Benavides Nina llamó a su

coencausado Juan José Ponce Nuñonca, conductor del vehículo con placa de rodaje V5V-062, que tenía el casquete de taxi "El Dorado", para que los recoja a él, a Yoselin Zegarra y a Edgar Solano Cárdenas.

En el vehículo mencionado, el encausado Benavides Nina, dentro de la maletera, portaba una mochila en que se halló un revólver de cañón largo marca Taurus, cacha de madera y número de serie QE52547B, abastecido con dos cartuchos calibre 38 y, debidamente operativo.

Asimismo, el encausado Edgar Solano Cárdenas portaba dentro de la maletera una mochila en cuyo interior se encontró un revólver marca Ranger, cacha color negro, calibre 38, número de serie 019174H, cañón corto, abastecido con seis cartuchos calibre 38 y debidamente operativo.

La posesión de dichas armas, que habrían sido objeto de sustracción a sus propietarios, se habría dado desde fecha anterior al día de los hechos, sin autorización alguna para portarlas.

7.1.3. Circunstancias posteriores

Al promediar las 12:40 horas del primero de diciembre de dos mil dieciséis, se intervino policialmente el referido vehículo, en cuya maletera se hallaron las armas y municiones mencionadas, cuando el vehículo se encontraba estacionado a la altura del inmueble número 701 de la avenida Porongoche, distrito de Paucarpata, en las afueras del Mall Aventura Plaza.

7.2. Delito de marcaje

7.2.1. Circunstancias precedentes

Aproximadamente en noviembre de dos mil dieciséis, Julio Raúl Cáceres Martínez, extrabajador de Scotiabank del Mall Aventura Plaza, comunicó a Diego Renzo Serrano Lázaro, quien trabajaba

en dicha entidad bancaria, su decisión de asaltar a un cliente para obtener dinero rápidamente, propuesta aceptada por este último, quien se comprometió a informarle sobre la fecha y hora del desembolso de una potencial víctima, ya que tomó conocimiento de que los titulares de la empresa Metalnox recibirían un desembolso de S/ 200 000 (doscientos mil soles).

Para tal fin, se contó con información cierta y en tiempo real del promotor Diego Renzo Serrano Lázaro, respecto a que los testigos protegidos TP01 y TP02 habían gestionado un crédito desde un mes antes, el cual se desembolsaría en efectivo.

El encausado Diego Serrano Lázaro proporcionó información financiera de las potenciales víctimas. Así, en un primer momento, comunicó a Julio Cáceres Martínez que el desembolso se realizaría el viernes veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis. Por ello, el procesado Cáceres Martínez y Yoselin Zegarra Ponce asistieron al Scotiabank ese día, mientras que Diego Serrano Lázaro operaba desde el interior de la referida entidad bancaria. Sin embargo, la empresa Metalnox comunicó a una funcionaria del banco que el desembolso lo realizaría el lunes veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis, frustrando los esfuerzos de la banda criminal.

El veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis, en horas de la tarde, Julio Cáceres Martínez y Yoselin Zegarra Ponce estuvieron nuevamente en los alrededores del banco Scotiabank del Mall Aventura Plaza, esperando el desembolso; sin embargo, Diego Serrano le informó a Julio Raúl Cáceres que la representante de Metalnox había confirmado el desembolso, pero para el veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis, frustrando por segunda ocasión la operación criminal. El día mencionado, Diego Serrano Lázaro, mediante otra llamada telefónica, confirmó que el

desembolso se realizaría, pero el primero de diciembre de dos mil dieciséis.

7.2.2. Circunstancias concomitantes

Así, se atribuye al encausado Alex Rossel Benavides Nina que, en calidad de coautor, el primero de diciembre de dos mil dieciséis, aproximadamente desde las 09:00 horas hasta pasadas las 12:00, a bordo del vehículo con placa de rodaje V5V-062, permaneció individualizando, siguiendo y recibiendo información por vía telefónica de Yoselin Zegarra Ponce sobre los testigos protegidos TP01 y TP02, en las afueras del Mall Aventura Plaza del distrito de Paucarpata, premunidos ambos sospechosos de celulares con los cuales se comunicaban constantemente, el arma de fuego que poseía y el referido vehículo, con la finalidad de apoderarse de S/ 200 000 (doscientos mil soles), que los aludidos testigos iban a retirar de la mencionada agencia bancaria. Los hechos también fueron atribuidos al encausado Edgar Solano Cárdenas.

7.2.3. Circunstancias posteriores

Dicho día, pasadas las 12:40 horas, esta agrupación criminal fue objeto de una intervención policial en flagrancia delictiva y sus integrantes fueron capturados cuando los testigos protegidos aún no habían salido de la agencia financiera.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. Concurso ideal de delitos

Octavo. El artículo 48 del Código Penal regula el denominado concurso ideal de delitos. Su estructura inicial fue modificada por el artículo 3 de la Ley número 28726, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el nueve de mayo dos mil seis, cuyo texto legal vigente es el siguiente:

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

La norma mencionada hace alusión a que estamos ante un concurso ideal cuando, al ejecutar una misma acción, un sujeto quebranta una pluralidad de preceptos penales o uno de igual naturaleza, pero repetidas veces. Esto es, cuando con una misma acción se infringe una pluralidad de leyes penales o se infringe varias veces la misma ley penal¹, lo que puede dar lugar a un concurso ideal heterogéneo o, en su caso, un concurso ideal homogéneo. Con relación a ello, se evidencia que el presupuesto del concurso ideal es doble: por un lado, debe concurrir unidad de acción y, por otro, por medio de la acción, tiene que haber tenido lugar una pluralidad de infracciones legales².

B. Concurso aparente de leyes

Noveno. El Código Penal actual no regula el concurso aparente de leyes, como sí lo hacía el Código Penal de 1924, específicamente, en su artículo 106. Sin embargo, la aplicación de esta figura a un hecho de connotación penal se da en función del principio de legalidad, pues solo será sancionable una conducta si, previamente, se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento legal.

Décimo. En efecto, cometido un hecho punible, la adecuación de una conducta a un tipo legal exige establecer previamente si existe una relación entre diversos tipos aplicables (concurso aparente de leyes), y determinar si hay unidad o pluralidad de acciones realizadas (concurso

¹ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, y SATZGER, Helmut. *Derecho Penal Parte General. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 534.

² JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Volumen II. Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 1073.

de delitos)³. Esta actividad, realizada por el juez, consiste en dar sentido a las normas jurídicas y determinar si la acción imputada al agente reúne las notas señaladas en alguno de los tipos legales. Es decir, se debe estatuir cuál es la ley aplicable al caso *sub iudice*⁴.

Decimoprimero. En este proceso de subsunción normativa, puede ocurrir que el hecho sea abarcado, en apariencia, por más de una norma penal. Sin embargo, solo una es la que se debe aplicar. En este escenario, se erige el concurso aparente de leyes o también llamado unidad de ley, el cual se verifica cuando varias disposiciones convergen hacia el mismo hecho (acción), pero la aplicación de una de estas excluye la de las demás⁵. Esto es, el contenido del injusto se encuentra abarcado de modo completo por un solo tipo penal, de modo tal que los demás tipos quedan suprimidos.

Decimosegundo. Ahora bien, existen criterios y principios para resolver el concurso aparente de leyes, tales como: especialidad, subsidiariedad y consunción. Así, en la *especialidad*, el tipo desplazado está contenido conceptualmente en el desplazante. En la *subsidiariedad*, un tipo opera como tipo de recogida o residual para el supuesto de que la conducta del autor no esté abarcada o comprendida ya por un tipo sancionado con pena más grave. Y de *consunción* se habla, finalmente, cuando el tipo desplazado va acompañando, aunque no de modo conceptualmente necesario, sí típicamente, al delito más grave⁶.

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley, 2007, p. 680.

⁴ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal-Parte General I*. Lima: Editorial Grijley, 2005, p. 957.

⁵ *Ibíd.*

⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. España: Civitas, Editorial Arazandi, 2014, p. 999.

