“UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO”

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS TITULADA:

CAUSAS DE ÍNDOLE JURÍDICO Y SOCIAL, QUE PROVOCAN QUE LOS JUECES PENALES SE DESVINCULEN DE LA ACUSACIÓN FISCAL, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA, DURANTE LOS AÑOS 2014 Y 2015.

LILI MARIBEL FERNÁNDEZ CHUQUILIN
JAIME VÁSQUEZ RAMÍREZ

Asesor: Dr: Alex Miguel Hernández Torres

Cajamarca – Perú
Enero del 2016.

“UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO”

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS TITULADA:

CAUSAS DE ÍNDOLE JURÍDICO Y SOCIAL, QUE PROVOCAN QUE LOS JUECES PENALES SE DESVINCULEN DE LA ACUSACIÓN FISCAL, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA, DURANTE LOS AÑOS 2014 Y 2015

“Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para el Grado Académico de Magíster en Derecho Penal y Criminología”

LILI MARIBEL FERNÁNDEZ CHUQUILIN
JAIME VÁSQUEZ RAMÍREZ

Asesor: Dr: Alex Miguel Hernández Torres

Cajamarca – Perú
Enero del 2016.

COPYRIGHT © 2016 by

LILI MARIBEL FERNÁNDEZ CHUQUILIN

JAIME VÁSQUEZ RAMÍREZ

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

ESCUELA DE POSGRADO

APROBACIÓN DE MAESTRÍA

CAUSAS DE ÍNDOLE JURÍDICO Y SOCIAL, QUE PROVOCAN QUE LOS JUECES PENALES SE DESVINCULEN DE LA ACUSACIÓN FISCAL, EN EL DISTRITO JUDICIAL DE CAJAMARCA, DURANTE LOS AÑOS 2014 Y 2015.

Presidente :

Secretario :

Vocal :

Asesor :

A:

Nuestros hijos que desde que llegaron a nuestras vidas se han convertido en el pilar que las sostiene y el motor que las mantiene en el camino.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por permitirnos culminar una meta más en nuestras vidas profesionales y de ese modo seguir creciendo para bienestar de nuestra familia y a nuestros padres por su apoyo incondicional en el desarrollo de la presente investigación.

RESUMEN

La presente investigación tiene como pregunta central la siguiente: ¿Cuáles son las causas de índole jurídico-social, provocan que los jueces penales, se desvinculen de la acusación fiscal, en el Distrito Judicial de Cajamarca, durante los años 2014 y 2015?, en ese sentido el objetivo principal es determinar dicha causas jurídico-sociales. Según lo ya referido, la hipótesis central de nuestra investigación es la siguiente: Las causas de índole jurídico-social que provocan que los jueces penales se desvinculen de la acusación fiscal, en el Distrito Judicial de Cajamarca, durante los años 2014 y 2015 son: existencia de una errónea calificación jurídica de los hechos penales (tipicidad errónea), y, la presión mediática de la prensa y la sociedad. Siendo que dichas causas están referidas tanto a cuestiones de puro derecho como a condicionamientos externos. Es así que, para contrastar dicha hipótesis se han utilizado técnicas cualitativas de investigación documental (Rojas, 2011, p. 279), debido a que para conseguir contrastar la hipótesis se han investigado actas y sentencias de procesos penales, las técnicas utilizadas han sido: Revisión documental, el fichaje, observación de caso (Ferrer, 2015, p. 307); para aplicar dichas técnicas se han elaborado fichas, cuadros, grabaciones y listas.

Palabras claves: Acusación Fiscal, Desvinculación, tipicidad, determinación de la pena.

ABSTRACT

This research is the following central question: What are the causes of legal-social, cause criminal judges, dissociate from the prosecution, in the Judicial District of Cajamarca, during the years 2014 and 2015 ?, in meaning that the main objective is to determine that legal and social causes. As already mentioned, the central hypothesis of our research is: The causes of legal and social issues that cause criminal judges dissociate from the prosecution, in the Judicial District of Cajamarca, during the years 2014 and 2015 are: existence of an erroneous legal characterization of the criminal acts (wrong criminality), and media pressure from the press and society. Since these causes are referred to both purely legal questions as to external conditions. Thus, to test this hypothesis have been used qualitative techniques of documentary research (Rojas Crotte, 2011, p. 279), because for the hypothesis have been investigated criminal acts and statements of processes, techniques used were : Document Review, the signing, observing case (Ferrer, 2015, sp.); to apply these techniques have been developed chips, pictures, recordings and lists.

Key words: indictment, Untying, criminality, sentencing.

INTRODUCCIÓN

Como se ha señalado en el resumen de la investigación, la tesis surge a partir de la necesidad de conocer las causas jurídicas o sociales que justifican la desvinculación de los Jueces Unipersonales o del Colegiado de los términos de la acusación fiscal; en virtud de ello ha surgido la idea de investigación, debido a que es importante conocer si dicha desvinculación obedece a motivos justificables, basados en la aplicación tanto de los principios del proceso penal como de las reglas instituidas por el modelo acusatorio, de manera que no se deje al mero arbitrio judicial la determinación de la corrección o no de la acusación fiscal, sino, que éste sea el aval para asegurar su eficacia.

En ese sentido, la presente investigación busca realizar una descripción de dicha realidad problemática, a través de la utilización de métodos y técnicas propias de la investigación cualitativa, al respecto, el estudio a llevarse a cabo será tanto teórico como empírico, puesto que se ha diseñado una investigación básica para comprender los dogmas del derecho procesal penal que se encuentran inmersos en la problemática descrita y, al mismo tiempo se ha ideado una investigación aplicada para conocer cómo es que dichos dogmas son empleados en el contexto del proceso penal.

La determinación de las causas que motivan la desvinculación solucionará tanto problemas dogmáticos como prácticos, puesto que de determinarse que las causas para la desvinculación del Juez de Juzgamiento respecto de una acusación fiscal corresponden a causas extra jurídicas que, incluso, contradicen la finalidad del

proceso penal, tendrían que recomendarse medidas normativas que impidan que el uso del libre albedrío judicial termine afectando el debido proceso, el derecho de defensa y los demás principios en los que se basa el derecho penal y el procesal penal, por otro lado, se posibilitará la correcta administración de justicia en los casos concretos, la protección de los derechos fundamentales y procedimentales de las partes intervinientes en el mismo.

No existen iniciativas ni legislativas ni doctrinarias que busquen dar solución al problema planteado en el presente trabajo, es por ello que este primer documento será descriptivo de la problemática y de las causas que la generan, constituyendo el primer paso para alcanzar su solución.

En ello radica la necesidad de estudiar la figura procesal presentada, pues el conocimiento de las causas que la generan en la práctica judicial, nos posibilitará asegurar el cumplimiento de los fines del proceso penal, el respeto de los principios y los derechos que lo conforman.

En ese sentido, para cumplir con los objetivos trazados, se ha recolectado la información pertinente de los archivos del pull de especialistas del módulo penal de la sede del distrito judicial de Cajamarca, dicha información ha sido analizada mediante la utilización de los instrumentos, técnicas y métodos señalados en el marco metodológico del presente documento y, finalmente se ha alcanzado una discusión basada en los datos teóricos y los resultados empíricos obtenidos.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO ..... **VI**

RESUMEN ..... **VII**

ABSTRACT ..... **VIII**

INTRODUCCIÓN ..... **IX**

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA **16**

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA **20**

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN **20**

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN **23**

1.4.1. General *23*
1.4.2. Específicos. *23*

1.5. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN **23**

1.6. TABLA 01: OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES **24**

V1: Errónea calificación de los hechos penales o tipicidad errónea. *24*
V2: Presión mediática de la prensa y sectores de la sociedad. *24*

CAPITULO II **25**

MARCO TEÓRICO **25**

2.1. ANTECEDENTES **26**

2.2. BASES TEÓRICAS **27**

2.2.1. POSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DESDE UNA ÓPTICA IUSNATURALISTA *29*
2.2.2. PASO DEL IUSNATURALISMO AL IUSPOSITIVISMO *33*
2.2.3. APLICABILIDAD DE LA PERSPECTIVA IUSPOSITIVISTA *AL DERECHO PENAL* *39*
2.2.4. EL CONSTITUCIONALISMO COMO DESAFÍO AL POSITIVISMO JURÍDICO *41*
2.2.5. ACUSACIÓN FISCAL *47*
2.2.5.1. Concepto *49*
2.2.5.2. Elementos *50*
2.2.5.3. Características *52*
2.2.5.4. Requisitos *54*
2.2.6. LA SENTENCIA PENAL *56*
2.2.6.1. Etimología y Concepto *56*
2.2.6.2. Naturaleza jurídica *57*
2.2.6.3. Sentencia y acción penal *60*
2.2.6.4. Clasificación *60*
2.2.6.5. Objeto, fin y contenido de la sentencia *62*
2.2.6.6. Forma y formalidades *63*
2.2.7. DEL JUICIO ORAL *66*
2.2.7.1. Preliminar *66*
2.2.7.2. Principios del Juicio Oral *67*
a. Oralidad *69*
b. Publicidad *69*
c. Inmediación *70*
d. Contradicción *70*

e. Principio de Continuidad *71*
2.2.7.3. Características principales del Juicio Oral *71*
2.2.8. ACUSACIÓN FISCAL Y CONGRUENCIA CON LA SENTENCIA PENAL *74*

2.3. PROBLEMÁTICA DE LA DESVINCULACIÓN **76**

2.3.1. PRELIMINAR *76*
2.3.1.1. Inmutable *78*
2.3.1.2. Indivisible *78*
2.3.1.3. Indisponibilidad *79*
2.3.2. SUPUESTOS EN QUE OPERA *79*
2.3.2.1. ¿Cuándo se plantea la tesis de la desvinculación procesal? *79*
2.3.2.2. El supuesto desarrollado Por Acuerdo Plenario *83*
2.3.3. ETAPA EN LA QUE OPERA *85*
2.3.4. FALTA DE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA PRETENSIÓN O INSUFICIENCIA DE LOS MISMOS *86*

2.4. OPERATIVIDAD DE LA DESVINCULACIÓN **88**

2.4.1. CUESTIONES GENERALES *88*
2.4.2. FUNDAMENTOS Y FINALIDAD *90*

2.5. DESVINCULACIÓN Y DEBIDO PROCESO **94**

2.6. DEFINICÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS **94**

CAPÍTULO III **97**

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO **97**

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN **98**

3.2. NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN **99**

3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN **99**

3.4. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA **99**

3.5. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN **100**

3.6. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN **103**

3.7. INSTRUMENTOS **105**

3.8. ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN **105**

3.9. DESCRIPCIÓN DE PROCEDIMIENTOS PARA LA OBTENER DE LA INFORMACIÓN **106**

3.10. MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN **107**

3.11. LIMITACIONES EN LA OBTENCIÓN DE LOS DATOS **108**

CAPITULO IV **109**

RESULTADOS Y DISCUSIÓN **109**

4.1. RECOLECCIÒN, PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS **109**

4.1.1. ENUMERACIÓN DE LOS PROCESOS SELECCIONADOS PARA EL ESTUDIO *110*
4.1.2. ELABORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PARA OBTENER LA INFORMACIÓN *112*

4.2. RECOJO DE DATOS **113**

4.2.1. Indicadores para la obtención de datos *113*

4.3. PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS POR CASO TIPO 115

4.3.1. EXPEDIENTE Nº 00367-2014-0-0601-JR-PE-01, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 00367-2014-1-0601-JR-PE-01 115
4.3.2. EXPEDIENTE Nº 01001-2012-0-0601-JR-PE-01, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 01001-2012-5-0601-JR-PE-01 120
4.3.3. EXPEDIENTE Nº 00092-2014-0-0601-JR-PE-03, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 00092-2014-11-0601-JR-PE-03 125
4.3.4. EXPEDIENTE Nº 00636-2015-0-0601-JR-PE-02, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 00636-2015-1-0601-JR-PE-02 130
4.3.5. EXPEDIENTE Nº 01026-2014-0-0601-JR-PE-03, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 01026-2014-1-0601-JR-PE-03 135

4.4. DISCUSIÓN 140

4.4.1. DISCUSIÓN EMPÍRICA 140
4.4.2. DISCUSIÓN TEÓRICA 142

CAPÍTULO V 148

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 148

5.1. CONCLUSIONES 149

5.2. RECOMENDACIONES 150

LISTA DE REFERENCIAS 151

CAPITULO I

PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción de la realidad problemática

La concepción del derecho ha ido variando con cada corriente que ha planteado una propuesta de su naturaleza; ello ha influido materialmente en su desarrollo y desenvolvimiento de conformidad con la época, las costumbres, las creencias y los aportes doctrinarios con posturas iusnaturalistas, positivistas y, actualmente, constitucionalistas.

Ha sido en la centuria pasada con las formulaciones de Hans Kelsen en la Constitución Austriaca de 1920 (Pons, 2009, p. 217) y con los postulados de H.L. Hart (Hart, 1968, p. 148) que se han desarrollado las posturas positivistas que han dotado de orden y han propiciado el acercamiento al carácter científico del fenómeno llamado "Derecho"; sin embargo, dichas posturas han terminado por afectar la concepción del derecho mismo, restringiéndolo a la consideración de que se trata de un mero conjunto de normas positivizadas dictadas por un órgano con legitimidad para ello.

Dicha afirmación no acusa a los defensores del positivismo de haber restringido el derecho al mero conjunto de normas positivizadas, sino a los propios ejecutores que llevaron a cabo una interpretación restrictiva de los postulados del positivismo; mal que se pretende expulsar de la idea de los juristas de hoy, en pro de la verdadera consecución de la paz social en justicia.

El Derecho penal no escapa a esta idea y, por tanto, debe ser manejado en virtud del respeto de derechos constitucionales aunque esto implique la suavización de ciertas formalidades; sin embargo es menester asegurarnos de que dicha flexibilización no lleve al juzgador hacia el otro extremo y lo convierta en un poder absolutista como el de la monarquía medieval.

Uno de los grandes problemas que se han venido suscitando estos últimos años en la Administración de Justicia en el ámbito Penal, en la ciudad de Cajamarca, es la falta de congruencia que existe entre la Acusación Fiscal, emitida por el Representante del Ministerio Público, y la Sentencia Penal, emitidas por los Juzgados Unipersonales y Colegiado, ya que existe un gran porcentaje de sentencias en las cuales el Juez Penal se desvincula de la acusación fiscal (Inventario Judicial del Poder Judicial, 2015, que ha sido observado y analizado del Sistema Integral Judicial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca).

Para todas las personas ligadas al actuar diario en la Administración de Justicia, resulta problemático el tener que lidiar con los fallos pronunciados por los Juzgados Unipersonales y Colegiados, los cuales no respetan el Principio Acusatorio, por el cual se dividen las funciones de los órganos participantes en un Proceso Penal, esto es, Juez (Unipersonal y Colegiado), Fiscal y abogado defensor, donde el Juez Penal, es el encargado exclusivamente de Juzgar y Sentenciar a los involucrados en un Proceso Penal.

El Ministerio Público es el organismo encargado de ejercer la facultad investigadora y acusadora, por efecto del *ius puniendi* del Estado; y la defensa del imputado, es esgrimida por el abogado litigante.

Bajo este supuesto, el Fiscal es quién determina la calidad y los cargos que se imputan a una determinada persona, por lo que, es el Juez de la causa penal quien debe emitir Sentencia de conformidad con los cargos que plantea el Fiscal.

Ahora, en la experiencia como operadores jurídicos los tesistas han caído en la cuenta de que los órganos encargados de la Administración de Justicia se han olvidado de la división de funciones o roles; por cuanto, el Juez o los Jueces al momento de emitir su Sentencia, terminan desvinculándose del tipo penal que desde un inicio se imputaron al procesado, es decir, no tienen en cuenta la Formalización de la Investigación Preparatoria menos la Acusación del Fiscal.

Este es el problema central de la investigación, debido a que es imperativo que todos los organismos gubernamentales, en sentido lato, incluido el poder judicial se encuentren sometidos a un *check and balances* y no irrumpan en la actividad de los Fiscales, salvo, claro está, en los casos en los que se estén vulnerando principios fundamentales del derecho penal y en cumplimiento de requisitos de procedibilidad taxativamente establecidos.

Además, debe tenerse presente que la facultad revisora del juez se agota en la etapa intermedia del proceso penal y que la misma se constituye un filtro estricto para pasar a juicio oral, pues se lleva a cabo el control formal y sustancial de la acusación penal en la que se debe de proceder a identificar y cambiar la tipicidad en caso de la existencia de una falta de imputación necesaria.

Hoy en día, en el distrito Judicial de Cajamarca, los señores Jueces de Juzgamiento no respetan los criterios rectores de la división de funciones o roles y se irrogan facultades incluso persecutoras del delito, que desde el punto de vista legal y doctrinario, no es admisible.

Uno de los grandes problemas que se han venido suscitando estos últimos años en la Administración de Justicia en el ámbito Penal, es la falta de congruencia que existe entre la Acusación Penal, emitida por el Representante del Ministerio Público, y las Sentencias emitidas por los Juzgados Unipersonal y Colegiado.

Dentro de este contexto enunciado, lo que la presente investigación busca, es establecer cuáles son las causas que llevan a que los Jueces Penales se desvinculen de la Acusación Fiscal, si se trata de causas de índole jurídico, social, u otras y si estas justifican el quebrantamiento de los pesos y contrapesos que le otorgan autonomía a un organismo autónomo constitucionalmente reconocido, como es el Ministerio Público.

La investigación pretende abordar el tema desde un punto de vista práctico, que nos permita visualizar qué factores llevan a los Jueces Penales, a desvincularse de la Acusación Fiscal, ¿acaso podemos encontrarnos frente a un problema que radique en la inadecuada aplicación de la teoría jurídica del delito en los operadores del derecho?, ¿frente a una mala interpretación de los roles de los jueces y fiscales en el nuevo sistema procesal penal? o ¿frente a una mala praxis, por una presión mediática de los medios de comunicación social y/o las partes involucradas en el proceso penal?.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuáles son las causas de índole jurídica o social, que provocan que los jueces penales, se desvinculen de la acusación fiscal, en el Distrito Judicial de Cajamarca, durante los años 2014 y 2015?

1.3. Justificación de la Investigación

La presente investigación encuentra su justificación en las teorías eclécticas respecto de la finalidad del proceso, específicamente en la doctrina propuesta por el maestro Carnelutti (1944, p. 255), quien sostiene "[…] que el proceso se hace y se desenvuelve para la justa composición del litigio y su finalidad es la paz con justicia […]".

Evidentemente dicha doctrina desarrollada en el contexto del derecho civil, encuentra su asidero en la totalidad de procesos derivados de éste e inclusive en aquellos que están referidos a otras áreas del derecho.

Adecuando lo dicho al tema específico, estableceremos las siguientes justificaciones del presente trabajo:

1.3.1. Justificación Teórica

Con esta investigación se trata de producir conocimiento, respecto de un tema práctico, como es la correspondencia o congruencia entre la Acusación Fiscal y la Sentencia penal; asistidos del conocimiento vertido sobre los principios del proceso penal, la Acusación y la Sentencia penal. Trataremos de fortalecer la teoría del sistema Acusatorio, donde el Juez y el Fiscal mantienen funciones específicas y diferenciadas.