C. Semejanza y diferencia entre concurso ideal y concurso aparente de leyes

Decimotercero. Ambas figuras penales se asemejan, pero también se diferencian. Así, la semejanza más saltante radica en la unidad de acción. Esto es, en ambos casos se ha de exigir que el agente manifieste una misma acción que quebrante la norma penal. Con relación a lo que los diferencia, en el concurso aparente, la acción se engloba de manera plena en un solo tipo penal (tipicidad única). Sin embargo, en el concurso ideal, la acción debe comprender una variedad de preceptos penales (tipicidad plural).

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimocuarto. En el caso concreto, el motivo casacional se circunscribe a dilucidar si se presenta un concurso ideal entre los delitos de marcaje y tenencia ilegal de armas o, en su caso, un concurso aparente de leyes, con relación a los hechos imputados y declarados probados. Cabe precisar que el análisis de lo planteado se hará en conexión con las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, invocado por la parte recurrente.

Decimoquinto. En este contexto, en atención al principio de intangibilidad fáctica, no es posible modificar o poner en duda el hecho acreditado en las instancias judiciales previas. Así, la configuración del delito de marcaje no está en discusión, pues en este extremo el sentenciado Alex Rossel Benavides Nina aceptó los cargos, conforme se desprende del acta del catorce de septiembre de dos mil dieciocho (foja 196). En igual medida, sus coencausados Edgar Solano Cárdenas y Yoselin Tania Zegarra Ponce también aceptaron los hechos, motivo por el cual todos fueron condenados.

Decimosexto. En instancia de apelación, Benavides Nina impugnó solo la pena; sin embargo, la Sala Superior, al haber impugnado el Ministerio Público el extremo absolutorio por los delitos de tenencia ilegal de armas y banda criminal, revocó estos extremos y, reformándola, condenó al recurrente y a su coencausado Edgar Solano Cárdenas como coautores del delito de marcaje en *concurso ideal* con el delito de tenencia ilegal de armas. Con relación al delito de banda criminal, declaró nula la absolución y dispuso nuevo juicio oral.

Decimoséptimo. Cabe precisar que el Juzgado Penal Unipersonal consideró que la conducta imputada al recurrente Benavides Nina, por los delitos de marcaje y tenencia ilegal de armas, constituía un concurso aparente de normas, lo que motivó que los hechos imputados por el delito de tenencia ilegal de armas se subsumiesen en el delito de marcaje. La Sala Superior no aceptó dicho razonamiento y, por el contrario, lo cuestionó y consideró que existía un concurso ideal entre ambos delitos. Como se ha señalado, los hechos por el delito de marcaje no son objeto de cuestionamiento, de ahí que dilucidaremos si los hechos atribuidos por el delito de tenencia ilegal de armas se subsumen en dicho tipo legal o si constituyen un delito diferente, emanado de la misma acción.

Decimooctavo. En este contexto, es un hecho acreditado y no cuestionado que el sentenciado Alex Rossel Benavides Nina, el primero de diciembre de dos mil dieciséis, aproximadamente desde las 09:00 horas hasta las 12:00 horas, estuvo a bordo del vehículo con placa de rodaje V5V-062, en el que permaneció individualizando, siguiendo y recibiendo información de su coencausada Yoselin Zegarra Ponce, sobre los testigos protegidos TP01 y TP02, quienes iban a retirar la suma de S/ 200 000 (doscientos mil soles) del banco Scotiabank. La comunicación

entre ambos se realizaba por vía telefónica en las afueras del Mall Aventura Plaza del distrito de Paucarpata. Los encausados, entre ellos el recurrente, estaban premunidos de celulares con los cuales se comunicaban constantemente. Asimismo, portaban armas que fueron encontradas en la maleta del vehículo, cuya posesión, de al menos una de ellas, se atribuyó al recurrente. Estos hechos, relacionados con el delito de marcaje, fueron aceptados y no fueron objetados.

Decimonoveno. La Sala Superior, en instancia de apelación, concluyó que el arma hallada en la maleta del vehículo se encontraba en la esfera de disponibilidad del aludido sentenciado y, por tanto, se configuraba el delito de tenencia ilegal de armas. Asimismo, concluyó que los encausados, entre ellos el recurrente, realizaron un seguimiento a los agraviados estando en posesión de armas de fuego, sin contar con las licencias respectivas, y que, en el caso concreto, se cumplía con la unidad de acción, pluralidad de normas penales infringidas, identidad de sujeto activo y pluralidad de sujetos pasivos. Por tanto, sostuvo que los delitos estaban en concurso ideal y no en concurso aparente de leyes, como apreció el órgano jurisdiccional de primera instancia.

Vigésimo. En este contexto, es cierto que, el día en que lo detuvieron, el recurrente tenía un arma de fuego (la llevaba en una mochila en la maleta del vehículo en que fue intervenido) y que ello, en apariencia, podría constituir el delito de tenencia ilegal de armas; sin embargo, dicha posesión obedecía al hecho —aceptado— del marcaje realizado a los testigos protegidos TP01 y TP02, quienes iban a realizar el retiro de S/ 200 000 (doscientos mil soles) del banco Scotiabank. El recurrente, conforme al marco de imputación, se encontraba en un vehículo, acopiaba información, vigilaba y efectuaba seguimientos teniendo para ello un

arma de fuego y un teléfono celular con el que se comunicaba instrumentos idóneos para la materialización del delito de marcaje, conforme lo exige el artículo 317-A del Código Penal. De ahí que se trata de un solo hecho histórico en tiempo y espacio que, sin duda, evidencia el tipo penal mencionado. En efecto, el arma hallada en el vehículo en el que el recurrente se encontraba realizando marcaje a las víctimas, no solo forma parte del supuesto de hecho integrado en la conformación típica del delito, sino que constituye parte de la resolución criminal y representa un todo unitario —unidad de acciones naturales—, subsumible, como no, en el delito de marcaje, con base en el principio de consunción aplicable al tema concursal en comento. La razón: el citado principio opera cuando un precepto desplaza a otro, cuando en sí mismo incluye el desvalor que este supone. Luego, no es posible la configuración del delito de tenencia ilegal de armas como injusto penal autónomo, dado que en el delito de marcaje o reglaje se ha contemplado todo el desvalor del hecho, tal como se ha analizado, ya que su estimación conjunta con la tenencia ilegal de armas supondría un *bis in idem* proscrito por la ley. En consecuencia, estamos ante un concurso aparente de leyes.

Vigesimoprimer. En atención a lo desarrollado precedentemente, resulta evidente que se ha vulnerado el principio de legalidad (causal 1 del artículo 429 del Código Procesal Penal), en la medida en que el Tribunal de Alzada no realizó una adecuada subsunción normativa de los hechos. Asimismo, se vulneró el precepto material (causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal), al considerarse que, en el caso, los hechos estaban en concurso ideal. En tal virtud, el recurso de casación excepcional planteado debe ser declarado fundado.

Vigesimosegundo. Cabe precisar que el artículo 408 del Código Procesal Penal prevé el efecto extensivo del recurso y, en su artículo primero, señala: “Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales”. Del texto citado se evidencia que para que la impugnación favorezca a un coimputado, los motivos en que se funde no deben ser personalísimos, con el fin de garantizar la igualdad de trato y evitar una decisión contradictoria.

Vigesimotercero. En el caso, al encausado Edgar Solano Cárdenas también se le imputaron los delitos de marcaje simple y tenencia ilegal de armas, al haber aceptado los hechos por el primer delito, al igual que el casacionista Alex Rossel Benavides Nina. Asimismo, también fue condenado por el referido delito de marcaje simple, a dos años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva, y absuelto por el delito de tenencia ilegal de armas. En instancia de apelación, la Sala Superior revocó dicho extremo de la sentencia y, reformándola, lo condenó, al igual que al mencionado Benavides Nina, como coautor del delito de marcaje en *concurso ideal* con el delito de tenencia ilegal de armas y le impuso seis años y siete meses de pena privativa de libertad.

Vigesimocuarto. La aludida Sala Superior catalogó los hechos por los delitos de marcaje simple y tenencia ilegal de armas como concurso ideal. El recurso de casación excepcional interpuesto por Alex Rossel Benavides Nina apuntó a cuestionar dicha figura y se sostuvo que se estaba ante un concurso aparente de normas. Esta Sala Suprema estimó el aludido recurso y concluyó que las acciones configuraban un concurso aparente de normas y que los hechos por el delito de tenencia ilegal de armas estaban subsumidos en el delito de marcaje simple. Por tanto, resulta evidente que Solano Cárdenas tiene la misma

condición que su coprocesado Benavides Nina, de ahí que la decisión adoptada en el presente caso se debe hacer también extensiva a este, en atención a la norma procesal antes mencionada.

Vigesimoquinto. Finalmente, de acuerdo con los recaudos, se aprecia que los procesados Alex Rossel Benavides Nina y Edgar Solano Cárdenas se encuentran privados de su libertad desde el primero de diciembre de dos mil dieciséis. Al haberse estimado el recurso de casación y hacerse extensivo al segundo de los nombrados, corresponde ratificar el extremo de la condena y de la pena emitida en primera instancia por el delito de marcaje simple, así como la absolución por el delito de tenencia ilegal de armas, para ambos encausados. Por tanto, al haberseles impuesto tres años y cinco meses de pena privativa de libertad a Benavides Nina y dos años y seis meses a Solano Cárdenas, ambas con carácter de pena efectiva, resulta evidente que dichas sanciones, a la fecha, se encuentran vencidas, por lo que, en atención a lo dispuesto por el artículo 435 del Código Procesal Penal, corresponde decretar la libertad de ambos, siempre y cuando no exista otro mandato de detención en su contra, emanado de autoridad competente.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado **Alex Rossel Benavides Nina** contra la sentencia de vista, del treinta y uno de mayo de dos mil diecinueve (foja 403), emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que revocó la sentencia de primera instancia, del treinta de enero de dos mil

diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal que condenó al recurrente como coautor del delito de marcaje simple y lo absolvió del delito de tenencia ilegal de armas; reformándola, lo condenó como coautor del delito de marcaje simple en concurso ideal con el delito de tenencia ilegal de armas y le impuso seis años y siete meses de pena privativa de libertad.

- II. **CASARON** la sentencia de vista en el referido extremo y, actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia, del treinta de enero de dos mil diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Arequipa, en el extremo que condenó a Alex Rossel Benavides Nina, como coautor del delito de marcaje simple, a tres años y cinco meses de pena privativa de libertad efectiva y lo absolvió del delito de tenencia ilegal de armas.
- III. **EXTENDIERON** la presente decisión en favor del encausado Edgar Solano Cárdenas; en consecuencia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia del treinta de enero de dos mil diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Arequipa, en el extremo que condenó a Edgar Solano Cárdenas como coautor del delito de marcaje simple, a dos años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva y lo absolvió del delito de tenencia ilegal de armas.
- IV. **DECRETARON** la inmediata libertad de los referidos sentenciados **Alex Rossel Benavides Nina** y **Edgar Solano Cárdenas**, la cual se ejecutará siempre y cuando no exista otro mandato de detención en su contra, emanado de autoridad competente. **Oficiándose vía fax** a la Sala Penal pertinente para tal efecto.
- V. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública, mediante el sistema de videoconferencia,

notificándose a las partes apersonadas en este Supremo Tribunal, y se publique en la página web del Poder Judicial.

VI. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen para que proceda conforme a ley.

Intervino el señor juez supremo Núñez Julca por licencia del señor juez supremo Sequeiros Vargas.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

NÚÑEZ JULCA

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

AK/ulc

Sumilla. El artículo cuarenta y siete del Código Penal establece la regla para el cómputo del plazo de detención como consecuencia de la emisión de una sentencia, estimando que el tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena privativa de libertad por cada día de detención. **ii)** El mencionado precepto no formula diferencias respecto a la forma en la que se ejecuta la detención. **iii)** la legislación no prevé una razón para efectuar la compensación y el cómputo de día de detención domiciliaria por día de privación de la libertad.

Lima, seis de diciembre de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el abogado de Javier Manuel Revilla Palomino, contra la sentencia conformada expedida el trece de julio de dos mil dieciocho por los señores jueces superiores integrantes de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima que condenó a Revilla Palomino como autor del delito contra la administración pública-colusión en agravio del Estado; y en consecuencia le impusieron seis años de privación de la libertad efectiva, la inhabilitación por el término de un año y ocho meses conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como la reparación civil respectiva a favor del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

CONSIDERANDO

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE IMPUGNACIÓN

Cuestiona únicamente el cómputo de la pena alegando lo siguiente:

- 1.1. La Sala Superior debió determinar si la imputación formulada en su contra por el delito de colusión, fue en la modalidad básica o agravada, ello a efecto de efectuar el cómputo del plazo de prescripción.

- 1.2. El doce de marzo de dos mil catorce fue detenido en la República Federativa de Brasil, disponiéndose su arresto provisorio con fines de extradición desde el tres de noviembre de dos mil catorce y hasta la fecha de la lectura de la sentencia, veinticinco de julio de dos mil dieciocho transcurrieron aproximadamente tres años, seis meses y quince días.
- 1.3. Cuando se apertura el proceso, se dictó en su contra el mandato de detención domiciliaria, el mismo que no pudo cumplir por hallarse cumpliendo mandato de detención en otro proceso.
- 1.4. Se debe evaluar la favorabilidad de la aplicación del sistema de tercios, como medio para la determinación judicial de la pena, ya que los hechos fueron perpetrados en el año mil novecientos noventa y cinco; y considera que la aplicación de la ley treinta mil setenta y seis lo perjudica.

SEGUNDO. ANÁLISIS JURISDICCIONAL

- 2.1. Los cuestionamientos a la tipicidad, basados en la necesidad de actividad probatoria, no son amparados en vía de recurso de nulidad de una sentencia conformada, dado que la esencia de este mecanismo de culminación anticipada del proceso es la aceptación de cargos y renuncia a dicha etapa, en cuyo beneficio se concede al procesado un beneficio procesal de reducción de pena. Por tanto, este agravio queda desestimado.
- 2.2. El tiempo de su detención con fines de extradición fue debidamente computado a su favor en la sentencia recurrida; por tanto, el cuestionamiento en este extremo es insubsistente.
- 2.3. Durante la vista de la causa, el defensor del ahora sentenciado centró su impugnación en el descuento de la pena privativa de libertad, como consecuencia del mandato de detención al que estuvo sometido cuando se dictó el auto apertorio de instrucción.

2.4. Para absolver tal planteamiento resulta importante considerar con precisión los siguientes datos:

- Auto apertorio de instrucción, fue emitido el diez de diciembre de dos mil tres, contra **Javier Revilla Palomino** y otros, por la presunta comisión de los delitos de colusión, falsedad ideológica y asociación ilícita; y se les impone la medida de coerción de comparecencia con restricción de detención domiciliaria –obrante en los folios siete mil setecientos uno a siete mil setecientos sesenta y uno del tomo veintiuno–.
- El Oficio N° 755-09-DIRSEPEN.PNP/DIVARRDOM, se informa que según los registros de dicha sub unidad, solamente el procesado Miguel Ángel Aguirre Rodríguez cumple el arresto domiciliario, antes mencionado. No hay acta de instalación contra **Javier Revilla Palomino** –obrante en el folio veinticinco mil ciento sesenta y cuatro del tomo cuarenta y ocho–.
- Cuando inicia el juicio oral, se instala con la presencia de los ahora procesados. Se tiene el registro que en la cuadragésima octava sesión, llevada a cabo el diecinueve de enero de dos mil once, **Juan Manuel Revilla Palomino** da cuenta que no concurrió al juicio durante las seis sesiones previas, por cuanto estuvo privado de libertad por mandatos de detención impuestos en otros procesos –exp. 44-2010 emitido por el juez del Segundo Juzgado Penal–. Como consecuencia de su comparecencia voluntaria al proceso es que el nueve de marzo de dos mil once, los integrantes de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de Lima, emitieron la Resolución en la que por mayoría se dispuso levantar –dejar sin efecto– **la contumacia** decretada contra **Revilla Palomino**

y otros –obrante en los folios treinta mil setecientos cinco a treinta mil setecientos seis del tomo cincuenta y ocho–.