Se pretende realizar un trabajo que sirva de base para futuras investigación, así como proporcionar ideas, recomendaciones, e hipótesis.

1.3.2. Justificación Metodológica

Con esta investigación se puede ayudar a crear un nuevo instrumento para recolectar o analizar datos, respecto de cómo los Jueces Penales vienen aplicando el derecho. Del mismo modo va sugerir como estudiar más adecuadamente el

problema práctico, y crear métodos aplicables para poder hacer más predecible la Administración de Justicia en el distrito judicial de Cajamarca.

1.3.3. Justificación práctica

La presente investigación sobre la desvinculación entre la Acusación Fiscal y la Sentencia Penal emitidas por los Juzgados Penales en el distrito judicial de Cajamarca, tiene como fundamentación, que la Administración de Justicia sea más predecible, y que los sujetos del proceso penal, sepan desde la Formalización de la Investigación Preparatoria, los cargos sobre los que se pretenden investigar, y por los cuales éstos deben de plantear su defensa, y por cuales serán sentenciados.

La trascendencia de este trabajo de investigación, para la sociedad en su conjunto será positiva.

En conclusión, esta investigación ayudará a resolver un problema práctico de la Administración de Justicia en la ciudad de Cajamarca, entendiendo que los fallos de los Juzgados Penales son trascendentales en la Administración de Justicia; máxime, si en sus manos tienen bienes jurídicos de sumo primer grado, la vida, la libertad, la salud, etc.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. General

Determinar las causas de índole jurídica o social que provocan a los jueces penales desvincularse de la acusación fiscal en el distrito judicial de Cajamarca, durante los años 2014 y 2015.

1.4.2. Específicos

E1: Determinar si las causas de la Desvinculación de la Acusación Fiscal, por parte de los Jueces Unipersonales o Colegiados, son únicamente de índole jurídico.

E2: Determinar si las causas de la Desvinculación de la Acusación Fiscal, por parte de los Jueces Unipersonales o Colegiados, son únicamente de índole social.

1.5. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Las causas que justifican que los jueces de juzgamiento se desvinculen de la acusación fiscal en el Distrito Judicial de Cajamarca durante los años 2014 y 2015 son: 1) de índole jurídico la existencia de una errónea calificación jurídica de los hechos penales (tipicidad errónea) y, de índole social, la presión mediática de la prensa y sectores de la sociedad.

1.6. TABLA 01: Operacionalización de las Variables

V1: Errónea calificación de los hechos penales o tipicidad errónea.

V2: Presión mediática de la prensa y sectores de la sociedad.

Variables	Definición Conceptual	Dimensión	Indicador	Instrumento
Errónea calificación de los hechos penales o tipicidad errónea	Actuación deficiente u equívoca del Fiscal en la calificación de los hechos y la tipificación del delito.	Subsunción de los hechos en los tipos penales.	Confirmación de que en la acusación existe errónea calificación de los hechos penales o tipicidad errónea.	Ficha de resumen. Ficha de observación.
Presión mediática de la prensa y sectores de la sociedad.	Intervención de los grupos de actores sociales o grupos de presión social en las decisiones judiciales.	Interés de los grupos de presión. Influencia de los grupos de presión.	Tipos de actores sociales con interés en los aspectos jurisdiccionales. Nivel de influencia de dichos atores judiciales como grupos de presión social.	Ficha de resumen. Ficha de observación.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

La investigación que se pretende desarrollar no tiene un antecedente en el Perú, menos a nivel local, existiendo una tesis a nivel internacional (España), que tiene mucho que ver con el tema de la Desvinculación entre la Acusación Fiscal y la Sentencia Penal, la misma que es identificada como: "Universidad de La Laguna", título: Congruencia entre Acusación y Sentencia Penal, Autor: González Navarro, Alicia, Director: Tomás López-Fragoso Álvarez, Departamento de Derecho Internacional y Procesal, donde trata el problema planteado en la presente tesis desde una óptica mucho más amplia, desde una visión netamente teórica, que trae consigo como conclusiones: que el objeto del proceso es precisamente el de establecer cuáles son los términos a que el órgano jurisdiccional va a quedar vinculado y de los cuales no podrá apartarse ni siquiera a través de la vía del planteamiento de la tesis prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (desvinculación procesal penal en el Perú). Y que el objeto del proceso penal está constituido por los hechos y las personas que hayan sido acusadas de los mismos, básicamente.

Como mencionamos en el párrafo anterior, esta investigación no presenta antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, lo cual afirmamos después de haber revisado las diversas bases de datos de las Universidades privadas y nacionales, tales como la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Mayor de San Marcos, la Universidad San Martín de Porres, la Universidad Inca

Garcilaso de la Vega, la Universidad Alas Peruanas, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Privada del Norte, la Universidad Nacional de Cajamarca, a través de sus portales virtuales y, en el caso de las Universidades Nacional de Cajamarca y San Pedro de nuestra ciudad en sus respectivas bibliotecas; así como, en la biblioteca de Derecho y Post Grado de nuestra Universidad.

2.2. BASES TEÓRICAS

Como puede inferirse del texto constitucional, el Perú busca la aplicación armónica de las normas de carácter penal a través de un procedimiento constitucionalmente legítimo, esto es, con el respeto irrestricto de los derechos y principios constitucionales que dotan de legitimidad al *ius puniendi* estatal.

Sin embargo, hemos de indicar también que esta práctica no siempre fue la misma, es más, en la mayoría de los casos esta teoría no alcanza a convertirse en práctica, puesto que se encuentra muy enraizado en nuestra comprensión del derecho el paradigma positivista.

Es, por ello, imperativo para cualquier operador jurídico conocer la evolución que han sufrido los paradigmas jurídicos según la sociedad en la que se desarrollaron para poder iniciar con la comprensión del actual paradigma y proceder con su correcta ejecución.

Con esto se hace referencia al respeto y protección de los derechos fundamentales por encima de disquisiciones o disposiciones del Derecho positivo ambivalentes o sin fundamento constitucional, así como la sujeción de todo el ordenamiento jurídico de manera jerárquica hacia la Constitución.

Por ello, la primera parte de la tesis tiene como finalidad elaborar una reseña de las discusiones acerca de la naturaleza del Derecho que marcaron los paradigmas que se adecuaban a cada época, cuáles fueron las causas de su adopción y abandono, hasta llegar a las causas de la adopción del último paradigma y la conveniencia de su comprensión y aplicación.

Tengamos en cuenta que la deficiencia en la comprensión de los paradigmas significa el origen de la deficiencia en la concepción que se tenga de las figuras jurídicas, como es el caso de la desvinculación de la acusación penal regulada en el artículo 374, inciso1 del Código Procesal Penal, que puede variar entre la concepción de una posibilidad para abusar del derecho mediante el uso formalista del mismo o, como una figura que debe ser interpretada de conformidad con principios.

A manera de acercamiento a esta crítica podemos adelantar que la protección de los derechos fundamentales acorde con una interpretación sistemática de la Constitución y de los normas internacionales conexas no admite ámbitos o zonas de indefensión, es decir, al igual como la hace la Constitución con la disposición tercera de su texto en el reconocimiento de

otros derechos, la protección de los derechos fundamentales en los distintos ámbitos del derecho no puede atenerse a un método literal, simplicista y acomodado.

2.2.1. POSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL DESDE UNA ÓPTICA *IUSNATURALISTA*

Las tesis iusnaturalistas se instituyen como el pilar de nuestra investigación, en el extremo aún vigente de sus afirmaciones, explicado en los párrafos anteriores, y que no ha podido ser destruido por lo planteamientos positivistas que tanto retraso significaron para la ciencia jurídica y que, para los efectos de nuestra posición, significan la causa del problema de la aplicación del artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.

En la actualidad se puede afirmar que el *iusnaturalismo* vigente es una doctrina que pretende establecer principios ideales de justicia como parámetros permanentes, fuente de inspiración y guía del derecho positivo y de la interpretación jurídica (García, 1980, p. 40).

Claro está, como lo afirma Molina (2009, p.73), los problemas típicos del derecho no son resueltos por el debate entre el iusnaturalismo y el positivismo, es más, el legado de estas dos corrientes no es la determinación de la naturaleza del Derecho, sino la formulación de una estructura sistémica que permitió sustentar sustantivamente la práctica jurídica.

Es también claro que la finalidad debió ser siempre la búsqueda de la justicia, pero esto no resultó siendo posible en ninguno de los dos casos y de ello no son responsables las estructuras mismas sino el comportamiento de los seres humanos, quienes en última cuenta somos sus ejecutores.

Esto debe ser tenido en cuenta tanto por Fiscales como jueces en el contexto de la aplicación del referido artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal, pues esta no puede estar referida a la mera aplicación formal de normas legales, sino simplemente debe tratarse de la primacía de los principios constitucionales por encima de las normas legales, de otro modo podría propiciarse el abuso del derecho.

a. Sustrato afín con el tema específico

La importancia de la doctrina moderna del derecho natural para efectos de nuestra investigación, es su postulado acerca de la existencia de valores supremos que son el resultado de la propia naturaleza humana, pues a pesar de sus diversas posiciones acerca de la naturaleza del derecho, todos coinciden en la aseveración de que es la naturaleza del ser humano la que origina las máximas que han de ser seguidas por los juristas (Sánchez, 1975. P. 633).

A diferencia de lo que ellos mismos señalan, actualmente se tiene conocimiento de que dichos valores o principios no deben ser

interpretados hermenéuticamente sino teleológicamente, es más, haciendo uso de la dogmática y de la historia, realidad que debe ser asimilada por nuestros magistrados.

Claro está, teniendo siempre presente la unidad del derecho y consecuentemente guardando conciencia de que las subdivisiones del mismo tienen fines prácticos y didácticos, mas no diferenciadores; más aún si nos referimos a la relación de subordinación que existe de todas las ramas del derecho hacia el derecho constitucional (Castillo, 2012, p. 164).

Podemos afirmar, entonces, que éste postulado *iusnaturalista* es conocido por los hombres del derecho de nuestra realidad, todos somos conscientes de la existencia de principios y valores supremos que se fundan en la naturaleza misma del ser humano, pero a pesar de ello, la práctica jurídica no registra gran número de casos con los que se constate el esfuerzo por dotarles de eficacia.

Dichos principios pueden estar contenidos o no en el documento constitucional, pero resulta importante que además de tener conocimiento de su existencia también podamos adquirir, como estudiantes y en general como operarios del Derecho (juez, legislador, doctrinario, etc.), el compromiso de posibilitar su vigencia y eficacia para cuestiones prácticas como el derecho de no ser detenido por más de 24 horas, de no ser objeto de torturas o tratos humillantes en el

contexto de una investigación preliminar o preparatoria, de guardar silencio, etc.

La clave está en comprender el contenido sustancial de dichos principios independientemente de su contenido formal; es decir, de nada sirve regular en un cuerpo legislativo que la detención para delitos comunes tiene como periodo máximo 24 horas, si en la realidad se terminará limitando la libertad del imputado por mayor tiempo bajo otra denominación que no sea la detención; pues la finalidad de establecer este periodo no es para el cumplimiento de las formalidades y, ni siquiera para el aseguramiento de la prueba, sino para evitar lesionar por más tiempo la libertad de una persona que es considerada inocente hasta antes de la emisión de un sentencia condenatoria.

Como éste, existen muchos otros ejemplos que se configuran en la práctica como la actitud inquisitiva del fiscal cuando realiza las investigaciones sin presunción de inocencia y termina elaborando una acusación infundada, el maltrato físico y psicológico en la policía a fin de obtener declaraciones inculpatorias, las detenciones arbitrarias, entre otros; que conforman serias lesiones a los derechos fundamentales de los imputados y que son el resultado de una falta de comprensión del legado iusnaturalista.

Uno de esos ejemplos es la aplicación del artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal que, está conforme con los principios en los

casos en los que se favorecen las garantías procesales, dentro de las cuales está la correcta determinación de la pena o la debida tipificación del delito; mas no puede ser un pretexto para cometer injusticias o administrar arbitrariamente el derecho para favorecer a quien no le corresponde.

2.2.2. PASO DEL IUSNATURALISMO AL IUSPOSITIVISMO

Los procesalistas penales, magistrados y abogados en general, por lo menos los que se formaron el siglo pasado, anteponen la ley a la constitución, las formalidades a las finalidades, a pesar de contar con artículos expresos que indican lo contrario en el Nuevo Código Procesal Penal.

Por ello, a fin de comprender los postulados vigentes y los que no lo están más de la doctrina positivista, hemos creído conveniente analizar el pensamiento de uno de sus más grandes exponentes: (Adolphus. 1968. P. 212), quien ofreció una filosofía del Derecho alternativa a la de Kelsen, rechazando muchos de los dogmas o prejuicios que atenazan la obra de éste, tales como el irracionalismo ético, el esquematismo reduccionista en cuanto a la concepción de las normas jurídicas, y sobre todo, el voto de pureza.

También se proclama positivista, como Kelsen, y nunca renuncia a esta profesión de fe, se inspira en tradiciones propias y distintas pero sus

posturas marcadamente distintas, aunque sin habérselo propuesto, son el punto de partida para que años después su propio estudiante, Dworkin (1986), funde las bases de la corriente constitucionalista como producto de la discusión doctrinaria que mantendría con su maestro.

Dos son las corrientes de pensamiento que influyen y confluyen en la obra de Hart: la primera es la peculiar filosofía del Derecho positivista inglesa, conocida como Jurisprudencia analítica, que tiene su principal precursor en Hobbes (Leviatham, 1985. P. 344), su fundador en Bentham (Deontología o ciencia de la moral, 1836. P. 322) y su sistematizador más conocido en Austin (La filosofía del derecho positivo, 1885. P. 117), estos dos últimos filósofos jurídicos reconocidos de proclamada tendencia positivista y, el primero, un ideólogo cuya tendencia no podría ser catalogada como positivista puesto que sus aportes son anteriores al nacimiento de la misma, aunque que sí como un precursor.

Hart, constante admirador y estudioso de la obra de Bentham, concibe su propio pensamiento como una versión corregida y actualizada de aquella vieja escuela positivista, de la que se considera heredero y continuador.

Quizá sea por eso mismo, porque él concibe su misión filosófico-jurídica como una especie de puesta al día de la Jurisprudencia analítica, por lo que mantiene imperturbablemente su fidelidad a la causa positivista pese a que, como lo hemos señalado y sostendremos con mayor detalle en

adelante, la lógica interna de su propio pensamiento parece empujarle más allá del positivismo (Hart, 1980, p. 58).

La otra gran corriente de pensamiento en la que Hart participa directamente y de la que toma las herramientas conceptuales que le permiten reconstruir críticamente el positivismo jurídico inglés es, como bien se sabe, la filosofía analítica del lenguaje ordinario que tuvo una extraordinaria floración en Inglaterra, sobre todo durante las décadas centrales del pasado siglo XIX (Hart, 1983, p. 271).

Curiosamente, Hart se introdujo en los cenáculos de esta nueva filosofía durante la Segunda Guerra Mundial y después de ésta, trabajó durante algunos años como profesor de filosofía colaborando estrechamente con Langshaw, una de las figuras más influyentes en el pensamiento inglés de la post-guerra (Lacey, 2004, p. 35).

Muchos de los conceptos o ideas que Hart extrae de la filosofía analítica del lenguaje y con los que intenta corregir y actualizar el viejo positivismo jurídico inglés son, en el fondo, incompatibles con esta corriente iusfilosófica e introducen en ella una especie de bomba de relojería que explica su crisis posterior.

Así como las *Investigaciones filosóficas* que concordaba en buena medida con el positivismo radical del empirismo lógico, las aportaciones de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, que se mueven en la misma línea,

difícilmente podían apuntalar y no desmoronar una teoría del Derecho estrictamente positivista e incluso empirista, como la de Bentham y Austin (Orrego, 1997, p. 10).

En aras de la agilidad expositiva, imprescindible cuando se trata de realizar un balance general, destacaremos, como apoyo de la afirmación anterior, sólo tres conceptos, aunque conceptos claves, de la teoría del Derecho de Hart, que permiten apreciar tanto su trascendencia como sus tensiones y debilidades en cuanto teoría que pretende seguir siendo positivista.

El primero de estos conceptos tomados de la filosofía analítica del lenguaje es el de **la dimensión interna del Derecho,** que para mantenerse en la línea del positivismo, Hart la relaciona con la dimensión típicamente normativa.

Dicha dimensión supone, la distinción entre dos posibles actitudes o puntos de vista frente a las normas, que se reflejan en diferentes formas de hablar.

El punto de vista externo es el adoptado por quienes sólo captan las regularidades de comportamiento provocadas por las normas, es decir, por quienes sólo describen fenómenos empíricamente verificables. Y no se olvide que la teoría del Derecho de Bentham y Austin se construye exclusivamente a partir de este tipo de fenómenos. Fenómenos tales como

los de mandato, amenaza, probabilidad de sufrir un castigo, hábito de obediencia, etc.

Desde un punto de vista puramente externo, como éste, es imposible, reconoce Hart (1968, p. 78), comprender adecuadamente la realidad del Derecho.

El otro punto de vista es el interno, el punto de vista del partícipe en la vida del Derecho, el punto de vista de quien acepta o interioriza las normas como pautas de conducta recíprocamente exigibles entre los miembros del grupo social, y se apoya en ellas para expresar críticas hacia las conductas desviadas o para reclamar a cualquiera el comportamiento correcto.

La reflexión sobre las implicaciones del aspecto interno del Derecho permite a Hart aclarar conceptos o fenómenos jurídicos que el positivismo decimonónico inglés explicaba de manera insatisfactoria, como por ejemplo, la noción del deber jurídico, concebida como la probabilidad de sufrir los males o castigos previstos por las normas jurídicas en caso de incumplimiento.

Esta concepción confunde, según advierte agudamente Hart (1968, p. 84), lo que es tener una obligación con lo que es verse obligado (en el sentido de coaccionado).

Para Hart (1980, p. 93), sólo existe una verdadera obligación cuando está justificada la exigencia y hasta la imposición de una determinada conducta, y lo está porque el grupo social acepta una norma como modelo de comportamiento inter-subjetivamente exigible. Pero ¿qué implicaciones tiene tal aceptación? ¿Qué implicaciones tiene la dimensión interna del Derecho?

Muchos sostienen que implica, entre otras cosas, el reconocimiento de que existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral, porque la razón por la cual se acepta el orden jurídico como conjunto de pautas vinculantes no puede ser otra que el reconocimiento de su valor moral.

Relación que el propio positivismo se ha empeñado en negar y vetar, puesto que al ser la moral muy difusa y ser sus principios extraños a la coacción estatal no puede influir de ninguna manera en el círculo jurídico debido a que se correría el riesgo de que tal inestabilidad resulte afectándolo.

Es por ello que Hart, y cualquier otro positivista, rechazan la conclusión de que el derecho y la moral se encuentran íntimamente relacionados, es más, propugnan un divorcio entre estos dos ámbitos sociales, tesis central del positivismo jurídico.