- En la Nonagésima cuarta sesión, llevada a cabo el diecinueve de marzo de dos mil doce, nuevamente fue declarado contumaz –obrante en los folios treinta y uno mil ochocientos cincuenta y nueve a treinta y un mil ochocientos sesenta y dos del tomo sesenta–.

2.5. Efectuada la revisión del libro de ingresos y egresos del INPE, correspondiente al distrito judicial de Lima se tiene que Javier Manuel Revilla Palomino al tiempo de emitirse el mandato de detención domiciliaria –diez de diciembre de dos mil tres– estaba sometido a mandato de detención, por disposición de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima; y recién el primero de octubre de dos mil cuatro –esto es, luego de nueve meses y veintidós días– recobró su libertad, por orden de la Sala Penal Especial “B”, oportunidad en la que desapareció la circunstancia que hacía imposible el cumplimiento del mandato de detención domiciliaria, y, en la que el ahora sentenciado tuvo que someterse a dicha medida.

2.6. Conforme a los datos expuestos, y en aplicación del principio de razonabilidad en la ejecución de las medidas de coerción procesal penal, se deben computar de manera paralela las múltiples medidas que se impongan a una persona. Tanto más si la detención efectiva permite al estado garantizar un encausamiento sin peligro procesal de fuga u obstaculización.

2.7. En el presente caso surge un concurso de ejecución entre el mandato de prisión y el de detención domiciliaria. Claro está que la ejecución del primero, impide físicamente el cumplimiento del segundo; sin embargo, si no existe una declaración expresa de

suspensión en el cumplimiento de la detención domiciliaria –en tanto esté detenido el procesado–, estas deberán computarse de manera paralela y como efectiva a favor del encausado, dado que el incumplimiento es ajeno a su voluntad.

2.8. Superado ello, corresponde evaluar la regla de equivalencia entre un día de detención domiciliaria a efectos del cómputo de pena privativa de libertad sobre la base de los siguientes fundamentos:

- El artículo cuarenta y siete del Código Penal señala: *“El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención”*. La última parte de este precepto no hace diferencias entre el tipo de detención, en ellas se incluyen la preliminar, la preventiva y la domiciliaria –esta última no está excluida–. Por tanto, la razón ahí expuesta –un día de privación de libertad por un día de detención–, en aplicación del inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, también es aplicable para los casos de detención domiciliaria.
- Aunado a ello, como fundamento complementario, el inciso uno del artículo trescientos noventa y nueve del Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, al regular la estructura de las sentencias de condena, establece que: *“La sentencia condenatoria fijará, con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan y, en su caso, la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. Si se impone pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el*

país”. Como se aprecia, dicha regla concede un tratamiento equiparable a los tipos de detención a los que se somete a una persona durante el trámite de su casusa.

- La legislación nacional no tiene una regulación expresa sobre la razón de equivalencia entre la detención domiciliaria y el cómputo del plazo de prisión. Así también lo han afirmado los miembros del Tribunal Constitucional en su sentencia emitida el diez de marzo de dos mil ocho –Exp. N.º 6201-2007-PHC/TC-Lima–, en cuyo fundamento octavo refieren:

8. Entonces, teniendo en cuenta a) que la detención domiciliaria es una medida cautelar que le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva; b) que su dictado supone una restricción de la libertad individual; y, e) que el artículo 47.0 del Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del quantum condenatorio, además de la detención preventiva, la pena multa o limitativa de derechos; resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena.

2.9. Por ello, al amparo de las normas antes descritas, y atendiendo que el procesado al tiempo de la ejecución del mandato de detención domiciliaria estaba privado de su libertad en un establecimiento penitenciario, es que en ambos casos se produjo el cumplimiento efectivo de las finalidades de las medidas de coerción; cualidad que determina la fijación de la reducción equivalente de un día de detención domiciliaria, por un día de detención.

2.10. En consecuencia, se debe efectuar la reducción del plazo de detención. El vencimiento de la pena, calculado en la sentencia impugnada, estaba prevista para el dos de noviembre de dos mil veinte; sin embargo, con la reducción de los nueve meses y

veintiún días como consecuencia del mandato de detención domiciliaria computado a su favor, vencerá el diez de enero de dos mil veinte.

2.11. Finalmente, el cuestionamiento a la aplicación del sistema de tercios incorporado por la ley treinta mil setenta y seis no es amparado, dado que dicho mecanismo fija reglas que reducen la discrecionalidad del juzgador, condición que hace mas beneficiosa y favorable al imputado.

DECISIÓN

Por ello, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, **DE CONFORMIDAD EN PARTE CON LA OPINIÓN EXPRESADA POR EL SEÑOR REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, ACORDARON:**

- I. DECLARAR NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada expedida el trece de julio de dos mil dieciocho por los señores jueces superiores integrantes de la Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima que condenó a Revilla Palomino como autor del delito contra la administración pública-colusión en agravio del Estado; y en consecuencia le impusieron seis años de privación de la libertad efectiva, la inhabilitación por el término de un año y ocho meses conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como la reparación civil respectiva a favor del Estado.
- II. HABER NULIDAD** únicamente en el extremo referido al cálculo del plazo de ejecución de la pena privativa, la cual fue computada inicialmente desde el tres de noviembre de dos mil catorce al dos de noviembre de dos mil veinte; y reformándola, será computada desde el tres de noviembre de dos mil catorce al diez de enero de dos mil veinte.

III. DISPONER que se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber. Intervinieron los señores jueces supremos Castañeda Espinoza y Pachecho Huancas por licencia de los señores jueces supremos Chávez Mella y Príncipe Trujillo respectivamente.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

IASV/WHCh

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 06-2019/CJ-116

BASE LEGAL: Artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ASUNTO: Problemas Concursales en los Delitos de Trata de Personas y delitos de Explotación Sexual.

Lima, diez de septiembre de dos mil diecinueve

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanentes, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante LOPJ– y la aprobación de Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas.

∞ La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana, para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos

jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias, respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: **A.** Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. **B.** Diferencias hermenéuticas en los delitos de organización criminal y banda criminal, así como técnicas especiales de investigación en estos delitos. **C.** Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. **D.** Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. **E.** Prisión Preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. **F.** Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. **G.** Viáticos y peculado. **H.** Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Han presentado, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación a los problemas concursales entre los delitos de trata de personas y explotación sexual, las siguientes personas:

1. Yvan Montoya Vivanco – Organización Internacional del Trabajo
2. David Rosales Artica – Universidad Nacional Mayor de San Marcos
3. José Antonio Caro John – Universidad del Pacífico

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019. Hicieron uso de la palabra, en cuanto a los problemas concursales entre los delitos de trata de personas y explotación sexual: **A.** Yvan Montoya Vivanco y **B.** José Antonio Caro John.

6.º La tercera etapa consistió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116º de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Han sido ponentes los señores jueces supremos ELVIA BARRIOS ALVARADO y ALDO FIGUEROA NAVARRO.

PODER JUDICIAL

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

8.º Mediante la Ley 30251, de 21 de octubre del 2014, se modificó el artículo 153 del Código Penal, en el que se tipifica el delito de trata de personas, con fines de explotación sexual y laboral, entre otros. El tipo penal quedó redactado de la siguiente manera:

“Artículo 153. Trata de personas

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.

5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor”.

9.º A su vez, mediante la Ley 30963, de 18 de junio del presente año, se modificaron e incorporaron diversos tipos penales relacionados con los delitos de explotación sexual, en sus diversas modalidades. En este sentido, se han modificado los siguientes tipos penales:

a) Explotación sexual (artículo 153-B).

b) Favorecimiento de la prostitución (artículo 179).

c) Client del adolescente (artículo 179-A).

d) Ruhanismo (artículo 180).

e) Proxenetismo (artículo 181).

f) Promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescente, artículo 181-

- g) Publicación en medios de comunicación sobre delitos de libertad con niñas, niños y adolescentes (artículo 182-A).
- h) Exhibiciones y publicaciones obscenas (artículo 183).
- i) Pornografía infantil (artículo 183-A).
- j) Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales (artículo 183-B).

10.º Por otro lado, de acuerdo con el artículo 2 de la citada ley, se han tipificado las siguientes conductas delictivas:

- a) Promoción o favorecimiento de la explotación sexual (artículo 153-D).
- b) Cliente de la explotación sexual (artículo 153-E).
- c) Beneficio por explotación sexual (artículo 153-F).
- d) Gestión de la explotación sexual (artículo 153-G).
- e) Explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 153-H).
- f) Beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 153-I).
- g) Gestión de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes (artículo 153-J).

11.º Asimismo, en la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley 30963 se adiciona el numeral 21 al artículo 3 de la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado, para aplicar sus alcances a los delitos previstos en los artículos 153-B, 153-D, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 179, 180, 181 y 181-A del Código Penal.

12.º Ahora bien, las modificaciones (diez) e incorporaciones de nuevos tipos penales (siete), en materia de explotación sexual en sus diversas modalidades, y la incorporación dentro de los alcances de la Ley contra el Crimen Organizado tienen relevancia, para los efectos del presente Acuerdo Plenario, en los siguientes aspectos:

- a) En siete delitos de explotación sexual se incorpora como circunstancia agravante el que el delito se derive de una situación de trata de personas o el agente actúe como integrante de una banda u organización criminal (artículos 153-B, 153-D, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y 181-A).
- b) En cinco delitos de explotación sexual se incorpora exclusivamente como circunstancia agravante -y no su derivación de la trata de personas- cuando el agente cometa el delito como integrante de una banda u organización criminal (artículos 153-F, 179, 180, 181, 183-A).
- c) En cinco delitos de explotación sexual no se prevén circunstancias agravantes relacionadas con la trata de personas o la banda u organización criminal (artículos 153-E, 179- y 182-A, 183, 183-B).

13.º Considerando que, con relación al mismo sujeto pasivo, el delito de trata de personas puede relacionarse teleológicamente con los delitos de explotación sexual¹, en cualquiera de sus modalidades, es necesario establecer criterios para resolver los siguientes aspectos problemáticos:

- a) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o de leyes, entre un delito de trata de personas y un delito de explotación sexual –en cualquiera de las modalidades–, cometido como producto de una trata de personas y/o en el contexto del funcionamiento de una banda u organización criminal?
- b) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o de leyes, entre un delito de trata de personas y un delito de explotación sexual –en cualquiera de las modalidades–, cometido únicamente en el contexto del funcionamiento de una banda u organización criminal?
- c) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o de leyes, entre un delito de trata de personas y un delito de explotación sexual –en cualquiera de las modalidades–, en el que se prevén circunstancias agravantes como el prevalimiento o abuso de situación de vulnerabilidad?
- d) ¿Cómo podrían resolverse, a nivel del juicio de tipicidad, las relaciones concursales de delitos o leyes, entre la promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de la trata de personas y un delito de explotación sexual, en cualquiera de las modalidades?

§ 2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA TRATA DE PERSONAS

14.º El delito de trata de personas fue recién incorporado en la legislación nacional, con la entrada en vigor del Código Penal de 1991. En el Código Penal de 1924 solo se consideró como delito contra la libertad individual, el sometimiento a servidumbre de “indígenas u otras personas de condición parecida”². Al margen de la concepción discriminatoria y etnocéntrica, subyacente en el tipo penal abrogado, el alcance de la protección era limitado por tres razones: a) solo se castigaba la servidumbre o situación equivalente o análoga; b) no se sancionaba los actos previos a la explotación de la víctima; c) Las penas eran benignas. En la versión originaria del Código vigente, la trata de personas para fines de prostitución fue considerada como un delito contra la

¹ Se estima que la explotación sexual, en nuestro país, es la principal forma de explotación asociada a la trata de persona. En el periodo 2009-2016 se ha llegado a determinar que el 41% de los casos corresponde a esta modalidad de explotación; el 18% a explotación laboral; el 3% a mendicidad y venta de niños y adolescentes. En 38% de los casos no se ha establecido el tipo de explotación (Defensoría del Pueblo: *Trata de Personas con fines de Explotación Sexual en Agravio de Mujeres Adultas*; Informe N° 041-2017- Lima 2017; p. 16).

² “...cuo 225. El que abusando de la ignorancia y de la debilidad m... l e cierta clase de indígenas o d otras personas de condición parecida, los sometiera a situación equivalent... o an loga a la servidumbre, será re rimido con pe itenciaria o con prisión.no mayor de un a o multa de la r nta de reinta a noventa días y, en to o caso inhabili ción es cı confó e a los incisos 1 , ° y 3° del artículo 27°, po no s de cinco años”.

libertad, pero como una modalidad del “proxenetismo”³. Mediante la Ley 282 del 2004, se adicionó a esta finalidad, otras formas de explotación sexual⁴. Recién en el año 2007, se reubicó sistemáticamente el delito de trata de personas, en el artículo 153, como delito contra la libertad⁵. Sin embargo, la estructura típica asumida difería sustancialmente de la definición de trata asumida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000 – en adelante Protocolo de Palermo-⁶. En efecto, el tipo penal establecía como conductas típicas el promover, favorecer, financiar o facilitar la trata de personas, en las diversas fases determinadas en el Protocolo de Palermo, cuando en realidad el contenido del injusto de la trata, tal como había sido aceptado convencionalmente, radica en las conductas progresivas desarrolladas por el sujeto activo para desarraigar o mantener a la víctima para fines de explotación en sus diversas modalidades⁷. Mediante la Ley 30251 se reestructura el tipo penal asumiendo en lo sustancial los criterios establecidos en el Protocolo de Palermo, en el ámbito del consentimiento de personas adultas, la irrelevancia del consentimiento, en el caso de menores de edad, y las modalidades de la trata de personas.

§ 3. TRATA DE PERSONAS: RASGOS TÍPICOS ESENCIALES

15.º La trata de personas es un delito común. Puede ser cometido por cualquier persona que realice alguna de las conductas típicas del artículo 153⁸. Del mismo

³ “Artículo 182. El que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior”.

⁴ “Artículo 182. El que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

La pena será no menor de diez ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior.”

⁵ De esta manera pasó a sustituir el tipo penal de retención de menores, previsto en la versión originaria del Código Penal, modificado años más tarde.

⁶ Por Resolución Legislativa 27257, ratificada mediante el Decreto Supremo 088-2001-RE, el Perú es Estado Parte de dicho Protocolo y, por ende, está obligado por su contenido a lo establecido en el mismo. En el artículo 3 del Protocolo se señala lo siguiente: “Para los fines del presente Protocolo: a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. ”

⁷ El Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 tuvo como objeto de análisis precisamente la versión típica de la Ley N° 28251 y la evaluación de las relaciones concursales se circunscribió a los delitos de favorecimiento a la prostitución y proxenetismo.

⁸ De acuerdo a un estudio realizado por Godoy, Sadwick y Baca (2016) los tipos de tratantes, en general puede clasificarse en militares de grupos rebeldes; miembros de pandillas u organizaciones criminales; “Romeos” o secuestradores; “gerentes” o empresarios disfrazados; los “gorilas” o secuestradores de niños o adolescentes; familiares (padres, tutores, curadores, etc.); explotadores individuales; propietarios o administradores de negocio en general (citado por Ministerio Público Oficina de Análisis Estratégico contra la Criminalidad: *La respuesta del Ministerio Público frente la trata de personas*. En: Informe de Análisis N° 01, Lima, Julio, 2018, p. 69.

modo, el sujeto pasivo o víctima⁹ es la persona que es lesionada en su condición de tal, como consecuencia del proceso por el cual es colocada o mantenida en situación de ser explotada, en diversas formas. Es un tipo alternativo, cuyas conductas típicas son las siguientes: a) captar, esto es, atraer a alguien o ganar su voluntad¹⁰; b) trasladar, es decir, disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro¹¹; c) transportar, que significa llevar directamente a la víctima de su área de actividades normales a otro lugar en donde va a ser explotada; d) recibir, que implica salir a encontrarse con la víctima trasladada para llevarla a su destino final; e) acoger, que supone brindar el ambiente físico en el que la víctima va a permanecer desarraigada; e) retener, que denota impedir u obstaculizar que la víctima salga de su situación de desarraigo y vulnerabilidad. Esta última fase no está prevista en el Protocolo de Palermo. Sin embargo, es fundamental e inherente a la finalidad de la trata de personas.