2.2.3. APLICABILIDAD DE LA PERSPECTIVA *IUSPOSITIVISTA* AL DERECHO PENAL

El positivismo jurídico como tal llega a concretarse como una concepción iusfilosófica hegemónica con el advenimiento de los fenómenos históricos-políticos de las revoluciones liberales como con el afianzamiento del Estado moderno, en el cual las premisas fundamentales de su organización era la soberanía nacional, el principio de separación de poderes, un estado de Derecho, la codificación y el endiosamiento de la ley escrita sobre cualquier otra fuente del Derecho. En este contexto el Estado con su omnipotencia reclama para sí el monopolio de la producción jurídica.

La característica de la codificación en esta etapa, tiende el puente del iusnaturalismo racional al positivismo jurídico, así el código aparece como una ley omnicomprensiva, visto como la realización efectiva del Derecho Natural. En este sentido ¿cómo se podría seguir invocando el Derecho natural para criticar al Derecho positivo cuando aquel ya ha sido codificado o positivizado?

No obstante aquel desarrollo doctrinario sufrido del iusnaturalismo al Iuspositivismo, no involucra una total descoordinación, sino que el por el contrario, "lejos de suponer un corte absoluto, constituye él mismo un resultado de la "realización" o "cumplimiento" de la filosofía iusnaturalista" (Vega, 2006, P. 968-969).

Como hemos podido hacer notar un Derecho basado en reglas únicamente

nos puede ofrecer una visión sesgada del mismo, incompleta, pues el ser humano no solo se desenvuelve en el plano jurídico en cuanto al cumplimiento de las normas, pues para obedecerlas o no se guía por su prejuicios y concepciones de lo que según él es moral o inmoral, por ende un ser social, como el hombre, y la conducta del mismo que es lo que intenta regular el Derecho no puede aislarse de los demás campos de su existencia.

En la institución de la tutela de derechos, si partimos del positivismo tendríamos que dejar de lado principios fundamentales y por ende solo aplicar el mentado mecanismo a los derechos taxativamente enumerados en el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal mediante una interpretación semántica y no dogmática, lo que llevaría muchas de las veces a una aplicación injusta del derecho procesal penal.

Una visión positivista de la desvinculación de la acusación penal implica una posición diezmada en cuanto a la naturaleza del hombre mismo, pues su actuación en los diferentes ámbitos de su vida social no se limita al respeto de reglas escritas sino que su concepción de la realidad y de su sociedad va más allá, fundada en la concepción de principios, valores e intereses supremos inspiradores del ordenamiento jurídico en el que se desenvuelve. Esto está intrínsecamente relacionado con los derechos humanos, informadores de la totalidad sistémica del Derecho.

A lo que toda doctrina filosófica del derecho tiende es a la elevación de la

dignidad humana (base de la sociedad), empero en los esfuerzos por llegar afirmaciones acabadas y según su parecer perfeccionistas, se chocan con graves dilemas que lo único que logran es entramar la discusión en temas que desvían nuestra atención de lo realmente importante, la protección y encumbramiento de la persona humana como fin supremo de toda sociedad y Estado moderno (Vega, 2006, p. 970).

Por tanto, la finalidad de una institución jurídica como la tutela de derechos, no es procesal, sino fundamental, puesto que busca la protección de los derechos fundamentales del ciudadano en el contexto de una investigación delictiva y, según ello, no se restringe a los derechos contemplados taxativamente en el articulado, sino que está referido a todos los contenidos en el texto constitucional, principalmente a los del artículo 2° y la cláusula abierta.

En ese tenor, la eficacia de la tutela de derechos no se encuentra supeditada a cuestiones procedimentales sino a asuntos teleológicos, a fines supremos.

2.2.4. EL CONSTITUCIONALISMO COMO DESAFÍO AL POSITIVISMO JURÍDICO

Siguiendo con nuestro estudio además de la influencia del paradigma dworkiniano, otro factor que ha apuntalado la crisis del Derecho visto desde el positivismo jurídico es el ataque frontal de un sector doctrinal conformado por grandes juristas de nuestros tiempos como Alexy (1995),

Zagrebelsky (2011), Ferrajoli (1995), entre otros. Ahora se concibe que las asunciones básicas del positivismo quedan desfasadas frente a las exigencias y estructura del Estado constitucional y democrático imperante.

La idea contemporánea de Estado de Derecho surge en el siglo XIX relacionada fundamentalmente a consideraciones formales más que materiales, cuyos requisitos de identificación son la legalidad de la administración, la subordinación de ley solo a la ley, los derechos ciudadanos y la independencia judicial para aplicar la ley y solo ley (el endiosamiento de la ley en el Estado liberal).

Empero en un Estado así concebido y en efecto con miras a concretizarse hoy por hoy, la sujeción a las formas de la legalidad no basta pues ella puede alojar contenidos incluso contrarios y depredadores de derechos y principios fundamentales, como sucedió en la Alemania nazi.

A partir de la barbaries que la humanidad sufrió en las guerras mundiales y durante la segunda postguerra, surge una reacción civilizadora, superadora del Estado de Derecho en sentido formal a un Estado "de derechos" o lo que es lo mismo, un Estado de Derecho en sentido material, manifestación de esto hecho lo consignan las constituciones novas de los países europeos (como la francesa de 1946, italiana de 1947, la alemanda de 1949, y demás), propuestas jurídico-políticas más comprometidas con la protección de los derechos humanos y valores democráticos.

A esto nos referíamos al expresar que el principio de legalidad resulta poca o nula garantía para la libertad, el fundamento de los derechos fundamentales debe ser más sólido que el conferido por la ley estatal (Zagrebelsky, 1995, p. 65), sus bases sólidas e indisponibles deben situarse por encima de cualquier cuerpo normativo e incluso del principio democrático, pues como quedó demostrado en la historia, hasta las mayorías pueden ser violadoras de derechos y dignidad humanas, como aconteció con los alemanes que votaron por elevar al poder a los nazis. "[E]l Derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida, "natural" y no controvertido, del que nadie pudiera separarse" (Zagrebelsky, 1995, p. 68).

El punto de partida al que hacemos alusión pues no debía ser ya el Derecho natural (aunque tuvo sus cultivadores en aquel tiempo), sino que la cuestión debía ir por la constitucionalización de los derechos, con esto expresamos que ese espacio o ámbito fundamental (los Derechos Humanos) debería estar vedado y por lo tanto ser indisponible para el legislador y las mayorías políticas.

Esta proposición se aparta de las tradicionales propuestas del Estado de Derecho decimonómico y de las que caen bajo la luz de la influencia iusnaturalista. No obstante los dicho, puede sugerirse cierta semejanza entre la concepción de supremacía de la Constitución con el antiguo Derecho natural, tenido éste por indisponible a la discrecionalidad del legislador.

En este último sentido, el constitucionalismo moderno ha rescatado gran parte de los valores de justicia exaltados por las corrientes iusnaturalistas, así pues, "el constitucionalismo, en la medida en que afirma la exigencia de dotar de superioridad y hacer inmodificables las normas superiores, no hace sino retomar un motivo propio de la tradición iusnaturalista" (Matteucci, 1963, p. 1046).

Ahora bien, la crisis reconocida del positivismo jurídico está ciertamente ligada, con la decadencia de lo que encumbraban con fuente jurídica hegemónica, la ley. El centralismo monopólico que dentro del ordenamiento jurídico había apartado para sí la ley ahora se ve mermado por el traspaso de competencias legislativas tanto en orientación ascendente como descendente, esto la creación de instituciones supranacionales y la sustitución de leyes parlamentarias por disposiciones reglamentarias y administrativas. Aunque lo dicho en este párrafo constituye un punto en contra del centralismo de la ley, lo que verdaderamente cuestiona tal cualidad es la "omnipresencia de la Constitución" (Alexy, 1994, p. 160) que pretende, por un parte, condicionar la validez de la leyes a lo compatible que sean con ella, y por otra, a informar de manera directa toda la actividad estatal. Entonces ya no basta un sistema jerarquizado de normas, sino que aquel debe encuadrarse en el marco de los preceptos constitucionales que irradian de manera ubica todo el ordenamiento jurídico.

En tal punto, el constitucionalismo pone en tela de juicio aquella separación ideal entre Derecho y moral, importantísima tesis del positivismo jurídico. La reformulación del Derecho por medio de las constituciones contemporáneas constituye una moralización del Derecho, porque con ellas se han incorporado una cantidad notable de valores éticos y morales, como lo son la democracia, la soberanía popular, la igualdad y los demás derechos fundamentales, entre otros principios. Este alzamiento jusitficado de la ética en vida jurídica concuerda con las conjeturas de Dworkin, quien postulaba un jurista creyente de los valores que subyacen en su Constitución y a la vez comprometido con el respeto y protección de la misma (Dworkin, 1986, p. 79).

Como podemos observar, la tendencia es hacia el descarte de la distancia y la casualidad de la relación atribuida por el positivismo al Derecho y la moral. La veneración que en su momento se le dio a la ley ahora es tributada hacia la norma suprema reconocedora de principios, valores y derechos fundamentales, así entonces, "si la Constitución incorpora definitivamente valores éticos indiscutibles, ¿cómo regatearle nuestra obediencia?" (Prieto, 1997, p. 159), este cuestionamiento surge sobre todo frente a lo relacionado con nuestra investigación, cuando el artículo 71º el CPP prescribe que "los **derechos que la Constitución** y las leyes le conceden" (resaltado nuestro) son los que el mecanismo procesal-constitucional de la tutela de derechos protege, pues si el objeto de protección es amplio como amplio es el reconocimiento de derechos dentro de la Constitución (que incluso cuenta con una cláusula abierta, en

su artículo 3º, de posterior reconocimiento a futuros derechos), el fin protector de la figura bajo estudio no debe ser vedado injustificadamente (aunque razones de coyuntura, como la sobrecarga procesal entren al debate), sino que debe corresponderse con una visión de universalidad y supremacía de los derechos fundamentales, ya que ellos no solo vienen constituidos por los que la normas e incluso la Constitución recojan sino que su presencia y trascendencia está vinculada con la concepción actual de que su vigencia es anterior a la del mismo Estado.

Por los demás, el pensamiento constitucionalista se configura como el triunfo definitivo de los principios sobre las normas entendidas como simples reglas, ajenas a toda creencia moral. La mayoría de preceptos constitucionales apuntan hacia el modelo de principios, los cuales carecen ni supuesto de hecho ni consecuencia jurídica aplicable, por lo que piden una necesario proceso de ponderación, razonamiento y argumentación.

Esto por ejemplo sucede con el artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 17 de nuestra Carta Magna, que consagran el principio de igualdad ante la ley, libertad de religión y pensamiento, así como de libre participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural, respectivamente.

Con esta caracterización del constitucionalismo se debilita las propuestas positivistas de la interpretación subsuntiva y mecánica, y de discrecionalidad judicial. Respecto a lo primero los valores, principios y derechos fundamentales así como la omnipresencia de la Constitución nos

hacen preguntarnos si a un supuesto por más aparentemente factible que se muéstrela posibilidad de realizarle una subsunción mecánica le sería aplicable los principios constitucionales, y en cuyo caso que consecuencias acarrearía, para llegar a una respuesta acorde con el principio de búsqueda de la justicia, el operador jurídico deberá realizar operaciones que lo convenzan de la proporcionalidad, razonabilidad y argumentación que le caso merezca.

El tema de los principios en este aspecto, en definitiva contribuye a un debate mayor frente a los recordados "casos difíciles", proyectando más complicada su resolución.

Empero, por otra parte, en relación a la discreción del juez en caso de vacíos o lagunas legales, tal atribución se ve entredicha, pues el operador no puede justificar su actuar "innovador" (y a veces arbitrario) en lo incompleto del Derecho ya que los principios y valores constitucionales, debido a su fuerza directa de influencia, son en potencia aplicables a toda situación que en la realidad pueda darse, volviendo más fácil la resolución de los "casos difíciles".

2.2.5. ACUSACIÓN FISCAL

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, 2004, p. 58).

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.

2.2.5.1. Concepto

La necesidad de que el Fiscal formule acusación, requisito indispensable para la apertura de Juicio Oral, radica en el Principio Acusatorio; es así que Sendra (2003. p. 837), insiste al respecto que "para la apertura del Juicio Oral es necesario, en el proceso contemporáneo, que la pretensión penal sea planteada y mantenida por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional. Mediante la interposición de la Pretensión penal por las partes acusadoras se da cumplida respuesta a la referida exigencia.

Puede definirse a la Acusación Fiscal siguiendo a Gómez, (1985, p.557) "(…) como el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal, consiste en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido (…)".

Uno de los momentos importantes en el proceso penal y culminante del Principio Acusatorio tienen lugar cuando la autoridad estatal encargada de la persecución penal formula el escrito de la Acusación, luego de un análisis debido de los elementos probatorios, recabados durante la Etapa de Investigación que lleva el Representante del Ministerio Público a sustentar una imputación penal; siendo que a través del escrito de Acusación el imputado (ahora acusado) conocerá los cargos concretos

existentes en su contra, los elementos probatorios que la sustentan la pena solicitada, así como, la Reparación Civil que puede estar obligado.

2.2.5.2. Elementos

Según Sendra (2003, p.557-558), son cinco las notas esenciales de la Acusación Fiscal:

a) Es un acto de postulación que asiste al Ministerio Publico. Esta precedida por la formulación de la denuncia y luego por los actos de improducción de los hechos al indicado procedimiento.

b) Su contenido esencial consiste en la deducción de la pretensión penal (como objetivo principal) y de la pretensión civil (como objetivo accesorio), pero necesario al sustentarse en la producción de un daño como consecuencia de la comisión de un delito.

c) La formulación de la Acusación integra el objeto procesal penal. Esta noción consiste en una petición de pena basada en un título de condena y fundamentada en la presunta comisión de un delito. Sus elementos son de carácter Subjetivo y Objetivo, respecto al elemento subjetivo, es de precisar que la acusación requiere que el acusado esté debidamente individualizado y que previamente haya sido comprendido como inculpado en el Auto de Apertura de Instrucción, con lo que se evita acusaciones sorpresivas. Por otro lado, desde un punto de vista Objetivo, cabe puntualizar que: 1) El

órgano jurisdiccional no está vinculado al monto de la pena pedida por el Fiscal, puede imponer la pena dentro del límite legal del tipo penal correspondiente; 2) El Juez, en cambio, sí está vinculado al título de condena, aunque no de manera absoluta, pues puede modificar la calificación jurídica-penal, del hecho siempre que no incorpore nuevos hechos y exista identidad de bien jurídico o interés jurídico vulnerado entre el delito objeto de acusación y el delito objeto de condena; y, 3) Finalmente, el órgano jurisdiccional debe respetar los hechos objetos de acusación (la fundamentación fáctica de la pretensión punitiva es esencial), pues en aras del respecto al derecho de defensa y al principio acusatorio no puede extender su conocimiento a nuevos u otros hechos que no han sido objeto de calificación y de prueba.

d) El escrito de Acusación Fiscal importa una calificación provisional; pudiendo el Fiscal luego del acto de Juicio Oral formular acusación ampliatoria, previa autorización judicial, si considera que el hecho delictivo es más grave que aquel que fue objeto de Acusación, pedir aumento o disminución de la pena o reparación de la pena o reparación civil solicitada en la Acusación escrita.

e) La Acusación Fiscal tiene como función determinar el tema de la prueba. Sobre los hechos afirmados en la Acusación versara la actividad probatoria en el juicio oral. Será pertinente aquello que verse sobre los hechos afirmados por la acusación o por la defensa, en tanto existe relación con lo fijado en el auto de apertura de

instrucción. Por otro lado, la Corte Suprema ha establecido que la acusación fiscal procede cuando hay presunción grave de responsabilidad o elementos suficientes de culpabilidad, pero no cuando existan simples sospechas o se haya actuado prueba de descargo que demuestre la inexistencia de los hechos delictuosos.

2.2.5.3. Características

Según el Doctrinario San Martín (2000, p. 478-479), la Acusación Fiscal debe tener las siguientes características:

a. Delimita el objeto del juzgamiento, en cuanto precisa el delito y la persona de su autor, por lo que el juicio oral debe desarrollarse dentro de esos límites.

b. Determina los límites de la sentencia, en cuanto al órgano jurisdiccional no podrá condenar a quien no fue objeto de acusación ni al que lo fuera por delito diferente.

c. Determina que el Juez Unipersonal o Colegiado, no puede agravar la al considerar la existencia de una circunstancia agravante no contenida en la acusación.

d. Determina el camino que ha seguir la defensa, la que debe centrarse solo en lo que es materia de acusación.

e. La acusación se relaciona directamente con el auto de apertura de instrucción, lo que significa que el Fiscal solo puede formular acusación sobre el delito calificado como tal en el auto de apertura o en su ampliatoria.

f. Permite que el Juez o Sala Penal dicte sentencia condenatoria pronunciándose sobre el grado de ejecución del delito no expuesta en la acusación o de las circunstancias atenuantes no alegadas por las partes.

g. El Fiscal se convierte en parte propiamente dicha una vez que formula acusación.

h. La acusación fiscal consta por escrito y en copias suficientes para las partes del proceso, por lo que se remitirá a la Sala con el expediente las copias suficientes para su distribución.

i. En los casos de acumulación de procesos por existir conexión y encontrándose las causa con acusación escrita es necesario proceder a la acusación acumulativa. En estos casos el Fiscal debe emitir su dictamen acumulativo respecto de las dos o más acusaciones ya dictadas a fin de guardar la formalidad y estimar que la autoridad fiscal ha de asumir el rol acusatorio en el juicio oral.

2.2.5.4. Requisitos

El artículo 349° del Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 957, publicado el 29 de julio de 2004 y el art. 92°, tercer párrafo de la Ley Orgánica del Ministerio Público, fija un conjunto de requisitos formales que debe contener la acusación fiscal, siendo éstos:

1. La Acusación Fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

    a. Los datos que sirvan para identificar al imputado.

    b. La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.

    c. Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio.

    d. La participación que se atribuye al imputado.

    e. La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran.

    f. El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite.

g. El monto de la Reparación Civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y,

h. Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la Audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.

2. La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación Prepatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

3. En la Acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.

4. El Fiscal indicará en la Acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.

2.2.6. LA SENTENCIA PENAL

2.2.6.1. Etimología y Concepto

La palabra Sentencia, proviene del latín *isententia*, significa dictamen o parecer; por eso, generalmente, se dice, la sentencia, es una decisión judicial sobre alguna controversia o disputa (Cabanellas, 2003, p.372).

También se afirma que, viene del vocablo latino *sentiendo*, porque el juez partiendo del proceso, declara lo que siente.

Según Horvitz (2004, p. 602), "(…)La sentencia penal es la resolución del Estado por conducto del juez, fundada en los elementos del injusto disponible y en las circunstancias objetivas, subjetivas y normativas condicionantes del delito y en la cual se define la pretensión punitiva estatal, individualizando el derecho y poniendo con ello fin a la instancia".

La califico como resolución del Estado por conducto del juez, porque este por medio de la Resolución Judicial correspondiente define la situación jurídica objeto del proceso.

Esta Resolución Judicial, no es como otras, dictada durante la secuela procesal; su diferencia es muy grande, tanto en su forma como

contenido; porque, en esta última alcanza su culminación el poder jurídico encomendado al juez, para aplicar el derecho al caso concreto; se manifiesta plenamente para esos fines teniendo como base de sustentación la verdad histórica y la personal del delincuente.