16.º Los actos –por lo general– previos están dirigidos a los fines de explotación¹². Una vez realizados y colocada la víctima en el contexto idóneo para ser explotada, el tratante o el beneficiario de la explotación a la víctima deben garantizar la permanencia y el dominio sobre la persona explotada. Por tanto, deben retenerla y someterla a su servicio¹³. Estas conductas pueden ser concebidas como fases o eslabones, para graficar mejor la tipología del delito –de allí que se le denomine delito proceso–. Dicha progresividad no puede llevar a los errores de: a) considerar la trata de personas como un delito secuencial, conformado por etapas rígidas que siempre deben configurarse de manera completa, y b) que con la configuración de la última etapa –la retención de la víctima– se produzca una cesura para continuar con las conductas de explotación. La trata de personas no es propiamente un delito de resultado cortado en el que el autor hace algo –la conducta de trata– para que produzca las consecuencias posteriores esperadas por el tratante, lesivas a la víctima tratada –la explotación–.

⁹ En nuestro país, en el período del 2014-2017, pudo establecerse que las víctimas tenían el siguiente perfil: 83% menores de edad; 70% mujeres; 67% con necesidad económica; 19% con problemas de entorno familiar; 28% con problemas de deserción escolar, atraso o carencia de estudios; 20% con problemas psicológicos o afectivos-drogas, precocidad sexual, recurrencia a discotecas, fiestas-; 16% con problemas psicológicos o afectivos; 9% fuga del hogar; 7% violencia familiar; 2.5% embarazo precoz; 1.3% discapacidad (Ministerio Público: *ibid.*; p. 87).

¹⁰ Las formas de captación son diversas: por medio de las redes sociales, amigos, familiares, ofertas de trabajo, estudio, residencia, matrimonio. El advenimiento de la sociedad de riesgo, con el surgimiento de las tecnologías de la información, determina que las redes sociales sean una fuente de captación relevante por medio de seducción, ofertas de trabajo, coacción o amenaza por imágenes inducidas y autogeneradas por la víctima -incluido el *sexting*-. En el Perú, son importantes como formas de captación las ofertas de trabajo, el convencimiento por familiares o amigos (MINISTERIO PÚBLICO: *ibid.*, p. 88).

¹¹ En nuestro país, la trata no siempre implica el traslado de la víctima de un lugar a otro. Significativo de lo que se afirma es la trata de personas es el caso de Iquitos en el que el 86 % de las víctimas no han sido desplazadas de su lugar de origen. Solo entre el 5% al 10% de las víctimas provendría del extranjero. Por el contrario, en el caso de Madre de Dios, 90 % de las víctimas no son de la zona (cfr. Ministerio Público: *ibid.*; p. 77).

¹² Si mediante el delito de promoción de la trata de personas, los actos de este delito serían posteriores.

¹³ La víctima engañada puede reparar en el engaño y tratar de huir, puede disminuirse su vulnerabilidad o crearse una nueva situación de vulnerabilidad. Para ello el tratante puede retener documentos de identidad; recurrir a las drogas o al alcohol; suprimir medicamentos indispensables a la víctima; aislarla; envenenarla; golpearla; mantener en rehen a un familiar, amenazarla; crearle deudas, etc.

17.º Los medios utilizables para la colocación o mantenimiento de la víctima trata son diversos: a) la violencia¹⁴, entendida como el uso de la fuerza física razonable para facilitar alguna de las fases de la trata; b) la amenaza¹⁵ considerada como el anuncio de un mal suficiente, de acuerdo con el grado de vulnerabilidad de la víctima, para vencer su voluntad. No se requiere que la amenaza tenga una especial entidad como se exige en el delito de violación. Basta que sea suficiente para quebrantar la voluntad de la víctima. Su determinación debe realizarse en función del perfil de la víctima, sobre todo la edad, grado de instrucción, situación económica, psicológica o social; c) por otras formas de coacción¹⁶ debe entenderse cualquier otra manera de torcer la voluntad de la víctima sin que necesariamente tenga la intensidad de la amenaza -una acreencia por ejemplo-; d) la privación de libertad¹⁷; vale decir, el limitar la capacidad de desplazamiento de la víctima, mediante el encierro o sujeción física; e) el fraude¹⁸; esto es, la maniobra o ardid destinado a crear o mantener una idea falsa en la víctima; f) el engaño o la falta a la verdad por parte del sujeto activo, a través de un dicho. Es la consecuencia normalmente de una maniobra fraudulenta; g) el abuso de poder¹⁹, considerado como el aprovechamiento de una posición superior para influir sobre la voluntad de la víctima; h) el abuso de una situación de vulnerabilidad²⁰ de la víctima, entendida como el aprovechamiento por parte del sujeto activo de cualquier condición en la que se encuentre la víctima y que la lleve a pensar que no tiene otra opción que el sometimiento al tratante. Este medio fue incorporado en el Protocolo de Palermo con la finalidad de abarcar situaciones en las que el sometimiento de la voluntad de la víctima o su mantenimiento, en aparentes condiciones de libertad, son más sutiles o poco

¹⁴ Normalmente utilizada tratándose de víctimas mayores de edad. Pero igualmente puede aplicarse con otros medios como la privación de libertad, o el abuso de poder.

¹⁵ De acuerdo al Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público, solo el 1.4% de los casos identificados de trata, en el periodo 2009-2014, ha sido producto de amenaza o coacción (citado en el Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021). <https://observatorio.mininter.gob.pe/sites/default/files/documento/archivos/Plan%20Nacional%20contra%20la%20Trata%20de%20Personas%202017-2021.pdf>

¹⁶ La coacción puede también concurrir con otros medios como el abuso de poder, en el que el tratante tenga un control o una posición de dominio sobre la víctima.

¹⁷ En este sentido, puede concurrir con el delito de secuestro (art. 152). Si se trata de un menor de edad, el contenido de injusto del secuestro absorbe al de trata y está conminado con cadena perpetua. Pero igualmente puede concurrir con el secuestro simple -con cualquier propósito- o determinadas modalidades agravadas -pluralidad de personas, estado de gestación de la víctima, etc.-, cuya gravedad igualmente absorbe al delito de trata y están conminados con penas más graves -mínimo 20 o 30 años respectivamente-.

¹⁸ En nuestro país, el fraude y engaño son la principal forma de captación para la trata. En el 48.9% de las víctimas de trata identificadas, en el periodo 2009-2014 fueron engañadas con el ofrecimiento de un puesto de trabajo. Otras formas de engaño como el ofrecimiento de apoyo económico (3.9%); convencimiento por parte de amistades (2.7%); padrinazgo (0.8%) o seducción (0.1) aparecen bastante alejados de la primera modalidad engañosa. Existe aún un significativo 32.2% de casos en el que aún se está en proceso de investigación (Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021; *ibid.*).

¹⁹ Debe ponerse atención en esta modalidad de trata en nuestro país, porque se da en los casos de relaciones de poder de familiares sobre víctimas en situación de vulnerabilidad, como las mujeres en condición de desigualdad estructural.

²⁰ Un análisis ponderado de este medio comisivo permite considerar que el delito de trata de personas es, como se señala en la doctrina, un delito de dominio o que evidencia una relación asimétrica entre víctima y victimario y que puede ser aplicado por razones de desigualdad estructural. Este enfoque es valioso en la valoración que hacen los jueces del caso concreto. No se trata de evaluar si hubo consentimiento de la víctima cuyo contenido es nulo o invisible, por la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba al momento del hecho. Cf. Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021: *ibid.*

perceptibles²¹. La funcionalidad de este medio radica en que evita la impunidad en casos en donde aparentemente existe consentimiento de la víctima mayor de edad. Las situaciones de vulnerabilidad son diversas y pueden concurrir en la víctima, como la edad -jóvenes o ancianos-, el estado físico, el grado de instrucción, la dependencia económica, psicológica o laboral, dependencia a las drogas; aislamiento social o geográfico, situación irregular en el país, etc.²²; i) la concesión o recepción de pagos²³ o de cualquier otro beneficio, para acceder a los requerimientos del sujeto activo. Estos medios pueden usarse en diversos momentos o de manera simultánea.

18.º Los medios para los actos de trata no requieren ser probados, tratándose de niños. De este modo se presume que toda pretensión probatoria del consentimiento del menor es absolutamente impertinente. Conforme a lo establecido tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴ como en el Protocolo de Palermo, debemos asumir que, para efecto de la adecuación típica de la conducta imputada, la irrelevancia probatoria del medio se extiende hasta los 18 años²⁵. En el caso de víctimas mayores de edad, la falta o irrelevancia del consentimiento de esta se determina a través de la probanza de la utilización de alguno de los medios que vician la voluntad. Al respecto, es necesario precisar que el párrafo 4 del artículo 153, que alude al consentimiento de la persona mayor de edad, debe ser entendida con relación a los actos de trata y no a los actos concretos -vinculados con la explotación-. Esta inferencia se sustenta en la estructura típica del delito de trata en donde los medios usados por el tratante están dirigidos a viciar la voluntad respecto de los actos de trata, independientemente de su concreción en actos de explotación.

19.º El bien jurídico protegido trasciende a la libertad personal. Con la trata de personas se afecta la dignidad de la persona colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad y degradación permanentes. El desarraigo y la consolidación de la situación de vulnerabilidad de la víctima afectan las cualidades fundamentales o inherentes a la persona; esto es, no se la respeta por su condición de tal; se la instrumenta como un objeto al servicio de otros; se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se la coloca en un plano de completa desigualdad. En resumen, el bien jurídico protegido comprende los atributos de la dignidad de la persona; esto es, respeto de su condición intrínseca de persona; inmanencia trascendente, autonomía moral e igualdad.

²¹ Como elemento del tipo es también objeto de prueba, pero debe evaluarse en el contexto en el que se produce conjuntamente con el comportamiento del agente. Para ello es útil una pericia psicológica a la víctima.

²² Cfr. Ministerio Público: *ibid.*; p. 86.

²³ Esta modalidad se da con frecuencia en la zona sur de nuestro país. Es la más clara expresión de la afectación de la dignidad de la persona, quien es tratada como un objeto de transacción.

²⁴ "Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, o que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

²⁵ En la versión final vigente se señala en el párrafo 3 que la irrelevancia del medio alcanza a los niños, niñas y adolescentes. Más precisa es el Protocolo de Palermo que señala que por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años (art. 3.d).

20.º La trata de personas es un delito doloso y de tendencia interna trascenden –delito de intención–, pues para su concreción a nivel del tipo subjetivo se exige tanto el conocimiento potencial de los elementos del tipo objetivo como un elemento subjetivo distinto al dolo: el fin de explotación en cualquier modalidad. Además de los fines ya previstos en el Protocolo de Palermo, como la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o cualquier forma análoga a ella, la servidumbre y la extracción de órganos, en la versión vigente se adiciona expresamente, como finalidad, los trabajos o servicios forzados²⁶, la venta de niños, niñas y adolescentes²⁷, la mendicidad²⁸ o el tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación²⁹.

21.º En la versión vigente del delito de trata de personas se modifica los verbos típicos del texto anterior que hacía referencia a la promoción, favorecimiento, financiación o facilitación como conductas típicas de la trata, en su modalidad básica; estructura que era ajena al Protocolo de Palermo. Estas conductas que podrían ser abordadas, mediante las formas genéricas de la participación, han sido consideradas como modalidades autónomas y, por ende, conminadas con las mismas penas previstas para el autor (artículo 153.5).

22.º De los alcances típicos reseñados pueden sacarse algunas conclusiones que tendrán incidencia en la resolución de los problemas concursales con los delitos de explotación en sus diversas modalidades: a) involucra a una variedad de víctimas, independientemente de su sexo, edad, nacionalidad u condición social; b) implica diversas conductas progresivas, que no necesariamente deben concurrir secuencialmente para la configuración de la trata; c) no se requiere que el traslado sea transfronterizo o regional, pues basta con comprobar el desarraigo de la víctima en sentido amplio que puede verificarse incluso en el mismo lugar de residencia; d) no debe confundirse con el tráfico de migrantes, cuya finalidad es trasladar con una finalidad lucrativa a las personas, pero distinta a la finalidad de explotación de la víctima, en el caso de la trata; e) no se requiere movimiento de la zona de actividades; f) no siempre está vinculado a una banda u organización criminal; sino a comportamientos aislados y circunstanciales –no estables–; g) si bien los actos de trata son normalmente previos a los actos de explotación³⁰, pueden coexistir independientemente con estos –el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla–; h) la gran mayoría de las víctimas de trata de personas en nuestro país son mujeres y menores de edad.

²⁶ Esta finalidad puede generar relaciones concursales con delitos de resultado y daño como la explotación laboral (art. 153-C) o los trabajos forzados (art. 168-B).

²⁷ Es una modalidad que se ha detectado en la zona sur de nuestro país.

²⁸ Esta modalidad puede concurrir igualmente con algún supuesto típico de exposición a peligro de las personas.

²⁹ Criterio político criminal correcto pues el Protocolo de Palermo solo establece un mínimo de finalidades que deben ser cubiertas por las legislaciones penales de los Estados signatarios. En una perspectiva de maximización en la protección de los derechos fundamentales es relevante que se incorporen fines que son además recurrentes en nuestro país como la mendicidad o la venta de niños.

³⁰ Una excepción a este orden es el delito de publicidad de actos que conlleven a la trata o la explotación de niñas, niños o adolescentes, previsto en el artículo 182-

§.4 *TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN SEXUAL AGRAVADA DERIVADA DE LA TRATA*

23.º Teniendo en cuenta las características esenciales del delito de trata de personas, explicadas precedentemente, es posible considerar su concurrencia con las diversas modalidades de explotación sexual. Para dilucidar las posibles salidas interpretativas es de partir de las siguientes premisas: a) que el juicio de tipicidad se haga respecto de la misma persona; b) que la víctima igualmente sea la misma; c) que sea necesario determinar si el objeto de imputación corresponde a la misma acción o no, en sentido normativo; y, d) que la acción u acciones se adecuen al tipo penal de trata de personas y/o a un supuesto de explotación sexual.

24.º En principio es posible considerar la posibilidad que el sujeto activo de alguna de las modalidades de trata pueda ulterior o simultáneamente realizar los delitos de explotación agravados porque el acto se deriva de una situación de trata de personas y/o el agente actúa como integrante de una organización criminal o banda criminal. Tratándose del mismo sujeto activo debe señalarse que la conducta de trata es independiente de las conductas de explotación. Si bien las modalidades típicas de trata de personas, desde la captación hasta la acogida, son normalmente previas a la concreción de la finalidad –la explotación de la víctima–, el contenido de injusto es distinto al de la explotación misma. Desde una perspectiva normativa no puede equipararse este supuesto, por ejemplo, con el de las lesiones de necesidad mortal que es absorbida por el resultado muerte de la víctima. Los actos de explotación, en sus diversas modalidades se independizan de las modalidades de trata, no solo por el momento diverso en que se produce, sino por el contenido de injusto determinable en función de la vulneración del bien jurídico –dignidad de la persona–, distinto del de la modalidad de explotación.

25.º No se trata de un concurso medial pues este se configura cuando el delito precedente –trata de personas– es un medio necesario para la comisión de otro –delito de explotación en cualquiera de sus modalidades–. Como hemos visto y como puede deducirse de la redacción de los tipos penales de explotación sexual, no siempre estos delitos se derivan ineluctablemente de un delito de trata de personas. Una persona puede haberse iniciado en la actividad de la prostitución voluntariamente y posteriormente ser explotada, mediante violencia, amenaza u otro medio. En el caso que el sujeto activo de la explotación sexual retuviese a la víctima mediante cualquiera de los medios calificados para la trata –violencia o amenaza, uso de drogas o alcohol, aislamiento– para explotarla sexualmente, su conducta de retención no es absorbida por la conducta de la explotación sexual. El uso de los medios para evitar que la víctima se vaya es diferente al uso de los medios para explotarla.