Dictar Sentencia, es el acto procedimental de mayor trascendencia; en el mismo, se individualiza el derecho, previa la adecuación típica de la conducta o el hecho y la justipreciación del material probatorio y de todas aquellas diligencia que en pro de la realización de objetivo y fines del proceso, tuvieron lugar en el tiempo y en el espacio para que en acatamiento estricto a lo dispuesto en la normatividad jurídica se defina: que una conducta o hecho es típica, antijurídica y culpable, y que tiene como consecuencia la aplicación de equis años de prisión; equis multa; amonestación, etc.; o por el contrario, la inexistencia del delito, o que, habiéndose cometido no está demostrada la culpabilidad del acusado; situaciones estas que son una forma de definir la pretensión punitiva estatal y cuya consecuencia, respecto al proceso, es la terminación de la instancia.

2.2.6.2. Naturaleza jurídica

Respecto a la naturaleza de la Sentencia, algunos autores la consideran como hecho jurídico, acto jurídico y documento.

La opinión más generalizada, considera a la sentencia: como un acto en que el subrogado competente juzga el objeto de la relación jurídica-procesal, para cuyo fin, es necesario la función mental. De esta manera, todo se concentra el silogismo, por medio del cual, de dos premisas anteriores se llega a una conclusión; es decir, la premisa mayor está constituida por la hipótesis; prevista en forma abstracta en la ley; la premisa menor, por los hechos materiales del proceso; y la conclusión es la parte resolutiva.

La sentencia, no es, propiamente hablando un acto procesal, sino una Resolución Judicial, generada a través de una secuencia de actos y formas que se manifiestan en el desenvolvimiento del proceso y que culminan con la Resolución indicada. No es el derecho el que se define, se aplica (Sendra, 2000, p. 733).

Es un acto de indicios tratados en otro juicio lógico y expresado en un acto de voluntad, más la Sentencia no puede ser considerada como un juicio lógico, porque no abarca exclusivamente eso. El juicio lógico la motiva; tampoco es solo un acto de indicios, pues, esto produce la convicción, la cual debe racionalizarse para alcanzar los fines de la ley. Uno y otro no son la Sentencia; lo es el acto de voluntad con el que el Juez expresa la decisión y cumple su función de declarar el derecho.

Conforme a Sánchez (2004, p. 74), La determinación de la naturaleza jurídica de la Sentencia, es discutible; sin embargo, en el procedimiento

penal, es un acto procesal a cargo del juez, servidor Público que, en cumplimiento de sus atribuciones hace manifiesta su función intelectiva, individualizando el derecho.

Para ese fin, actúa en la forma y términos indicados por el legislador en las disposiciones jurídicas y en las diligencias practicadas durante la secuela procedimental, para sí, bajo esas bases realizar el procedimiento de adecuación típica de la conducta o hecho, estableciendo el nexo causal entre lo atribuido al procesado y el resultado, y de acuerdo con su participación (autoría, coautoría, complicidad), determinar la culpabilidad, inculpabilidad, procedencia o improcedencia de una causa de justificación, de una excusa absolutorio, o de cualquiera otra eximente, y según el caso, decretar la libertad, una pena o una medida de seguridad.

Con el objeto de resolver, en alguna de las formas mencionadas, el juez se rige conforme a la ley; no obstante, su actividad está condicionada a la voluntad, elementos indispensables para traducir las prevenciones abstractas en actos concretos.

La sentencia debe entenderse como un acto jurídico procesal, correspondiente a la potestad del juez, y por ende, a su voluntad y cuya eficacia plena habrá de depender de la correcta aplicación de lo dispuesto por el legislador.

2.2.6.3. Sentencia y acción penal

La Acción está supeditada, primeramente a la ejecución del ilícito y en segundo término, al resultado a que conduzca la investigación, para que de acuerdo con ello pueda darse su ejercicio y su desenvolvimiento en el proceso, a través de los diversos actos procesales, y así se concretice en las conclusiones.

La Sentencia, requiere para su existencia y producción de efectos jurídicos, y de algunos supuestos: el ejercicio de la acción, el desarrollo de los actos procesales, la inculpación a un sujeto, etc.; satisfechas esas exigencias y otras más, el juez, por imperativo legal, está en él deber de dictarla; pues si bien es cierto que, el objeto de la sentencia son los hechos, esto no implica la prevalencia de la solicitud o del crédito del titular de la acción, porque, mientras este generalmente, pide el castigo, a través de la sentencia se juzga, se decide su procedencia, y se da a conocer el resultado.

2.2.6.4. Clasificación

Las Sentencias, siempre son condenatorias o absolutorias y se pronuncian en primera o segunda instancia, adquiriendo, según el caso, un carácter definitivo o ejecutorio.

Para Sánchez (2004, p.671), “La sentencia de condena, es la resolución judicial que, sustentada en los fines específicos del proceso penal, afirma la existencia del delito y, tomando en cuenta el grado de responsabilidad de su autor, lo declara culpable, imponiéndole por ello una pena o una medida de seguridad”.

Siguiendo a Sánchez (2004, p. 711), La Sentencia Absolutoria, en cambio, determina la absolución del acusado, en virtud de que, la verdad histórica, patentiza la ausencia de conducta, la atipicidad; o aun siendo así, las probanzas no justifican la existencia de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

La Sentencia es definitiva; cuando el Juez de primera instancia, así lo declara, al transcurrir el plazo señalado por la ley para interponer algún medio de impugnación; o el o los magistrados, de segunda instancia, al resolver el recurso interpuesto, en contra de lo determinado por el inferior, independientemente de que el inconforme acuda al juicio de amparo y obtenga la protección de la justicia federal, porque esto último es de naturaleza distinta.

Tal vez no sea apropiado calificar a la sentencia como definitiva, en primera instancia, como ocurrió en nuestro medio al redactarse el documento que la contiene, porque mientras no precluya el derecho de las “partes” para inconformarse, tal adjetivo no es procedente, porque

esto significa que: “algo ha terminado totalmente” y no solo en uno de sus aspectos.

Situación distinta es la de aquellas resoluciones pronunciadas en la justicia de paz, en donde al resolver el fondo del proceso, si procede manifestar que se sentencia con tal carácter, porque, no se admite ningún medio de impugnación en contra de lo resuelto y, siendo así, no hay probabilidad de que pudiera sufrir modificación.

Los Ministerios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han dicho: “Por sentencia definitiva en materia penal debe entenderse la que resuelve el proceso y la ejecutoria es aquella que no admite recurso alguno.”

2.2.6.5. Objeto, fin y contenido de la sentencia

Siguiendo a Peña (2006, p. 595), “(…) El objeto de la sentencia, en sentido amplio, abarca diversos aspectos: la pretensión punitiva estatal, la retención del acusado, a la declaración de su inocencia, o el encuadramiento de su conducta dentro de una especie o modalidad del tipo, y la pretensión del ofendido a ser resarcido del daño”.

En sentido estricto, el objeto se reduce a los hechos motivadores del ejercicio de la acción penal, mismos que tomara en consideración el juez, relacionándolos con todas las diligencias practicadas durante el

procedimiento, para así resolver la situación jurídica del sujeto a quien se atribuyen.

El fin de la sentencia, es la aceptación o negación de la pretensión punitiva y, para ello, será necesario que el juez mediante la valoración procedente, determine: la tipicidad o atipicidad de la conducta, la suficiencia o insuficiencia de la prueba, la existencia o inexistencia del nexo causal, entre la conducta y el resultado y, la capacidad de querer y entender del sujeto, para así establecer: la culpabilidad o la inculpabilidad, la operancia, o no, de la caducidad, o de alguna otra causa extintiva de la acción penal, etc.

2.2.6.6. Forma y formalidades

La sentencia penal, reviste una forma determinada, y también está sujeta a formalidades.

La sentencia, es un documento jurídico necesario para su comprobación y certeza, cuyos efectos legales dependerán de la estricta observancia de los requisitos indicados en las leyes, por ende, se hará por escrito, atendiendo a determinadas normas de redacción, y contendrá: prefacio, resultados, considerandos y parte decisoria.

En el prefacio, se expresan, los datos necesarios para identificarla mismos que mencionare al ocuparme de las formalidades.

Los resultados son formas adoptadas para hacer historia de los actos procedimentales: averiguación previa, ejercicio de la acción penal, desahogo de pruebas, etc. Los considerandos son formas empleadas para calificar y razonar los acontecimientos. Parte decisoria. En esta y a través de la forma escrita se expresan los puntos conclusorios a que se llegue, para lo cual de manera ordenada se señalaran en concreto.

Las formalidades son: la fecha y lugar en donde se dicte, el juez que la pronuncie, número del expediente, nombres y apellidos del sentenciado, su sobrenombre, el lugar de nacimiento, edad, estado civil, domicilio y profesión (prefacio); el extracto de los hechos debe ser "breve", aunque, si ya se habla de extracto, quizá esta exigencia los redujera, a grado tal que resultaran incomprensibles para su razonamiento y fundamento legal; por lo tanto, debe hacerse de manera conveniente y sin reducir demasiado la historia de los mismos (resultados); las consideraciones del os hechos implica el estudio y valoración de las pruebas, la interpretación de la ley, las referencias doctrinales y jurisprudenciales, en que se apoye el juez para robustecer su criterio para el estudio de la "personalidad del delincuente". Los preceptos legales en que se sustentan jurídicamente los razonamientos sobre esta cuestión (considerandos); la declaración interpretativa y concreta de que el delito se cometió; la responsabilidad o irresponsabilidad del acuso; la

culpabilidad, la inculpabilidad; la naturaleza de la sanción y su duración cronológica; las medidas de seguridad aplicables; la reparación de los objetos del delito; la amonestación al sentenciado; la orden de que se notifique a las "partes" y el mandamiento para que se cumpla, en el lugar en donde lo determine el Director de Prevención y Readaptación Social (parte decisoria), etc.

El extracto de los hechos conducentes, es el antecedente necesario para los considerandos y puntos resolutivos, de la sentencia, para así poder concluir: si existe tipicidad o atipicidad, culpabilidad o inculpabilidad, una causa de justificación o cualquier otra eximente, etc.

Los considerandos, con su correspondiente razonamiento y fundamentación legal, garantizan la ausencia de arbitrariedad en la sentencia y facilitan la reparación de los errores en que pudiese incurrir el juez.

Por eso, siempre deben satisfacer, de manera coherente y fundada en las conclusiones, las cuestiones planteadas por el agente del Ministerio Público y por el defensor; es decir, el contenido de la sentencia, debe ser congruente con las peticiones de "las partes", de manera tal que, no se condene al acusado por hechos delictuosos distintos de aquellos por los que se le instruyo el proceso y por los que se fundaron las conclusiones.

La condena o absolución, deben precisarse en puntos concretos; razón por lo cual, el juez, conoce los hechos, su motivación, las circunstancias constitutivas de los mismos y todos los datos sobre el estudio de la personalidad del acusado; para así, esta en aptitud de precisar: la agravación o la atenuación de la pena, o la procedencia de alguna causa de justificación u otra eximente y, dentro del mínimo y máximo señalado en la ley, fijar el quantum de la pena y dictar la medida de seguridad, según el caso; lo cual implica que, al absolver o condenar categóricamente, la sentencia se ajuste a la prohibición de absolver de la instancia, evitando que nadie pueda ser juzgado dos veces, por el mismo delito.

2.2.7. DEL JUICIO ORAL

2.2.7.1. Preliminar

La finalidad del proceso penal es dar solución a los conflictos derivados del delito, bajo los parámetros del debido proceso. El proceso penal no se puede concebir sólo como la bandera de eficacia en la lucha contra el delito; sino como el instrumento idóneo para llegar a la verdad y expedir una sentencia justa.

El Nuevo Código Procesal Penal introduce cambios sustanciales en el modelo procesal penal peruano; implica el tránsito de un modelo inquisitivo reformado a uno de corte Acusatorio Adversarial. Este modelo tiene un fuerte componente de oralidad y debate contradictorio

que a su vez demanda un desempeño totalmente diferente a los que estamos acostumbrados los operadores del Sistema Penal: Fiscales, Jueces y Abogados.

Conforme al Código Procesal Penal, ésta fase se inicia con el auto de citación a juicio (artículo 355°) que es la resolución judicial que contiene el lugar donde se realizará el juicio oral, cuya fecha será la más próxima posible con un intervalo no menor de diez días. El Juez del juicio, estará a cargo de su dirección y responsabilidad.se encargará de notificar a todas las personas de beben concurrir al juicio (sin perjuicio que las partes coadyuven en la concurrencia de sus testigos o peritos), la designación del abogado defensor del acusado y cuidará de disponer lo necesario para la realización del juicio.

2.2.7.2. Principios del Juicio Oral

Los principios del juicio oral son el conjunto de ideas directrices o ideas políticas que inspiran y sobre las que descansa la actividad de Juzgamiento de una persona. Estos principios son de aplicación directa en el proceso y deben integrar los vacíos, orientar la interpretación y erigirse como argumentos últimos del razonamiento judicial.

Es importante resaltar que la problemática de la aplicación de la desvinculación penal se debe a que afecta el principio acusatorio, el

principio de imparcialidad, el derecho de defensa y el principio de contradicción.

El hecho punible (objeto del proceso penal y concreta conducta o hecho histórico atribuido al imputado) es fijado por la fiscalía, en virtud de la titularidad de la acción penal que posee; sin embargo, la determinación del hecho punible, se limita solo a la descripción fáctica (proposición fáctica), pues la acusación no tiene un poder de disposición sobre la calificación jurídica de la pretensión (hecho punible), es vinculante la imputación jurídica del hecho (CJ-117, Acuerdo Plenario N° 04, 2007).

En atención al principio acusatorio, el titular es el fiscal, quien determina en acusar y postula el hecho punible mediante su escrito de acusación (artículo 225º del Código de Procedimientos Penales), el que implica que se determine la calificación jurídica (fundamentación jurídica) y solicita una pena.

Observamos que la calificación jurídica realizada por el Ministerio Público puede ser modificada en el momento de la emisión del auto de apertura d instrucción, del auto de enjuiciamiento y en una sentencia condenatoria e virtud de la tesis de la desvinculación (siendo aplicable ello cuando no se modifique el hecho y cuando haya homogeneidad del bien jurídico).

La no vinculación de la calificación jurídica se fundamenta en el principio de *iura novit curia*, pues se viene admitiendo que la calificación jurídica que hagan las partes respecto de los hechos no pueden vincular al juez, el cual tiene, por un lado, el deber de conocer el derecho y, por otro, el de calificar jurídicamente los hechos sin estar vinculados por las calificaciones de las partes (Gómez Orbaleja, 1997).

a. Oralidad

La oralidad importa, la expresión verbal o sonora, a través de las cuerdas vocales, de las discusiones constitutivas del debate, de la producción de las pruebas, de la dictación fundada de las resoluciones por el Tribunal, y, en general –como lo señala el artículo 356° del Código Penal- de toda intervención de quienes participen en la Audiencia de Juicio Oral. Las resoluciones judiciales, por tanto, deberán ser dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento; en consecuencia no se admitirá peticiones o argumentaciones por escrito durante la Audiencia de Juicio Oral (Núñez, 2009, p. 220 y 221).

b. Publicidad

Este principio consiste en garantizar al público la libertad de presencial el desarrollo del debate y, en consecuencia, de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma. Con la publicación se garantiza al pueblo la posibilidad de hacerse cargo “de visu y de auditu” de la

administración de justicia; se tutela al juez contra cualquier sospecha sobre su obra; se llama a testigos, peritos y otros sujetos análogos a la correcta colaboración de la justicia (Núñez, 2009, p. 222-223).

El artículo 357° del Código Procesal Penal, consagra el principio de publicidad.

c. **Inmediación**

Este principio exige un acercamiento entre el Juez y los órganos de prueba, sea el acusado, agraviado o testigo, y a través de los interrogatorios en la Audiencia Oral, le permiten conocer no sólo de la personalidad del examinado, sino también la forma de reacción frente a otras pruebas, de tal manera que la autoridad judicial conoce de algo más de lo que se ha dicho en el juicio. La inmediación también se manifiesta cuando el juzgador aprecia directamente también se manifiesta cuando el juzgador aprecia directamente las pruebas materiales o instrumentales (objetos, armas, instrumentos, etc). El Juez del Juicio debe ser el mismo que conoce de la prueba de manera directa (Sánchez, 2009, p.178).

d. **Contradicción**

Es manifestación del derecho de defensa, que se sustenta en la posibilidad de que las partes puedan sustentar en Juicio sus posiciones respecto de los cargos de imputación y de la prueba. Las pruebas se actúan y se debate en el Juicio Oral, salvo los casos de conformidad o

allanamiento de la Acusación Fiscal, lo que hace que el juicio sea contradictorio, con posiciones opuestas. El elemento central radica en el debate oral sobre la prueba y las argumentaciones parciales y finales sobre las mismas a efectos de generar convicción el juzgador para su decisión en la sentencia (Sánchez, 2009, p.178).

e. **Principio de Continuidad**

Se evidencia la posibilidad de que la Audiencia Oral se inicie y se siga en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. La misma ley establece que si no fuera posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión (artículo 360°. 1). Se pretende que un caso se inicie y termine antes de iniciar otro, a fin de evitar dilaciones y pérdida de concentración. De allí, que se señale que entre las sesiones o dentro del plazo de suspensión no podrán realizarse otros juicios (artículo 360°. 5). Se atiende también al principio de contradicción que debe merecer un caso que se debate en el Juicio Oral, ya que el juez debe estar en condiciones de recordar lo que se ha debatido en el Juicio (Sánchez, 2009, p. 178-179).

2.2.7.3. Características principales del Juicio Oral

El Juicio Oral está bajo la dirección del Juez Penal o Presidente del Juzgado Colegiado, a quien le corresponde toda la organización y responsabilidad del caso; asimismo, debe de garantizar el ejercicio

pleno de la acusación y de la defensa. La dirección del juicio incluso posibilita la labor docente del Juez a las partes y al acusado respecto a los derechos y garantías existentes así como a las diligencias que son propias de dicha etapa.

En esta fase se manifiesta a plenitud el principio acusatorio que exige atribuir la acusación de una parte frente a otras. De ahí el binomio partes acusadoras y partes acusadas, que polariza la encarnación del principio contradictorio y en donde el acusado asume el protagonismo casi absoluto.

El juez controla la intervención de las partes, incluso puede limitar el uso de la palabra fijando limites igualitarios en casos complejos o interrumpir su ejercicio si hace uso manifiestamentente abusivo de su facultad (artículo 363 del Código Procesal Penal).

El juicio oral será continuo, se suspenderá en los casos que prevé la ley y no se podrá iniciar otro juicio mientras no se culmine con el primero (inciso 5), artículo 360° del Código Procesal Penal). Se pretende con ello que iniciada una ausencia continúe esta hasta su culminación, de esa manera el juzgador se deberá avocar sólo a un caso penal de manera concertada y resolverá el mismo en el tiempo estrictamente necesario.

Previamente lo señalado anteriormente, se regula suspensión y la interrupción de la audiencia (artículo 360 del Código Procesal Penal).

Esta sola podrá suspenderse por enfermedad del juez, fiscal, imputado o defensor; por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y en los casos que la ley lo señala (para constituirse fuera de la sede a recibir una testimonial, por ejemplo). Esta suspensión no puede exceder de ocho días hábiles. Si fuese mayor a dicho plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto todo lo actuado durante el juicio.

Las incidencias que se promuevan durante la audiencia se realizaran en un solo acto y resueltos por el juez inmediatamente escuchando a las partes (artículo 362 del Código Procesal Penal). Como se ha señalado antes, la oralidad prima en el juicio oral, por lo tanto, las alegaciones como las decisiones jurisdiccionales serán igualmente orales, dejándose constancia en acta.

Cabe resaltar que amplían las facultades del juez, en cuanto a su poder disciplinario en la audiencia. En efecto, el juzgador debe de mantener el orden en la sala de audiencias; puede disponer la expulsión de la persona, incluso, de algún sujeto procesal, que perturbe su desarrollo; podrá ordenar, además su detención hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda al juez o alguna de las partes o sus abogados o, de alguna manera impida la continuación del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes (Artículo 364°. 1).

Mediante el poder discrecional, el juez puede resolver cuestiones no regladas ni previstas en la ley procesal y que surjan en el juicio,

debiendo dictar resolución motivada. Ello permitirá al juzgador resolver incidencias o cuestiones (autorización para atención médica, justificar inasistencias, por ejemplo), presentados en audiencia, lo permitirá su mejor desarrollo (inciso 5), artículo 364° del Código Procesal Penal).

2.2.8. ACUSACIÓN FISCAL Y CONGRUENCIA CON LA SENTENCIA PENAL

En el inciso 1), literal b, del artículo 349°, en adelante, del Código Procesal Penal, establece que la Acusación Fiscal (San Martín, 2003, p. 147) debe indicar la acción u omisión punible y las circunstancias que determinan la responsabilidad del acusado; es así que un requisito formal de la Acusación es precisamente su exhaustividad y concreción, esto es se debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, toda vez que, si la Acusación es vaga e insuficiente produce indefensión a las partes procesales; es por ello que, en la Acusación Fiscal se valora tanto los actos de investigación como los actos de prueba preconstituída 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, conforme lo señala los artículos 46°-A, 46°-B, 46-C, 21° y 22° del Código Penal y artículo

161° del Código Procesal Penal; y en mérito a todas estas circunstancias es que el Órgano Jurisdiccional procede a emitir su Sentencia, claro está después de haberse llevado a cabo el Juzgamiento del Acusado, la misma que se debe dictar teniendo en cuenta la Acusación Fiscal, pues no olvidemos que en este Nuevo modelo procesal existe una división de roles, donde el Fiscal realiza la investigación del injusto, y luego de determinar que existen suficientes elementos de convicción o prueba que acredite la responsabilidad del acusado, procede a Acusar; mientras que el Juez es el director del proceso, quien después de recepcionar toda la información dentro del Juicio Oral (principio de inmediación y oralidad), procede a emitir su Sentencia.

Ahora bien, que sucede si el Juez de Investigación Preparatoria, en la Etapa Intermedia, no realizó un efectivo Control de la Acusación, esto es respecto a la tipificación del delito imputado, debe ser objeto de un planteamiento de la tesis de desvinculación procesal. El artículo 350°, inciso 1) del Código Procesal Penal, entre las ocho mociones o peticiones autorizadas, otorga a las partes la posibilidad de observar la Acusación que contiene defectos formales, y por ello, de requerir su corrección, en casos de una acusación incompleta; asimismo, el inciso 1) del artículo 374° del Código citado, reconoce al Tribunal la facultad de plantear la tesis de la Desvinculación Penal cuando sea posible una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público. En ese sentido, nuestra normatividad vigente da las pautas de cuando el Tribunal puede desvincularse del tipo penal; en ese sentido, si

bien es cierto, nuestra normatividad vigente da la pautas de cuando se puede realizar esta desvinculación, también es cierto, que las causas internas reales a las que conllevan a nuestros magistrados a realizar esta desvinculación, deben ser estudiadas, a efectos de determinar cuáles son estos factores que conllevan a la desvinculación del tipo penal en sus fallos, si son jurídicos o Sociales.

2.3. PROBLEMÁTICA DE LA DESVINCULACIÓN

2.3.1. PRELIMINAR

Para empezar por definir qué abarca la desvinculación procesal y en qué casos se aplica. Para ello es importante indicar que en nuestro país, con fecha 17 de agosto de 2004, se incorporó el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, donde se plantea la tesis de la determinación alternativa o desvinculación de la calificación jurídica, la misma que ha sido planteada en la Ejecutoria del 3 de julio de 2006, Recurso de Nulidad N° 2490–2006/La Libertad y en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116. La mejor manera de entender cómo los jueces aplican la desvinculación, es referida casuísticamente.

Previamente, se debe establecer conceptos a fin de poder identificar el panorama en el que se plantea la figura de la desvinculación procesal penal.

La figura de la desvinculación procesal penal guarda relación con el objeto del proceso penal, la pretensión punitiva, el objeto de debate y la acusación fiscal. En ese sentido es importante denotar los conceptos y las diferencias, si existieran.

El objeto del proceso penal (Escobar Antesano, N° 03- 05/ 2009) está conformado solo por el hecho punible, que es el hecho afirmado por el acusador (el fiscal), primer elemento objetivo de la pretensión penal, que debe mantenerse en el proceso. La calificación jurídica (Montero Aroca, Principios del Proceso Penal) es la subsunción en una figura típica que debe realizar el fiscal en su denuncia o acusación, la que no está sujeta a inmutabilidad, pudiendo variar en el proceso penal. En ese sentido el principio de congruencia penal obedece a que en la acusación y la sentencia se mantenga el mismo hecho, no pudiéndose salir el juzgador de la acusación punitiva, pues ello supone salirse de los términos del objeto del proceso.

En atención a ello, se entiende que el sujeto que determina el objeto del proceso (el hecho punible) (Montero Aroca, Principios del Proceso Penal)es el fiscal, mientras que la calificación jurídica es exclusiva del juez.

Con relación a la pretensión punitiva, está conformada por la solicitud de condena e imposición de una pena, objeto que no es titular el acusador, pues no tiene un derecho subjetivo, sino que la delimitación viene

impuesta por la ley, al tener que perseguir un hecho considerado delictivo, que expone en su acusación escrita, que debe ser de conocimiento del procesado a fin que no se genere indefensión.

Se entiende por objeto de debate lo que argumenta el acusado, explica en uso del derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación y de los cargos, tanto de los hechos y la calificación jurídica, y la pena que solicita el fiscal. Por ello, la denuncia o acusación realizada por el fiscal debe contener dichos elementos.

Del estudio de la doctrina y de los instrumentos señalados, se ha fijado que el objeto del proceso (hecho punible) tiene como requisitos constitutivos:

2.3.1.1. Inmutable

Se va limitando progresivamente, se va definiendo el hecho mediante el desarrollo de la instrucción.

2.3.1.2. Indivisible

El hecho debe conformar el objeto del proceso penal con todas las circunstancias y los actos que la componen.

2.3.1.3. Indisponibilidad

Las partes no quedan a disposición de los sujetos del proceso, sino que se mantiene incólume.

2.3.2. SUPUESTOS EN QUE OPERA

Para los supuestos en el que se aplica la desvinculación procesal es importante indicar los requisitos de la determinación alternativa o desvinculación que son: a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa, y; d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal.

Conforme regula el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales y el Acuerdo Plenario 4 - 2007/CJ-116, los supuestos (Escobar Antesano, N° 03- 05/ 2009) son:

2.3.2.1. ¿Cuándo se plantea la tesis de la desvinculación procesal?

a) El tribunal advierte que concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la acusación que aumenta la punibilidad o que justifique la imposición de una medida de

seguridad, en cuanto a la justificación jurídica del hecho objeto de imputación.

La tesis no es una circunstancia de atenuación; sin embargo, los bienes jurídicos deben ser homogéneos (entendidos como el mismo interés, modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal) y como concurre las denominadas circunstancias modificativas son como se sabe, elementos fácticos accidentales del delito, contingentes o no esenciales, que no pueden servir de fundamento al injusto o la culpabilidad como son por ejemplo de un delito de homicidio a un delito de asesinato se debe poner en conocimiento la circunstancia agravante (Escobar Antesano, N° 03-05/ 2009).

Se puede plantear la tesis en aspectos de autoría y participación cuando tiene una condición de cómplice se adecua y se coloca en la situación de autor, al ser una circunstancia agravante, debe realizarse la tesis de la desvinculación conforme lo señala el artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.

b) Se aplica la desvinculación cuando existe una errónea tipificación en los requisitos establecidos, como pertenecer al mismo bien jurídico, inmutabilidad de hecho y de las pruebas del proceso. Esta desvinculación se puede dar en el juicio de tipificación en el auto de enjuiciamiento, en el auto de apertura de instrucción o en el

desarrollo del juicio oral hasta antes de la acusación fiscal final o la requisitoria oral, siempre que el hecho fáctico ha sido mal tipificado, por ejemplo: un hecho "x" ha sido encuadrado erróneamente en el delito de peculado cuando es un delito de malversación de fondos, el juez debe plantear la tesis de la desvinculación, pues existe inmutabilidad de los hechos y las pruebas, se garantiza la homogeneidad de los bienes.

Otro caso, es cuando en el proceso se establece que existe una calificación manifiesta errónea como ejemplo de una usurpación simple a una usurpación agravada o al revés.

Es decir, se puede plantear la tesis de la desvinculación cuando se dé una nueva tipificación o se incorporen circunstancias agravantes que tienen bienes jurídicos homólogos, dándose al acusado oportunidad de poder defenderse y presentar nuevas pruebas, tanto en el proceso sumario como en el proceso ordinario, siempre antes de la acusación fiscal (San Martín, 2003. p. 248).

Por ello, el procedimiento de la desvinculación penal (la determinación alternativa) contenida en el Código de Procedimientos Penales señala que cuando se realiza la tesis de la desvinculación, la Sala, de oficio, indica al acusado esta posibilidad y concede la oportunidad para defenderse (principio del contradictorio y conocimiento de los cargos), y siempre que la

nueva calificación no exceda su competencia. Por ejemplo, de un delito de violación sexual a un delito de actos contra el pudor. En ese sentido tenemos que se otorga un plazo hasta de ocho días, en el juicio oral, a fin de organizar su defensa por la nueva calificación jurídica o cuando concurra una "circunstancia modificativa" de la responsabilidad, pudiendo presentarse nuevas pruebas en relación a esos cargos.

En el caso de un delito doloso a un delito culposo no se puede realizar la desvinculación al existir un hecho punible diferente, pues el dolo o culpa forman parte del título de imputación. En ese sentido, si aparece en un proceso un hecho nuevo que traduce culpa, entonces se debe dar una acusación complementaria o denuncia ampliatoria (proceso ordinario o sumario respectivamente), pues se está incluyendo un hecho nuevo que varía la calificación jurídica por más que se esté dentro de un mismo bien jurídico.

Y que la pronunciación del juez a fin de adecuar producirá una afectación del principio de imparcialidad, pues asumiría el papel de acusador, calidad jurídica que solo recae en la autoridad fiscal. En ese lineamiento, si en un proceso el juez advierte un nuevo hecho que no es materia del proceso, solo el fiscal puede incorporar dicho hecho. Si lo advierte el juez debe inhibirse.

En un delito de apropiación ilícita se advierte que el sujeto activo es un funcionario público, el juez no podría desvincularse, pues el hecho punible ha cambiado salvo que el fiscal pida ampliación de la denuncia o pida que se adecue al incorporar el nuevo hecho, así tampoco si fuera al revés pues la calidad jurídica implica un deber positivo y negativo diferentes que forman parte de la imputación, al ser diferentes bienes jurídicos; situación diferente es que exista una errónea tipificación, supeditado a que esté dentro del mismo bien jurídico .

2.3.2.2. El supuesto desarrollado Por Acuerdo Plenario

Indica que se puede dar la determinación procesal sin necesidad de plantear la tesis de la desvinculación procesal cuando:

a) El acusado en la realización de su defensa ha reconocido una diversa calificación jurídica de los hechos acusados; por ejemplo, reconoce haberse apoderado del bien, pero no que se realizó en la noche, o señala que ha actuado solo. Debiendo ser evidente que incorporó esa circunstancia en su planteamiento de estrategia defensiva [alegatos finales de su abogado y defensa material]. Pues, no se afecta el principio acusatorio ni el derecho de defensa ni el principio de contradicción, por lo que en aplicación del principio del *iura novit curia* se puede aplican la desvinculación.

b) En un caso de error manifiesto en la tipificación, fácilmente constatable por la defensa, al no producirse un supuesto de indefensión, en tanto que todos y cada uno de los sujetos puede predecir, no es necesario la desvinculación, por ejemplo que se procesa a una persona por el delito de hurto agravado en vehículo motorizado, sin embargo los actos de investigación determinan que es un hurto simple.

c) No se plantea la tesis de la desvinculación cuando se introduce una circunstancia de atenuación o varía el grado del delito o el título de participación. Por ejemplo, no era un asesinato sino un homicidio, de un hurto agravado a hurto simple, de la calidad de autor a cómplice, el hecho era considerado consumado pero se sentencia declarando en grado de tentativa, es decir, la desvinculación va de más a menos o viceversa.

En el juicio oral, si observamos que la descripción fáctica (el hecho punible) del Ministerio Público no ha sido corroborado con medios de prueba, acción típica se delimita en virtud del mismo bien jurídico protegido y existe coherencia en el juicio de subsunción típica (CJ-117, Acuerdo Plenario N° 04, 2007), siendo por tanto viable a la adecuación del tipo penal imputado.

2.3.3. ETAPA EN LA QUE OPERA

El Código no señala la etapa exacta, en el caso de producirse, se plantea que la tesis de desvinculación debe ser invocada hasta antes de emitir sentencia en el juicio ordinario; es decir, terminada la etapa probatoria hasta antes que se emita la acusación final, o alegatos finales. Cuando en el debate se advierte la circunstancia agravante o la tipificación que no corresponde al hecho punible.

Nuestro sistema jurídico comprende los procesos sumarios (la mayoría de los delitos), proceso que si bien no tiene una etapa de juicio oral, se puede plantear la tesis de la desvinculación hasta antes que se emita el dictamen final, puede también el juez plantearla en los supuestos de circunstancia agravante o si la tipificación no corresponde al hecho punible (Escobar Antesano, N° 03- 05/ 2009).

En ese orden de ideas, el juez penal, en los procesos sumarios, puede plantear la determinación penal, sin desvincularse en los supuestos que realizando la variación del grado de participación, la variación de circunstancias atenuantes, o cuando varía el grado del delito o cuando la defensa reconoce una calificación jurídica. En igual sentido, si un órgano en segunda instancia tiene una sentencia condenatoria puede desvincularse en los supuestos citados cuando no es necesario el planteamiento de la tesis, situación distinta, es cuando se impugna una sentencia que tiene una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal no incluida en la

acusación que aumente la punibilidad o que justifique la imposición de una medida de seguridad o cuando exista un error manifestó en la tipificación se debe realizar la desvinculación penal y declarar nula la sentencia de primera instancia. Al ser la desvinculación procesal facultad de todos los juzgadores en todos los niveles, pudiendo aplicarlo en cualquier proceso siempre que se garantice los requisitos señalados.

2.3.4. FALTA DE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA PRETENSIÓN O INSUFICIENCIA DE LOS MISMOS

El último de los supuestos, quizá el más importante, está referido a aquella pretensión que, o bien no reúne todos los requisitos o presupuestos para tener eficacia jurídica según la tutela solicitada, o bien resulta completamente inidónea para ser acogida.

El juez debe realizar un trabajo intelectual similar al que efectúa en la sentencia definitiva y determinar si los hechos expuestos en la demanda, y que conforman una determinada causa de pedir, son susceptibles de producir los efectos jurídicos queridos por el actor. En este sentido, el actor relata unos hechos que deberían coincidir con el presupuesto de hecho contenido en la norma jurídica que fundamenta la pretensión y que generan ciertas consecuencias jurídicas. Si esos hechos abstractamente considerados no satisfacen los presupuestos tácticos de la norma jurídica utilizada como fundamento de la pretensión, el juez podrá, sin más trámite,

rechazar la demanda y poner término al juicio (Sánchez Velarde, 2004, p. 174).

Al contrario, si los datos de hecho contenidos en la demanda satisfacen el o los presupuestos tácticos de la norma que sirve de fundamento a la demanda, el juez deberá declarar la admisibilidad de la pretensión y tramitar íntegramente el proceso. Desde luego que se trata de un juicio hipotético que no implica prejuzgar el fondo como tampoco es un juicio definitorio ni menos definitivo. Además tan discrepancia debe ser manifiesta.

Esta potestad judicial se muestra en plena concordancia lógica con la necesaria existencia temporal de estos requisitos o presupuestos, en el sentido que teniendo que concurrir al momento de interponer la demanda pueden ser analizados prematuramente en ese mismo espacio procesal. Como lo explica Satta "la acción surge de un hecho que ha producido determinados efectos jurídicos y si estos efectos se han producido, como justamente se postula, es al momento de la proposición de la acción que es preciso mirar, no al de la sentencia.

En consecuencia, parece claro que el juez debe realizar un examen sobre los requisitos o condiciones de la acción al momento de interponer la demanda; por ende, debe verificar si se aprecia la existencia de un derecho subjetivo afirmado o una situación jurídica de eficacia análoga debe verificar la legitimación pasiva del demandado; la existencia de un interés

legítimo en la tutela jurisdiccional y; por último, la actuación. Tanto el interés para accionar como la actuación serán analizadas más adelante. No trataré la falta de legitimación activa por tratarse de un tema -amén de espinoso- que está ligado al control de los presupuestos procesales y en todo caso, que resulta verificable, cuando no es presupuesto, sólo en la sentencia definitiva (Sánchez, 2004, p. 180).

2.4. OPERATIVIDAD DE LA DESVINCULACIÓN

2.4.1. CUESTIONES GENERALES

Se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en la sentencia Expediente N° 00031-2009-PHC/TC, Ayacucho, caso Jorge Luis Arellano Alania, realizando un análisis de los roles de los sujetos del proceso, siendo el rol del Ministerio Público sostener su tesis incriminatoria hasta conseguir la concretización del *ius puniendi*, a no ser que antes del término del mismo solicite el sobreseimiento o retire su acusación, siendo el contenido de la formalización de denuncia que efectúa el representante del Ministerio Público posee una doble estructura, una fáctica y otra jurídica. La fáctica estaría representada por el conjunto de hechos acontecidos, los mismos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídico-penalmente relevantes. La otra estaría representada por la calificación jurídica que sobre los hechos efectúa el encargado de ejercitar la acción penal, consecuentemente el juez tiene constitucionalmente habilitada la facultad de variar la formulación

jurídica hecha por el representante del Ministerio Público en su formalización de denuncia; más aún cuando al juez penal le corresponde efectuar el "juicio de tipicidad, que en rigor es la valoración que se hace con miras a determinar si la conducta objeto de examen coincide o no con la descripción típica contenida en la ley" (Escobar Antesano, N° 03- 05/ 2009).

La desvinculación de la calificación jurídica permite a la sala o al juzgador penal apartarse de la calificación jurídica dada por el representante del Ministerio Público, mientras no se altere el hecho (punible) propuesto por este. Es importante determinar quién es el titular de la delimitación del hecho punible y de la calificación jurídica; el artículo 285-A recién se incorporó en el año 2004, ello no ha impedido desarrollar con anterioridad el ámbito dogmático y jurisprudencial.