PODER JUDICIAL

26.º Así las cosas, se configuraría un supuesto de concurso real heterogén entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. En este sentido, es posible el concurso real entre el supuesto del delito de trata de personas y los delitos de explotación sexual en sus diversas modalidades. Para efecto de la determinación de la pena, ha de regularse bajo los parámetros del artículo 50 del Código Penal; esto es, sumar las penas que corresponden a las acciones independientes, considerando como criterio de medición el extremo de la pena para el delito más grave hasta el doble, sin exceder el límite de 35 años de privación de libertad.

27.º Ahora bien, pueden presentarse, entre otros, los siguientes supuestos concursales: a) si la víctima es mayor de edad, el concurso entre trata de personas simple y explotación sexual –por ejemplo, artículo 153 B–, el marco punitivo se determina por la pena conminada más grave –quince años prevista para ambos delitos–, a la que se le suma hasta quince años más; b) si la víctima de trata tenía entre catorce y dieciocho años de edad, el marco punitivo básico se determina en función de la pena de veinte años –pena más grave prevista para la trata– a la que se adiciona hasta quince años, por el delito de explotación; c) si la víctima de trata tenía menos de catorce años de edad, a la fecha de comisión del delito, y es explotada dentro de este rango etario, se fija en función de la pena más grave, hasta treinta y cinco años –por ejemplo, en el delito de favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A.10, cuya pena conminada es treinta y cinco años–.

28.º Ahora bien, en siete delitos de explotación sexual se incorpora como circunstancia agravante el que el delito se derive de una situación de trata de personas. Son los casos de los delitos previstos en los artículos 153-B, 153-D, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y 181-A. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada de la trata de persona, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –la trata de personas–.

§ 5. *TRATA DE PERSONA Y EXPLOTACIÓN SEXUAL AGRAVADA POR EL CONTEXTO DE BANDA U ORGANIZACIÓN CRIMINAL*

29.º Una de las principales modificaciones que trajo consigo la reciente reforma legislativa, en materia de delitos de explotación sexual, fue la incorporación de la circunstancia agravante de la comisión del delito concreto de explotación sexual, como integrante de una banda u organización criminal. Se prevé esta agravante en los delitos previstos en los artículos 153-B, 153-D, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 180, 181, 181-A y 183-A. Si bien los delitos de trata en nuestro p se realizan en la mayoría de los casos, fuera del contexto de una

PODER JUDICIAL

organización criminal³¹, se observa una tendencia en el sentido que su comisión pueda requerir por lo menos la participación de una banda criminal³². La trata ocasional o no sistemática se da normalmente en el contexto de la captación por familiares o amigos de la víctima para el servicio doméstico u otros servicios.

30.º En estos casos, estamos en general en los mismos supuestos de concurso real heterogéneo entre el delito de trata de persona y los delitos de explotación sexual. El matiz diferenciador con relación al caso anterior es que la organización criminal o banda, de la que el tratante y luego explotador es miembro, realiza ambas conductas bajo la cobertura y en nombre de la banda u organización criminal. Sin embargo, en los doce supuestos típicos de explotación, en los que se prevé la circunstancia agravante de la condición de integrante de una organización criminal o banda, deben diferenciarse los siguientes supuestos: a) si el sujeto activo cometió el delito de trata individualmente, pero realiza la conducta de explotación sexual –por ejemplo rufianismo, artículo 180–, como integrante de una organización criminal, se fija como marco punitivo, la pena más grave; esto es quince, veinte y veinticinco años según se trate de niño, adolescente o adulto, respectivamente, a la que se adiciona la pena para el delito de rufianismo agravado, hasta treinta y cinco años como máximo; b) si el agente cometió el delito de trata y el de explotación sexual –por ejemplo, pornografía infantil, artículo 183-A–, como integrante de una banda u organización criminal, se fija la pena más grave de veinte o veinticinco años –correspondiente al delito de trata de personas adolescentes o niños respectivamente–, a la que se adiciona la pena del delito de pornografía infantil simple hasta diez años –pena conminada para este delito–; c) en estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual, derivada de la condición de integrante de la organización criminal o banda criminal, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –comisión como integrante de una organización o banda–.

§ 6. TRATA DE PERSONA Y EXPLOTACIÓN SEXUAL CON AGRAVANTES SIMILARES A LOS MEDIOS DE TRATA

31.º Es factible que el delito de explotación sexual, cometido claro está por el mismo individuo del delito de trata pueda realizarlo aprovechando una situación de vulnerabilidad, como la discapacidad, enfermedad grave u otra situación de vulnerabilidad –como es el caso del delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual, artículo 183-D–. Si no concurriese otra circunstancia agravante deberá calcularse la pena en función de la pena más grave, que en este supuesto es la misma para el delito de trata simple de mayores de edad y el delito

³¹ Al respecto se señala que en el Perú prevalece el fenómeno de la trata de personas menor o de tipo familiar, aun cuando se subestimase la expansión de la criminalidad organizada, tanto las jerarquizadas como las fluidas y flexibles -grupos nucleares y redes criminales- (Ministerio Público: *ibid.* p. 81).

³² Se dice que “En el Perú y en el ámbito internacional se ha encontrado que predominan –frente a las organizaciones- pequeños grupos de personas vagamente organizadas, como por ejemplo los proxenetes que trabajan juntos de manera regular, sin jerarquía o división del trabajo o que se involucran incidentalmente en la trata de mujeres ...” (Ministerio Público: *ibid.* p. 1).

de explotación básica: quince años. A esta pena se adiciona hasta quince años. En el caso de la trata de adolescentes, se fija la pena de veinte años –correspondiente a la pena trata de personas– a la que se adiciona hasta treinta y cinco años. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas –con abuso de la situación de vulnerabilidad– y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada del abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima explotada, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto –presencia de la situación de vulnerabilidad–. Debe procederse bajo el mismo parámetro valorativo en los casos en los que se agrava la conducta de explotación por el abuso de una condición de superioridad, control o poder sobre la víctima y en el que este ha sido el medio para la comisión de la trata de persona mayor de edad.

§ 7. **PROMOTORES, FAVORECEDORES, FINANCISTAS O FACILITADORES DE LA TRATA Y DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL**

32.º Es probable que se presenten casos en los que los promotores, favorecedores, financistas o facilitadores de la trata de personas puedan tener igual o similar condición de los delitos de explotación sexual, en cualquiera de sus modalidades –por ejemplo, promoción o favorecimiento de la explotación sexual de niños, artículo 181-A, o promoción de la pornografía infantil con la víctima tratada, artículo 183-A–. El criterio de base debe ser el mismo, en el sentido que si bien estas conductas de favorecimiento, promoción, financiación o facilitación son similares en ambos delitos, no corresponden al mismo suceso fáctico, entendido desde una perspectiva normativa. Por tanto, la determinación de la relación concursal no podría ser abordada como si los actos promotores, facilitadores, favorecedores o de financiación de la trata de personas fuesen delitos de resultado cortado o como si fuesen de carácter medial. En el primer caso, la conducta de promoción de la trata no tiene como consecuencia esperada la conducta de promoción de la pornografía infantil de la víctima tratada. En el segundo caso, se descarta el concurso medial pues no estamos ante una sola conducta –la promoción de la trata– que conduzca necesariamente a la promoción de la explotación sexual. Ergo, las conductas de trata en sus diversas modalidades constituyen por lo general acciones –delitos– independientes de los actos de explotación sexual si se concretan en la realidad, por lo que la determinación de la pena debe resolverse conforme a las reglas del concurso real de delitos.

III. DECISIÓN

33.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial e la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ:

ACORDARON

34.º ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 22 al 28, 28, y 30 al 32 del presente Acuerdo Plenario.

35.º PRECISAR que los principios jurisprudenciales expuestos, que contiene la doctrina legal antes mencionada, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

36.º DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de una Acuerdo Plenario se incorporarán nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

37.º PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.
HÁGASE saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

^



...