Asimismo, nuestro ordenamiento dispone que se declare nulo cuando se condena por hecho que no ha sido materia de la acusación fiscal, es decir, no ha sido objeto de proceso, de conformidad con el artículo 298º. Por consiguiente, de la identificación de la fundamentación fáctica solo comprende el hecho natural. Este no viene dado por la calificación jurídica ni por la entidad o cuantía de la pena pedida por un acaecer histórico, individualizado en su unidad natural y no en la jurídico penal, de que se pretende sacar una consecuencia jurídica penal, cualquiera que ella sea.

Con todo, Tapia añade algo crucial para el tema en estudio y que muestra con toda energía la necesidad de respetar íntegramente la calificación jurídica propuesta por el actor en la demanda. Agrega: "Esta distinta forma de delimitar la pretensión constituye precisamente el elemento causal del objeto litigioso, por lo que su variación o consideración distinta a lo largo del proceso provocaría, a mi juicio y como se verá más adelante, un cambio de demanda". En consecuencia, cuando el ordenamiento determina acciones concurrentes y el actor elige entre una de ellas, no puede el juez desvincularse de dicha elección y preferir otras aun cuando con ello dote de eficacia a la tutela solicitada. El órgano jurisdiccional queda amarrado con la calificación y camino efectuado por el actor, y su vulneración no sólo implica un cambio en la causa de pedir (y por cierto, una incongruencia de la sentencia) sino desconocer la voluntad clara e inequívocamente manifestada de quien solicita la tutela (Sánchez, 2004, p. 185).

2.4.2. FUNDAMENTOS Y FINALIDAD

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 (CJ-117, Acuerdo Plenario N° 04, 2009); 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, aun 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.

Concuerdo con el profesor cubano Danilo Rivero cuando establece en su obra El Juicio Oral como fundamento del empleo de la fórmula procesal, la "necesidad de hacer compatible el principio de investigación oficial con la forma acusatoria de la etapa procesal del juicio oral otorgándole al foro la facultad de proponer a las partes el examen de un nuevo punto de vista en orden a la calificación de los hechos", pues como había manifestado anteriormente, sería modificar el fundamento jurídico de la pretensión punitiva cuando apreciare, por el resultado de las pruebas del juicio oral, que el hecho ha sido calificado con manifiesto error (Peyrano, 1993). Pues se trata de una precaución de la ley contra los posibles errores de los acusadores que no han querido o sabido calificar el hecho procesal debidamente. De esta manera se puede dictar una sentencia condenatoria con un título distinto al querido o pretendido por la acusación.

El uso de la fórmula procesal evita una exageración de la forma acusatoria incompatible con el principio de investigación oficial pues considero que en un sistema como el nuestro tales criterios responderían de una manera cierta y directa al llamado de nuestra carta magna cuando en su artículo número uno se pronuncia en pro de la justicia social, lo cual cobra también fundamento en el tercer por cuanto de nuestro código penal cuando exige una correspondencia entre el régimen de sanciones y la gravedad de los diversos comportamientos delictivos, de manera que se garantice al adecuar, fundamentar y aplicar la sanción una adecuada individualización de la misma y una eficacia creciente a los fines de nuestra sociedad.

Para lograr desentrañar adecuadamente esta pregunta resulta indispensable trazar ciertos parámetros que permitan delimitar el tipo o clase de poder que ejerce el juez frente a la interposición de una demanda. Al efecto me parece relevante distinguir, en primer término, entre lo que es un control formal de la demanda y, en segundo lugar, el control material o de fondo. Este último -que será objeto de esta indagación- puede ser objeto de una nueva parcelación tripartita. En primer lugar, el control sobre el interés que se busca proteger por medio de la pretensión deducida, esto es, sobre el interés material invocado por el actor como objeto de protección; en segundo lugar, el control en los casos donde el ordenamiento excluye de tutela de determinadas relaciones jurídicas y; en tercer lugar, un control sobre la fundabilidad de la pretensión, esto es, sobre la idoneidad de los hechos contenidos en la pretensión para formar, en abstracto, un juicio de acogimiento o prosperidad de la misma.

2.5. DESVINCULACIÓN Y DEBIDO PROCESO

Es aquí donde me parece que puede cuestionarse la legitimidad de la potestad judicial que se analiza. Sentado que el pronunciamiento prematuro de la pretensión no afecta el derecho constitucional del ciudadano de acceso a la jurisdicción como tampoco su derecho a un proceso, se debe sortear otra duda de legitimidad: ¿el rechazo ad initio de una determinada pretensión puede ser considerado un proceso justo y racional? Al respecto no se debe olvidar que el constituyente en el Art. 19 N°3 inciso 5o, aparte de fundar el imperativo constitucional del proceso previo para toda decisión jurisdiccional, exige que dicho proceso previo obedezca a ciertas pautas de racionalidad y justicia. En resumidas palabras, exige que el legislador cree para la resolución de conflictos un debido proceso (Montero Aroca, 2001. p. 245).

2.6. DEFINICÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.6.1. Acusación Fiscal

La Acusación Fiscal es una prerrogativa funcional reservada al Fiscal (Valdivia Sorrentino, 2008, p. 178), en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en concordancia con las disposiciones del Código Procesal Penal reguladas en su artículo 334° y siguientes referidas a la conclusión

de la etapa de la Investigación Preparatoria, así como en el último párrafo del artículo 343° referido a la formulación de acusación.

Dicha prerrogativa es ejecutada con la elaboración de una disposición fiscal en la que se cumple con los requisitos establecidos en la normatividad anteriormente señalada y que es objeto de control en la etapa intermedia, luego de lo cual se da inicio a la tercera y última etapa del proceso penal, el Juicio Oral.

2.6.2. Juicio Oral

Como lo señalamos anteriormente el Juicio Oral es la última etapa del proceso penal que integrado por los siguientes procedimientos factibles de ser llevado en una sola audiencia, la exposición de los alegatos iniciales, la actuación probatoria y la emisión de la decisión final, de conformidad con lo regulado en los artículos 442 a 446 del Código Penal.

2.6.3. Desvinculación de la acusación

Como lo señala Carlos Escobar, "La figura de la desvinculación procesal penal guarda relación con el objeto del proceso penal, la pretensión punitiva, el objeto de debate y la acusación fiscal." (Escobar Antesano, 2009, p. 104).

Se señala que guarda relación con la figura del objeto del proceso penal, debido a que si la acusación se aleja de dicho objeto se termina por invalidar el resto del procedimientos seguidos en el contexto del proceso penal.

En cuanto a la pretensión punitiva, es preciso que ésta se encuentre en consonancia con el delito incoado, de no ser así generaría el mismo rpoblema antes descrito.

Es por ello que, al encontrarse la acusación fiscal contraria al objeto del proceso penal, a la pretensión punitiva y al objeto del debtate, habilita la posibilidad al Juez para desvincularse o apartarse de la acusación fiscal.

2.6.4. Sentencia Penal

Se trata de la resolución final del proceso que decide sobre el fondo del asunto planteado ante el Juez o Colegiado, en ella se encuentran contenidas las consideraciones de hecho y derecho que fundamentan la resolución o decisión a tomar sobre el caso concreto. los artículos 394°, 398° y 399° del Código Procesal Penal detallan los elementos mínimos o esenciales que debe contener una sentencia penal.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es un proceso riguroso, cuidadoso y sistematizado en el que se busca resolver problemas de una manera organizada, que garantice la producción de conocimientos y de alternativas de solución de variables; ahora bien, si estamos hablando de una investigación científica, es posible desarrollar dos tipos de enfoques, como son el Cualitativo y el Cuantitativo, el primero se entiende que la cantidad es parte de la cualidad, dándose mayor atención a lo profundo de los resultados y no de su generalización; mientras que en el segundo enfoque, lo importante es la generalización o universalización de los resultados de la investigación; siendo ello así, nuestra investigación se basa en un Enfoque Cualitativo, debido a que, a pesar de que se trabajaran con casos tipo, ventilados ante los Juzgados Unipersonales y Colegiados de la ciudad de Cajamarca, el interés de la investigación no es conocer en cuántos de estos se ha aplicado o no la desvinculación de la acusación fiscal, sino, tenemos como objetivo, describir cuales son las causas que motivan a que los Jueces Unipersonales como los Colegiados se desvinculen de la Acusación Fiscal, buscando en ese sentido, recoger los datos de la realidad representados por los procesos penales en los que se ha arribado a una Sentencia cuya condena ha sido determinada por la aplicación del artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.

3.2. NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN

Dado que no se ha realizado investigaciones anteriores respecto del particular, el equipo de investigación ha creído conveniente otorgar a la presente investigación un alcance descriptivo, que agota la etapa de exploración pero que, además, realizará un disertación acerca de las causas que determinan la aplicación de la aplicación del artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.

3.3. Diseño de la investigación

Transversal o transeccional, debido a que se busca investigar la aplicación de una figura jurídica en un momento específico, el periodo 2014-2015 en la sede del Distrito Judicial de Cajamarca.

3.4. Unidad de Análisis, Universo y Muestra

UA: La unidad de análisis estará conformada por las Sentencias emitidas por los cinco Jueces Unipersonales y dos Colegiados de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, durante los años dos mil catorce y dos mil quince.

UO: Las novecientos sesenta y nueve Sentencias emitidas por los cinco Juzgados Unipersonales – Unip. 01: 190, Unip. 02: 192, Unip. 03: 198, Unip. 04: 193 y Unip. 05: 196 -, así como las doscientos veinticinco

Sentencias emitidas por los dos Colegiados – Coleg. A: 112 y Coleg. B: 115-, de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, durante los años dos mil catorce y dos mil quince; asimismo, las acusaciones fiscales que dieron origen a dicha desvinculación.

UA: Las trescientos cincuenta y nueve Sentencias a las que se tuvo acceso, por cuanto muchas de ellas, no se encontraban en los legajos de los Juzgados, y al realizar la búsqueda de los expedientes éstos se encontraban en el Archivo Central de dicha Corte Superior, entre otros factores.

M1: Las cinco Sentencias en las que se presentó la desvinculación de la Acusación Fiscal emitidas por los cinco Juzgados Unipersonales – dos sentencias encontradas-; así como de los dos Colegiados – tres sentencias encontradas, de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, durante los años dos mil catorce y dos mil quince.

3.5. Métodos de Investigación

3.5.1. Método Analítico

Como sabemos el método analítico trata de construir y descubrir los objetos del conocimiento, dividendo la realidad en sus partes más elementales, es por ello que consideramos que este método es el indicado para tratar y desarrollar el tema de la presente investigación,

debido a que ayudará a reconocer y analizar los objetivos de la realidad que se nos ofrece acerca de la aplicación del artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.

3.5.2. Método de Síntesis

Como es sabido el método de síntesis busca la unión de las partes que el investigador separa al momento de analizarlas, análisis que dio lugar a las variables de investigación, variables que luego se verán acopladas a través de este método, desarrollado de manera clara y sucinta en el proceso de operacionalización de las variables incorporando una idea de totalidad al proceso de investigación llevando de esta manera a conclusiones certeras.

3.5.3. Método Inductivo

Debido a que este proyecto tiene como base la investigación de los casos identificados en los que se ha aplicado el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal, consideramos al método inductivo dentro de nuestro proyecto ya que dicho método desarrolla a una serie de conocimientos particulares para llegar a conclusiones generales, conclusiones obtenidas a través de resultados y observaciones generados del planteamiento de la hipótesis, obteniendo de esta manera conocimientos nuevos y más completos.

3.5.4. Método Sociológico

Debido a que las sociedades van avanzando y cambiando constantemente, creemos pertinente buscar la relación del hecho social que está tras el objeto observado a través de nuestras variables de estudio; existe la posibilidad de que la decisión del juez de aplicar el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal, tenga como condicionantes aspectos sociales y no únicamente jurídicos, lo que nos llevaría a comprobar la peligrosidad del dispositivo legal en análisis.

3.5.5. Exegético

Desde la perspectiva sistémica, cabe señalar que haremos uso del método exegético para comprender la perspectiva del legislador al momento de dictar las normas relativas a la aplicación del artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal, lo que se llevará a cabo mediante el estudio e interpretación de la exposición de motivos que dio lugar a su regulación; sin embargo, este es sólo el primer paso de nuestra investigación, puesto que servirá de pilar para el resto de estudios que tendrán como principal protagonista al método dogmático y el método histórico.

3.5.6. Dogmático

Es el principal método a utilizar en nuestra investigación, debido a que busca atenerse en los principios doctrinales como medio principal para

interpretar el contenido que le otorga ley la desvinculación de la acusación fiscal, así como para determinar su naturaleza y la estructura sistémica de su contenido con la ayuda de la doctrina que se ha desarrollado al respecto. Hemos elegido el método dogmático por ser un método de interpretación jurídica que no se limita al estudio de los significados de los términos, sino que además se ubica en la concepción interpretativa intelectualista racionalista lógica de la figura, con lo cual trataremos de desentrañar la *ratio legis* de la figura en estudio, su carácter público.

3.5.7. Hermenéutico

Como complemento del método anterior, que se centra en la interpretación que debe darse de la legislación ya mencionada de cara con las múltiples posibilidades que nos otorga el ordenamiento jurídico peruano y los principios fundamentales que se encuentran inmersos.

3.5.8. Teleológico

Fundamental para la investigación, en cuanto buscamos reforzar la importancia del fin último de la figura de la desvinculación de la acusación fiscal, utilizando los significados del bien común y la justicia y, principalmente, ponderando su importancia respecto de los fines netamente procedimentales.

3.6. **Técnicas de Investigación**

3.6.1. Observación de la realidad

Referida a los casos específicos que se han ventilado ante el poder judicial en los que los jueces penales han aplicado el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal; de los cuales deben anotarse las incidencias referentes a las causas que originan la posibilidad del juzgador de desvincularse de la acusación fiscal, principalmente las causas extrajurídicas.

3.6.2. Revisión Documental

Debido a que el estudio será cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos será la revisión de documentos que contengan la doctrina respecto al tema y las sentencias emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales; que han sido mencionadas en el marco referencial y el marco metodológico, amén de otras propuestas que se vayan encontrando en el desarrollo de la tesis.

3.6.3. Fichaje Bibliográfico

A ser utilizado para la revisión de los tratados doctrinarios respecto de la materia.

3.6.4. Análisis de Contenido

Aplicable para cada método mencionado en el acápite anterior, según sus características específicas

3.7. Instrumentos

3.7.1. Ficha de recolección de datos

Para ser utilizada tanto en el recojo de datos fácticos como de los datos bibliográficos.

3.8. ASPECTOS ÉTICOS DE LA INVESTIGACIÓN

Dentro de la ética de un investigador y más aún en el caso de un estudioso en el campo legal, es necesario tomar en cuenta no violentar derechos, deberes, normas, procedimientos y políticas que puedan perjudicar a las personas, grupos o instituciones que pueden ser objetos de los estudios realizados debido a que esto deben generar conocimientos y nos destruirlos o disuadirlo del camino correcto; de esta manera el proceder del investigador tiene que ser de una manera adecuada, tomando si es necesario opiniones de personas autorizadas para no caer en un estudio absurdo que no genere ninguna clase de aporte , en este caso en el ámbito legal, garantizando de ser necesario además la privacidad, el anonimato y la confidencialidad de los casos tomados y la identidad de las víctimas que han sido objeto de estudio dentro

de la investigación logrando de esta manera resultados concretos y reales, es decir resultados que no hayan sido manipulados para obtener soluciones ficticias y puedan ser aplicadas en el campo de los hechos

3.9. DESCRIPCIÓN DE PROCEDIMIENTOS PARA LA OBTENER DE LA INFORMACIÓN

Los datos a ser obtenidos son de tres tipos:

a. Anotaciones en las fichas de análisis de la realidad

En el caso específico del recojo de datos de la propia realidad, nos estamos refiriendo a las incidencias ocurridas en el contexto de la tramitación de un proceso judicial en el que se ha aplicado el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal; dicha labor se verá facilitada en virtud que los tesistas ostentan el cargo de Fiscal y secretaria del Poder Judicial, lo que les posibilitará una observación directa de casos tipo que, si bien no serán analizadas estadísticamente servirán de apoyo para la discusión u la obtención de conclusiones.

El procedimiento llevado a cabo, ha sido la anotación de dichas incidencias en la correspondiente ficha de recojo de datos de la realidad, la cual ha sido previamente elaborada y contiene el resumen de los hechos ocurridos, la enumeración de los indicadores a ser identificados.

Luego del recojo de dichos datos, las fichas quedarán expeditas para ser analizadas.

b. Anotaciones en las fichas de análisis documental

Tan igual como ocurre en el caso de las fichas de recojo de la realidad, también se elaborarán fichas de análisis documental mediante las cuales se lleva a cabo el recojo de los datos relevantes para la investigación, obtenidos de los expedientes judiciales en los que se ha aplicado el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.

El estudio de los referidos expedientes es importante debido a que en ellas se encuentra contenido, además del detalle de los hechos señalados en el acápite anterior, las conclusiones y análisis jurídicos que, según la casuística, lleva a cabo el Fiscal a cargo del caso y los jueces que conocen el juicio oral.

3.10. MANIPULACIÓN DE LA INFORMACIÓN

Una vez recogidos los datos, estos deberán ser previamente tabulados y, luego de ello procesados, para finalmente llevar a cabo su interpretación y análisis.

a) Interpretación y análisis de datos

Estos dos pasos son las dos caras de una sola moneda, pues la interpretación es el paso inmediatamente anterior y se enlaza con el

análisis de los resultados obtenidos, por lo tanto, en este punto se interpretarán cualitativamente los obtenidos sin necesidad de procesamiento estadístico, haciendo uso además de las figuras jurídicas existentes para tal tarea; así como de los métodos contemplados en la metodología destinada para esta investigación.

Este es el paso previo a la discusión final de la tesis y la parte medular de la misma.

3.11. **LIMITACIONES EN LA OBTENCIÓN DE LOS DATOS**

Las limitaciones presentadas serán principalmente en cuanto al tiempo y oportunidad para el recojo de datos, debido a que los instrumentos de investigación serán aplicados a la par que los tesistas desarrollarán sus labores, lo que acarrea la responsabilidad de no descuidar ni una ni otra labor, de manera que se alcance un óptimo en el desarrollo de ambas actividades; por otro lado, esta limitación es paliada por la potestad de intervención directa en los casos que otorga a los tesistas el cargo que desenvuelven.

CAPITULO IV
RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. RECOLECCIÒN, PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS

A fin de contrastar la hipótesis de investigación se han analizado un determinada cantidad de expedientes en los que se presenta la figura de la desvinculación de la acusación personal, dicho análisis se ha llevado a cabo a lo largo de todo el expediente, por lo que el estudio no es cuantitativo, sino cualitativo, dado que el interés de la investigación no es conocer en cuántos expedientes se ha presentado la figura de la desvinculación, sino cuáles son las causas jurídico sociales para que se presente la misma.

4.1.1. ENUMERACIÓN DE LOS PROCESOS SELECCIONADOS PARA EL ESTUDIO

Los procesos seleccionados para el estudio han sido obtenidos de los archivos tanto de Juzgados Penales Unipersonales como de Juzgados Penales Colegiados a fin de contar con un espectro más amplio acerca de la aplicación de la facultad concedida por el artículo 374 del Nuevo Código Procesal Penal a los magistrados. Dichos expedientes que constituyen los casos tipo de nuestro análisis son los siguientes:

Nº	EXPEDIENTE
1.	00367-2014-0-0601-JR-PE-01 (00367-2014-1-0601-JR-PE-01)

	Tipificación de la acusación : Lesiones graves (121.2 CP). Tipificación tras desvinculación : Lesiones graves (121.2 CP). Materia de desvinculación : Determinación de la pena.
2.	01001-2012-0-0601-JR-PE-03 (01001-2012-5-0601-JR-PE-03) Tipificación de la acusación : Parricidio (107 CP). Tipificación tras desvinculación : Lesiones graves seguidas de muerte (121, último párrafo CP). Materia de desvinculación : Incorrecta Tipificación.
3.	00092-2014-0-0601-JR-PE-03 (00092-2014-11-0601-JR-PE-03) Tipificación de la acusación : Robo agravado (188 CP). Tipificación tras desvinculación : Marcaje (317-A CP). Materia de desvinculación : Incorrecta Tipificación.
4.	00636-2015-0-0601-JR-PE-02 (00636-2015-1-0601-JR-PE-02) Tipificación de la acusación : Violación sexual de persona puesta en estado de inconsciencia (171 CP). Tipificación tras desvinculación : Violación sexual tipo base (170 CP). Materia de desvinculación : Incorrecta Tipificación.
5.	01026-2014-0-0601-JR-PE-03 (01026-2014-1-0601-JR-PE-03) Tipificación de la acusación : Peculado Doloso (387 CP). Tipificación tras desvinculación : Receptación (374.1 CP). Materia de desvinculación : Incorrecta Tipificación.

4.1.2. ELABORACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PARA OBTENER LA INFORMACIÓN

A fin de analizar la información obtenida, se ha llevado a cabo la elaboración de fichas de recolección de datos documentales, que han sido debidamente estructuradas a fin de sintetizar de manera eficiente la información y que contienen los siguientes ítems:

1.1. Número de expediente o cuaderno.

1.2. Datos del imputado.

1.3. Datos del agraviado.

1.4. Delito.

1.5. Juez.

1.6. Incidencias en la investigación preliminar

1.7. Incidencias en la investigación preparatoria.

1.8. Control de acusación en etapa intermedia.

1.9. Pruebas actuadas en Juicio Oral.

1.10. Motivos de la desvinculación.

Se hace presente que el ítem 1.9 es informativo y general, debido a que existen procesos en los que no es necesario analizar las pruebas admitidas y actuadas debido a que el motivo de la desvinculación de la acusación fiscal obedece a causas estrictamente procesales que no son de fondo; contrario sensu, existen otros procesos en los que la desvinculación depende de cuestiones de fondo.

4.2. RECOJO DE DATOS

4.2.1. Indicadores para la obtención de datos

a. Validez de la obtención del acervo probatorio en investigación preparatoria y su relación con los motivos de la desvinculación

No existen un *numerus clausus* acerca de los presupuestos por los que el magistrado o magistrados puedan desvincularse de la acusación fiscal y, eventualmente, puedan modificarla; razón por la cual es necesario tener en cuenta la obtención del acervo probatorio, en tanto la corrección en su obtención y las posteriores objeciones que se puedan presentar contra éste, puede influir en la desvinculación del tipo penal, aún en inaplicación del principio de preclusión en los casos en que dicho material probatorio es obtenido en violación de derechos fundamentales.

b. Corrección de la subsunción de hechos sustentados en material probatorio en las normas procesales y sustantivas penales en la etapa intermedia de la acusación

Otra de las razones serían la incorrecta actuación del magistrado de la etapa intermedia al momento del admitir uno u otro medio probatorio que posteriormente, en etapa de juicio oral ha de ser actuado y valorado, esta incorrecta actuación en el control de la

acusación gira en torno a los medios probatorio ofrecidos y la calificación que éstos permitan del tipo penal o la ocasiones que ello dé para acceder a beneficios tales como la conclusión anticipada, entre otros en etapa de juicio oral, es por ello que su estudio es importante a efectos de determinar la influencia sobre la posterior devinculación de los magistrados de enjuiciamiento.

c. Corrección procedimental y sustantiva en el desarrollo Juicio Oral

En el mismo desarrollo del Juicio Oral también pueden presentarse circunstancias que influyan sobre la calificación jurídica que el juez realice acerca de los procedimientos o actuaciones de fondo o forma que se presenten

d. Fundamentación en la Sentencia de las causas por las que se presenta la desvinculación

La motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental contenido en la Constitución y reflejado en las normas penales, por tal motivo, las Sentencias en las que se realiza la desvinculación de la acusación se hace necesario que el magistrado realice, además de una fundamentación de los motivos que le llevan a alcanzar una resolución de fondo, también los motivos que lo han llevado a desvincularse de la acusación fiscal.

e. Factores externos que intervienen en la toma de las decisiones

Ocasionalmente, pueden presentarse otros factores externos que intervengan en la decisión de los magistrados para desvincularse de la acusación fiscal, como la presión mediática en un caso relevante u otros de similar tipo, por lo que estos también serán analizados de presentarse una irregularidad en el análisis de la juridicidad.

4.3. PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS POR CASO TIPO

4.3.1. EXPEDIENTE Nº 00367-2014-0-0601-JR-PE-01, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 00367-2014-1-0601-JR-PE-01

El presente proceso ha sido incoado debido a los siguientes hechos, explicados de manera resumida:

Gresca producida el día 24 de octubre de 2013, en la que éste le habría propinado un mordisco al señor [redacted] cuando ambos cayeron juntos al piso en medio de la pelea, causándole una lesión grave y permanente en su rostro.

La calificación jurídica realizada por el Fiscal:

Los hechos descritos son calificados como lesiones graves con desfiguración de rostro, subsumido en el artículo 121.1 del Código Penal.

Prognósis de pena:

Privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayo de ocho.

Pretensión penal:

El Fiscal solicita 3 años y 8 meses de pena privativa de la libertad, debido a que el imputado habría confesado sinceramente su responsabilidad penal.

Nº	INDICADORES
1.	**Acerca de la validez de la obtención del acervo probatorio en investigación preparatoria y su relación con los motivos de la desvinculación** Analizada la Carpeta Fiscal cuya investigación generó el presente expediente se ha observado que no se ha presentado lesión alguna a derechos fundamentales en la obtención de los medios probatorios, ni otra circunstancia relevante que pueda haber influido posteriormente en la desvinculación de la acusación penal. Por tanto, en el presente caso existe corrección en la

	actuación del fiscal a nivel de investigación preparatoria. Sin embargo, tampoco se ha generado la posibilidad de acceder a un procedimiento de terminación anticipada, así como se ha tenido como confesión sincera la declaración del imputado admitiendo la comisión del ilícito que se le imputa.
2.	Corrección de la subsunción de hechos sustentados en material probatorio en las normas procesales y sustantivas penales en la etapa intermedia de la acusación En esta etapa es posible analizar la obtención del material probatorio, lo cual influirá respecto de la admisión del mismo y su correlación con la tipificación realizada por el Fiscal, al respecto, el Juez de la etapa intermedia a procedido de conformidad con lo establecido y ha admitido los medios probatorios que resultan pertinentes, conducentes y útiles para subsumir los hechos presentados en el tipo penal sustentado en la acusación. Sin embargo, ha omitido realizar el análisis acerca de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, concretamente, de la atenuante cualificada que presenta el Fiscal en su acusación, la confesión sincera. Si realmente se ha cumplido con los presupuestos normativos para ser considerada como tal, de manera que posibilite la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, tal y como lo ha requerido el Fiscal.

3.	**Corrección procedimental y sustantiva en el desarrollo Juicio Oral** En el desarrollo del Juicio Oral, se han actuado correctamente las pruebas admitidas, no se ha presentado ninguna incidencia que ejerza haya condicionado el correcto desarrollo del mismo, se ha realizado los alegatos de apertura y de clausura dentro de los parámetros legalmente establecidos y, al finalizar el mismo, el Juez no ha realizado advertencia alguna a las partes procesales acerca de si ha tomado o no una decisión para desvincularse de la acusación fiscal planteada.
4.	**Fundamentación en la Sentencia de las causas por las que se presenta la desvinculación** A pesar de no haberse pronunciado al respecto de manera previa, en la sentencia, el Juzgador se desvincula de la acusación fiscal por lo siguientes fundamentos: a. Inexistencia de confesión sincera, en los términos establecidos por el Fiscal en su acusación; pues en el caso concreto se advierte que la intervención policial se realizó inmediatamente después de ocurridos los hechos, por lo que el imputado habría sido intervenido en plena flagrancia delictiva, art. 259 del CPP. b. Al no existir confesión sincera, no resulta aplicable la reducción de la pena por debajo del mínimo legal, como lo había señalado el Fiscal en su acusación, en la

	que había fijado 3 años y 8 meses de pena privativa de la libertad. c. Al existir el impedimento de que el Juez aplique una pena más grave que la requerida por el Fiscal, de conformidad con el artículo 397.3 del CPP, se hace necesario realizar una desvinculación de la pena solicitada por la Fiscalía.
5.	**Factores externos que intervienen en la toma de las decisiones** En el presente caso no se avisora ningún factor externo que condicione la resolución judicial.

En consecuencia, en el presente proceso, el problema presentado respecto de la corrección de la acusación fiscal. Pudo haberse subsanado en etapa intermedia, sin embargo, el Juez de Investigación Preparatoria a cargo no realizó el estudio pertinente del caso, lo que resultó en un indebida graduación de la pena solicitada, lo que obligó al Juez del Juzgamiento a realizar una desvinculación de la pena presentada en la acusación por motivos meramente jurídico procesales que pudieron haber sido subsanados previamente.

En ese sentido, una de las causas identificadas para la posterior desvinculación de la acusación fiscal por parte del Juez del Juzgamiento es la incorrecta actuación de los magistrados que

controlan la acusación, generando inconvenientes en la aplicación del derecho que deben ser resueltos a través de esta figura.

4.3.2. EXPEDIENTE Nº 01001-2012-0-0601-JR-PE-01, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 01001-2012-5-0601-JR-PE-01

El presente proceso ha sido incoado debido a los siguientes hechos, explicados de manera resumida:

Gresca producida en el seno de una familia, en que se presentó una pelea directa entre el padre, quien era un ebrio habitual, y su hija; produciéndose luego la muerte de éste por haberse causado una insuficiencia respiratoria como consecuencia de las lesiones sufridas.

La calificación jurídica realizada por el Fiscal:

La Fiscalía calificó los hechos anteriormente narrados como delito de parricidio previsto y sancionado en el artículo 107 del Código Penal.

Prognósis de pena:

Privativa de la libertad no menor de quince años.

Pretensión penal:

El Fiscal solicita 15 años de pena privativa de la libertad.

Nº	INDICADORES
1.	**Acerca de la validez de la obtención del acervo probatorio en investigación preparatoria y su relación con los motivos de la desvinculación** Analizada la Carpeta Fiscal cuya investigación generó el presente expediente se ha observado que no se ha presentado lesión alguna a derechos fundamentales en la obtención de los medios probatorios, ni otra circunstancia relevante que pueda haber influido posteriormente en la desvinculación de la acusación penal. Por tanto, en el presente caso existe corrección en la actuación del fiscal a nivel de investigación preparatoria.
2.	**Corrección de la subsunción de hechos sustentados en material probatorio en las normas procesales y sustantivas penales en la etapa intermedia de la acusación.** En esta etapa es posible analizar la obtención del material probatorio, lo cual influirá respecto de la admisión del mismo; sin embargo, no ha realizado observación alguna acerca de su correlación con la tipificación realizada por el

	Fiscal, al respecto, el Juez de la etapa intermedia ha procedido de conformidad con lo establecido por el ordenamiento procesal al admitir los medios probatorios que resultan pertinentes, conducentes y útiles; pero no ha realizado el correcto análisis previo para subsumir los hechos presentados en el tipo penal sustentado en la acusación.
3.	**Corrección procedimental y sustantiva en el desarrollo Juicio Oral** En el desarrollo del Juicio Oral, se han actuado correctamente las pruebas admitidas, no se ha presentado ninguna incidencia que ejerza haya condicionado el correcto desarrollo del mismo, se ha realizado los alegatos de apertura y de clausura dentro de los parámetros legalmente establecidos y, al finalizar el mismo, el Juez no ha realizado advertencia alguna a las partes procesales acerca de si ha tomado o no una decisión para desvincularse de la acusación fiscal planteada.
4.	**Fundamentación en la Sentencia de las causas por las que se presenta la desvinculación** A pesar de no haberse pronunciado al respecto de manera previa, en la sentencia, el Juzgador se desvincula de la acusación fiscal por los siguientes fundamentos:

	a. Todas las pruebas actuadas en el Juicio Oral, dan cuenta de la comisión de un tipo delictivo distinto del de parricidio propuesto por la Fiscalía, pues no dan cuenta de la intención ni la actuación de la acusada tendiente a terminar con la vida de su padre, sino de repeler el ataque de este en la pelea generada. b. No existen medios probatorios directos que nos indiquen la intención ni la actuación de la acusada tendiente a terminar con la vida de su padre. c. En cuanto a la tipicidad objetiva, se tiene que la acusada habría ocasionado la lesiones a su padre, tal y como lo ha aceptado ella misma en Juicio Oral y que esta lesiones, según ha sido corroborado con las pericias, son las que le habrían causado la muerte. d. En cuanto a la tipicidad subjetiva se tiene que ha quedado plenamente acreditado que la acusada buscaba causarle lesiones a su padre en el contexto de una gresca, no así matarlo. e. Sin realizar ninguna otra fundamentación de tipo procesal y sin indicarlo expresamente en la resolución, el Colegiado se desvincula de la acusación Fiscal, en el extremo de la tipificación del hecho, y lo varía al delito de lesiones graves seguidas de muerte, imponiéndole una pena privativa de la libertad de seis años, muy por debajo de la prognosis de pena para el

	parricidio.
5.	**Factores externos que intervienen en la toma de las decisiones** En el presente caso no se avisora ningún factor externo que condicione la resolución judicial.

En consecuencia, en el presente proceso, el problema presentado respecto de la corrección de la acusación fiscal, también pudo haberse subsanado en etapa intermedia, sin embargo, el Juez de Investigación Preparatoria a cargo no realizó el estudio pertinente del caso, lo que resultó en un indebida tipificación de los hechos imputados, lo que obligó al Juez del Juzgamiento a realizar una desvinculación de la pena presentada en la acusación por motivos meramente jurídico procesales que pudieron haber sido subsanados previamente.

Por otro lado, se tiene que el Fiscal tampoco habría realizado una correcta tipificación del delito a pesar de contar ya con el acervo probatorio que finalmente fue actuado en juicio y, al tratarse de un hombre de derecho, es su responsabilidad dicha actuación.

En ese sentido, una de las causas identificadas para la posterior desvinculación de la acusación fiscal por parte del Juez del Juzgamiento es la incorrecta actuación de los magistrados que

controlan la acusación, generando inconvenientes en la aplicación del derecho que deben ser resueltos a través de esta figura.

4.3.3. EXPEDIENTE Nº 00092-2014-0-0601-JR-PE-03, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 00092-2014-11-0601-JR-PE-03

El **presente** proceso ha sido incoado debido a los siguientes hechos, explicados de manera resumida:

Robo agravado sufrido en las inmediaciones del Centro Comerial El Quinde, cuando salía de la agencia del Banco de Crédito del Perú tras haber cobrado una fuerte suma de dinero.

Dicho delito se perpetro con la colaboración de las acusadas, quienes habrían estado en el interior de la agencia observando qué persona retira una suma fuerte de dinero para luego avisarle a sus compañeros a fin de que lo asalten.

La calificación jurídica realizada por el Fiscal:

La Fiscalía calificó los hechos anteriormente narrados como delito de robo agravado previsto y sancionado en el artículo 188 del Código Penal, y su forma agravada prevista en el artículo 189° del mismo cuerpo normativo.

Prognósis de pena:

Privativa de la libertad no menor de doce ni mayor de veinte años.

Pretensión penal:

El Fiscal solicita catorce años de pena privativa de la libertad para una y trece años con cuatro meses de pena privativa de la libertad para otra.

Nº	INDICADORES
1.	**Acerca de la validez de la obtención del acervo probatorio en investigación preparatoria y su relación con los motivos de la desvinculación** Analizada la Carpeta Fiscal cuya investigación generó el presente expediente se ha observado que no se ha presentado lesión alguna a derechos fundamentales en la obtención de los medios probatorios, ni otra circunstancia relevante que pueda haber influido posteriormente en la desvinculación de la acusación penal. Por tanto, en el presente caso existe corrección en la actuación del fiscal a nivel de investigación preparatoria.
2.	**Corrección de la subsunción de hechos sustentados en**

	material probatorio en las normas procesales y sustantivas penales en la acusación, etapa intermedia. En esta etapa es posible analizar la obtención del material probatorio, lo cual influirá respecto de la admisión del mismo; sin embargo, no ha realizado observación alguna acerca de su correlación con la tipificación realizada por el Fiscal, al respecto, el Juez de la etapa intermedia ha procedido de conformidad con lo establecido por el ordenamiento procesal al admitir los medios probatorios que resultan pertinentes, conducentes y útiles; pero no ha realizado el correcto análisis previo para subsumir los hechos presentados en el tipo penal sustentado en la acusación.
3.	**Corrección procedimental y sustantiva en el desarrollo Juicio Oral** En el desarrollo del Juicio Oral, se han actuado correctamente las pruebas admitidas, no se ha presentado ninguna incidencia que ejerza haya condicionado el correcto desarrollo del mismo, se ha realizado los alegatos de apertura y de clausura dentro de los parámetros legalmente establecidos y, al finalizar el mismo, el Juez ha realizado la advertencia a las partes procesales acerca la posibilidad de desvincularse de la acusación fiscal planteada de conformidad con los establecido en el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.

4.	**Fundamentación en la Sentencia de las causas por las que se presenta la desvinculación** A pesar de no haberse pronunciado al respecto de manera previa, en la sentencia, el Juzgador se desvincula de la acusación fiscal por los siguientes fundamentos: a. Todas las pruebas actuadas en el Juicio Oral, dan cuenta de la comisión de un tipo delictivo distinto del de robo agravado propuesto por la Fiscalía, en el caso específico de las imputadas antes señaladas, debido a que su labor se agota en los actos preparatorios del delito de robo agravado. b. Se trata en realidad de un acto preparatoria que al ser incorporado al Código Penal, se constituye en un medio, que tiene como finalidad evitar se concrete la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido del delito fin, para el presente caso, el patrimonio. Por ello, el Colegiado considera que los hechos comprobados por los medios probatorios en el Juicio Oral, constituyen en realidad el delito de marcaje tipificado en el artículo 317-A del Código Penal y sanciona con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años.
5.	**Factores externos que intervienen en la toma de las decisiones** En el presente caso no se avisora ningún factor externo que condicione la resolución judicial.

En consecuencia, en el presente proceso, el problema presentado respecto de la corrección de la acusación fiscal, también pudo haberse subsanado en etapa intermedia, sin embargo, el Juez de Investigación Preparatoria a cargo no realizó el estudio pertinente del caso, lo que resultó en un indebida tipificación del delito, lo que obligó al Juez del Juzgamiento a realizar una desvinculación de la pena presentada en la acusación por motivos meramente jurídico procesales que pudieron haber sido subsanados previamente.

Por otro lado, se tiene que el Fiscal tampoco habría realizado una correcta tipificación del delito a pesar de contar ya con el acervo probatorio que finalmente fue actuado en juicio y, al tratarse de un hombre de derecho, es su responsabilidad dicha actuación.

En ese sentido, una de las causas identificadas para la posterior desvinculación de la acusación fiscal por parte del Juez del Juzgamiento es la incorrecta actuación de los magistrados que controlan la acusación, generando inconvenientes en la aplicación del derecho que deben ser resueltos a través de esta figura.

4.3.4. EXPEDIENTE Nº 00636-2015-0-0601-JR-PE-02, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 00636-2015-1-0601-JR-PE-02

El presente proceso ha sido incoado debido a los siguientes hechos, explicados de manera resumida:

El día 15 de septiembre de 2014, luego de salir de clases del Instituto Superior Pedagógico Arístides Merino Merino de Celendín, el agraviado y sus amigos fueron a libar licor, primero en una cantina y luego en el cuarto de uno de los amigos, contexto en el cual y aprovechándose de su inconsciencia, éste último le habría impuesto el acto sexual, retirándose luego a dormir en el cuarto de su hermana, despertándose al día siguiente el agraviado y al darse cuenta, denunció los hechos.

La calificación jurídica realizada por el Fiscal:

La Fiscalía calificó los hechos anteriormente narrados como delito de violación sexual producida después de poner a la víctima en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, regulada en el artículo 171 del Código Penal.

Prognósis de pena:

Privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Pretensión penal:

El Fiscal solicita diez años de pena privativa de la libertad al acusado.

Nº	INDICADORES
1.	**Acerca de la validez de la obtención del acervo probatorio en investigación preparatoria y su relación con los motivos de la desvinculación** Analizada la Carpeta Fiscal cuya investigación generó el presente expediente se ha observado que no se ha presentado lesión alguna a derechos fundamentales en la obtención de los medios probatorios, ni otra circunstancia relevante que pueda haber influido posteriormente en la desvinculación de la acusación penal. Por tanto, en el presente caso existe corrección en la actuación del fiscal a nivel de investigación preparatoria.
2.	**Corrección de la subsunción de hechos sustentados en material probatorio en las normas procesales y sustantivas penales en la acusación, etapa intermedia.** En esta etapa es posible analizar la obtención del material probatorio, lo cual influirá respecto de la admisión del mismo; sin embargo, no ha realizado observación alguna

	acerca de su correlación con la tipificación realizada por el Fiscal, al respecto, el Juez de la etapa intermedia ha procedido de conformidad con lo establecido por el ordenamiento procesal al admitir los medios probatorios que resultan pertinentes, conducentes y útiles; pero no ha realizado el correcto análisis previo para subsumir los hechos presentados en el tipo penal sustentado en la acusación.
3.	**Corrección procedimental y sustantiva en el desarrollo Juicio Oral** En el desarrollo del Juicio Oral, se han actuado correctamente las pruebas admitidas, no se ha presentado ninguna incidencia que ejerza haya condicionado el correcto desarrollo del mismo, se ha realizado los alegatos de apertura y de clausura dentro de los parámetros legalmente establecidos y, al finalizar el mismo, los Jueces han realizado la advertencia a las partes procesales acerca la posibilidad de desvincularse de la acusación fiscal planteada de conformidad con los establecido en el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal; es decir, pronunciarse respecto de un tipo penal diferente del propuesto, es decir el artículo 170 del Código Penal; siendo que las partes no expresaron objeción a esta posibilidad y tampoco ofrecieron medios probatorios en ese sentido, más allá de los actuados en juicio oral.

	En este tenor, es pertinente indicar que en este procedimiento sí se han seguido los procedimientos correspondientes para aplicar el referido artículo que faculta al Juez a desvincularse de la acusación fiscal, puesto que se ha cautelado el derecho de defensa de las partes, así como el debido proceso en general.
4.	**Fundamentación en la Sentencia de las causas por las que se presenta la desvinculación** A pesar de no haberse pronunciado al respecto de manera previa, en la sentencia, el Juzgador se desvincula de la acusación fiscal por los siguientes fundamentos: a. El día de los hechos el agraviado ha sido víctima del delito de violación sexual por parte de [redacted], quien admite este hecho, además de la oralización del certificado médico legal Nº 001107-E-IS; sin embargo no se ha probado que haya sido el acusado quién puso en estado de inconsciencia al agraviado, pues el mismo agraviado ha narrado que se encontraban tomando en grupo; por lo que no se puede inferir que el agraviado lo haya puesto en estado de embriaguez a la fuerza o con engaños- b. Siendo así, debidamente confrontados los hechos objeto de acusación fiscal con las pruebas actuadas durante el Juicio Oral, el Colegiado ha considerado que los hechos se subsumen en el delito de violación sexual de mayor

	de edad regulado en el artículo 170, primer párrafo del Código Penal. c. Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado, se le impuso seis años de pena privativa de la libertad efectiva.
5.	**Factores externos que intervienen en la toma de las decisiones** En el presente caso no se avisora ningún factor externo que condicione la resolución judicial.

En consecuencia, en el presente proceso, el problema presentado respecto de la corrección de la acusación fiscal, también pudo haberse subsanado en etapa intermedia, sin embargo, el Juez de Investigación Preparatoria a cargo no realizó el estudio pertinente del caso, lo que resultó en un indebida tipificación del delito, lo que obligó al Juez del Juzgamiento a realizar una desvinculación de la pena presentada en la acusación por motivos meramente jurídico procesales que pudieron haber sido subsanados previamente.

Ad empero, llama poderosamente la atención de la labor del fiscal en el proceso penal, la misma que no se resume en buscar responsables de ilícito pena, sino tomar cuenta de la verdad de los hechos a través de las investigaciones, las mismas que al ser desarrolladas dentro del marco legal justifican la tipificación del hecho.

En el caso específico dicha labor fiscal ha sido realizada de manera deficiente, debido a que de la narrativa de los hechos, las manifestaciones tanto de imputado como agravias, se puede tener en cuenta que este último habría libado licor por su propia voluntad y que de ninguna manera ha intervenido la voluntad del imputado para obligarlo a consumir licor.

Por lo que en el presente caso la actuación judicial se constituye en un pilar para el correcto desenvolvimiento del derecho penal y para la corrección de la actuación del Juez de Investigación Preparatoria como del Fiscal interviniente.

4.3.5. EXPEDIENTE Nº 01026-2014-0-0601-JR-PE-03, CUADERNO DE JUICIO ORAL Nº 01026-2014-1-0601-JR-PE-03

El presente proceso ha sido incoado debido a los siguientes hechos, explicados de manera resumida:

Extracción sistemática por parte del acusado en su calidad de jefe de planificación, sentenciado por el delito de peculado doloso, del dinero o recursos económicos de la Municipalidad Distrital de Sorochuco – Celendín hasta por un monto ascendente a S/. 2 265 472.39; delito en el que habrían intervenido como cómplices primarias dos señoritas.

La calificación jurídica realizada por el Fiscal:

La Fiscalía calificó los hechos anteriormente narrados como delito de peculado doloso, en el que las imputadas aparecen como cómplices, previsto y sancionado en el artículo 387 del Código Penal, en su forma agravada.

Prognósis de pena:

Privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Pretensión penal:

El Fiscal solicita nueve años de pena privativa de la libertad y suspensión por el mismo término.

Nº	INDICADORES
1.	**Acerca de la validez de la obtención del acervo probatorio en investigación preparatoria y su relación con los motivos de la desvinculación** Analizada la Carpeta Fiscal cuya investigación generó el presente expediente se ha observado que no se ha presentado lesión alguna a derechos fundamentales en la obtención de los medios probatorios, ni otra circunstancia relevante que pueda

	haber influido posteriormente en la desvinculación de la acusación penal. Por tanto, en el presente caso existe corrección en la actuación del fiscal a nivel de investigación preparatoria.
2.	**Corrección de la subsunción de hechos sustentados en material probatorio en las normas procesales y sustantivas penales en la acusación, etapa intermedia.** En esta etapa es posible analizar la obtención del material probatorio, lo cual influirá respecto de la admisión del mismo; sin embargo, no ha realizado observación alguna acerca de su correlación con la tipificación realizada por el Fiscal, al respecto, el Juez de la etapa intermedia ha procedido de conformidad con lo establecido por el ordenamiento procesal al admitir los medios probatorios que resultan pertinentes, conducentes y útiles; pero no ha realizado el correcto análisis previo para subsumir los hechos presentados en el tipo penal sustentado en la acusación.
3.	**Corrección procedimental y sustantiva en el desarrollo Juicio Oral** En el desarrollo del Juicio Oral, se han actuado correctamente las pruebas admitidas, no se ha presentado ninguna incidencia que ejerza haya condicionado el correcto desarrollo del

	mismo, se ha realizado los alegatos de apertura y de clausura dentro de los parámetros legalmente establecidos y, al finalizar el mismo, el Juez ha realizado la advertencia a las partes procesales acerca la posibilidad de desvincularse de la acusación fiscal planteada de conformidad con los establecido en el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.
4.	**Fundamentación en la Sentencia de las causas por las que se presenta la desvinculación** Los juzgadores se desvinculan de la acusación fiscal por los siguientes fundamentos: a. Todas las pruebas actuadas en el Juicio Oral, dan cuenta de imputada "a", ha sido destinataria de diversos montos de dinero depositados o girados a su nombre, por lo que debió presumir el carácter delictivo de éstos, dada su monta y teniendo en cuenta la remuneración del imputado, quién era el que le giraba dicho dinero. b. Sin embargo, señala que dicha percepción de dinero, tomando en cuenta que los caudales los depositaba [redacted] a su nombre propio y, luego retiraba el dinero y lo volvía a grirar o depositar a la mencionada señorita, no se trata de un caudal público directamente del que estaría disponiendo puesto que el delito ya se consumó con la primera trasferencia, lo que no puede imputársele el delito de peculado doloso. c. A esta señorita, dadas las características de su proceder se

	la Sentencia, condenándola a cuatro años de pena privativa de libertad y noventa días multa por el delito de receptación. d. Respecto de la imputada "a", se tiene que ésta habría girado un monto dinerario a la señorita "b", el mismo que le habría entregado Gilberto bajo la aseveración de que era para pagar a un proveedor. e. Respecto de esta señorita, no se habría apoderado del dinero debido a que [redacted] primero se giraba el dinero a un nombre y posteriormente disponía de él. En el caso no es posible decir que la señorita estuvo en posibilidad de conocer la procedencia del dinero porque no trabajaba directamente en la Municipalidad de Sorochuco, ni que éste estaba siendo utilizado indebidamente, puesto que estaba actuando por hacerle un favor al señor [redacted] quién le habría encargado que haga el depósito. Por lo que su conducta no resulta ilícita, siendo absuelta por el colegiado.
5.	**Factores externos que intervienen en la toma de las decisiones** En el presente caso no se avisora ningún factor externo que condicione la resolución judicial.

En consecuencia, en el presente proceso, el problema presentado respecto de la corrección de la acusación fiscal, también pudo

haberse subsanado en etapa intermedia, sin embargo, el Juez de Investigación Preparatoria a cargo no realizó el estudio pertinente del caso, lo que resultó en un indebida tipificación del delito, lo que obligó al Juez del Juzgamiento a realizar una desvinculación de la pena presentada en la acusación por motivos meramente jurídico procesales que pudieron haber sido subsanados previamente.

Por otro lado, se tiene que el Fiscal tampoco habría realizado una correcta tipificación del delito a pesar de contar ya con el acervo probatorio que finalmente fue actuado en juicio y, al tratarse de un hombre de derecho, es su responsabilidad dicha actuación.

En ese sentido, una de las causas identificadas para la posterior desvinculación de la acusación fiscal por parte del Juez del Juzgamiento es la incorrecta actuación de los magistrados que controlan la acusación, generando inconvenientes en la aplicación del derecho que deben ser resueltos a través de esta figura.

4.4. DISCUSIÓN

4.4.1. DISCUSIÓN EMPÍRICA

La discusión en la presente tesis se originará a partir de la contrastación o no de la hipótesis planteada originalmente, la misma que estableció:

"…**La existencia de una errónea calificación jurídica de los hechos penales (tipicidad errónea) y la presión mediática de la prensa y la sociedad, hacen que los jueces penales se desvinculen de la acusación fiscal…"**

Del estudio empírico realizado se tiene:

5.1. Existen deficiencias en la elaboración de los dictámenes acusatorios en todos los casos analizados, las mismas que redundan en temas tanto procesales como en el análisis de fondo.

5.2. Dichas deficiencias no han sido advertidas ni corregidas en la etapa intermedia por lo que el control de acusación llevado a cabo por el Juez tampoco ha sido eficiente.

5.3. Las deficiencias en la acusación y la falta de control judicial han generado circunstancias problemáticas en cuanto a determinación de la pena y tipificación del delito.

5.4. Los Jueces de Juzgamiento se han visto obligados a subsanar dichas deficiencias y desvincularse de la acusación fiscal.

5.5. Una deficiencia presentada en dos de los casos es que no se ha cumplido con los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 374, inciso 1 del Código Procesal Penal.

5.6. No se ha tenido constancia de que existan otros factores o causas extra jurídicas que motiven la desvinculación de la acusación fiscal.

Con lo dicho se tiene plenamente corroborado lo siguiente: Se ha comprobado parcialmente la hipótesis debido a que se tiene cuenta que existen causas jurídicas como la incorrecta proposición punitiva o la incorrecta tipicidad de parte de los fiscales que orillan a la judicatura a desvincularse de la acusación fiscal; sin embargo, no se ha comprobado que existan causas extrajurídicas o meramente sociales tales como la presión mediática; por otro lado, realizar tal afirmación sería tanto como decir que los jueces condicionan sus fallos a la coyuntura social, lo cual raya con lo delictual y no puede ser aceptado dentro de nuestra sociedad y, si excepcionalmente ocurre, deberá ser materia de análisis procesal y no doctrinario.

4.4.2. DISCUSIÓN TEÓRICA

Respecto a la Desvinculación de la Acusación Fiscal en la Sentencia Penal, observamos que en el Código de Procedimientos Penales en su artículo 285° apartado A, precisa que sólo es posible la Desvinculación de la Acusación Fiscal cuando corresponda variar la calificación jurídica del hecho procesal o cuando se advierten

circunstancias modificativas de la responsabilidad no incluidas en la Acusación que aumente 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; en el mismo sentido, advertimos que en Código Procesal Vigente, en su inciso 1) del artículo 374°, se precisa que si en el curso del Juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad; sin embargo, creemos conveniente que es necesario entender del porqué de esta desvinculación del tipo penal, por cuanto el lugar natural es la Etapa Intermedia, etapa en la cual se sanea el proceso penal, donde se verifica la adecuada tipificación del delito imputado, se admiten o desaprueban los medios de prueba, entendiéndose que ambos magistrados (Juez y Fiscal) se encuentran capacitados jurídicamente para desarrollar dicho saneamiento, más aún, si se encuentran los abogados de las partes procesales, quienes tienen la obligación y derecho de presentar cuanto medio técnico de defensa sea necesario para defender los intereses de sus patrocinados, por lo que, ante esta preocupación de entender del por qué conlleva a los magistrados desvincularse del tipo penal es que hemos creído necesario realizar este trabajo de investigación;

estando en la creencia que si bien pueden existir errores u omisiones en la Acusación fiscal las cuales deben ser observadas y subsanadas por el Órgano Jurisdiccional, también somos de la creencia, que dicha observación se debe realizar en la Etapa Intermedia, más no en la Etapa de Enjuiciamiento (Gómez, 1997, p. 94), donde el proceso ya se encuentra encaminado hacia dónde deben apuntar las partes procesales a fin de buscar la condena o absolución del acusado.

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, 2000).

El Código Procesal Penal, tiene instituciones precisas que permiten un control más efectivo de la acusación. En efecto, el artículo 350°.1) del Código Procesal Penal, 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 del Código Procesal Penal, 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 del Código Procesal Penal, 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.

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 Código Procesal Penal -, 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, 2004, p. 55).

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

5.1.2. Es causa para la desvinculación de la acusación fiscal la incorrecta actuación de los magistrados que controlan la acusación, generando inconvenientes en la aplicación del derecho que deben ser resueltos a través de esta figura.

5.1.3. Otra causa para la desvinculación de la acusación fiscal es la indebida actuación técnica del Fiscal al elaborar su acusación.

5.1.4. En cuanto al ámbito sustantivo, está referido a temas de fondo del asunto, como por ejemplo la correcta subsunción de los hechos acreditados mediante el material probatorio en la normatividad penal, concretamente el tipo penal.

5.1.5. No existe una causa social que fundamente la desvinculación de la acusación fiscal, por los jueces penales, en el distrito judicial de Cajamarca, durante los años 2014 y 2015.

5.2. **RECOMENDACIONES**

5.2.1. Se recomienda al Órgano de Control del poder Judicial a fin de que revise periódicamente los procesos que han sido sentenciados por desvinculación de la acusación, a fin de controlar que los magistrados no excedan el poder que les ha conferido el Estado.

5.2.2. Se recomienda al órgano de Control del Ministerio Público que revise las acusaciones que han sido motivo de desvinculación a fin de constatar si la incorrecta o deficiente actuación del Fiscal obedece a la irresponsabilidad en el cumplimiento de sus funciones.

5.2.3. Se recomienda a los órganos ejecutivos del Poder Judicial y Ministerio Público, a fin de establecer directivas tendientes a regular la actividad mínima de los Jueces y Fiscales en la etapa intermedia, a efectos de establecer una estricta calificación jurídica de los procesos que pasan a juicio oral.

LISTA DE REFERENCIAS

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho.* (G. J. Malem, Trad.) Barcelona.

Alexy, R. (1995). *Derecho. Razón. Discurso. Estudio sobre Filsofía del Derecho.* Frankfurt: Main.

Austin, J. (1885). *La filosofía del derecho positivo.* Londres.

Bentham, J. (1836). *Deontología o ciencia de la moral.* Valencia.

Berizonce, R. O. (2004). Saneamiento del Proceso y "Rechaxo in Limine" e improponibilidad objetva de la demanda. *Revista de Derecho Procesal N° 2*, pp. 82 y siguientes.

Castillo Soberanes, M. Á. (2012). El principio de Supremacía Constitucional. *Jurídica*, 161-183.

CJ-117. (2007). Acuerdo Plenario N° 04. Lima, Perú: Poder Judicial .

CJ-117. (2009). Acuerdo Plenario N° 04. Lima: Poder Judicial .

Colmenero Menéndez. (2004). *Litigación penal, juicio oral y prueba.* Santiago: Diego Portales.

Dworkin, R. (1986). *El Imperio del Derecho - Law's Empire.* Londres: Peral Duckworth & Co. Ltd.

Escobar Antesano, C. (N° 03- 05/ 2009). Problemas en la Aplicación de la Desvinculación Procesal. Principio de Determinación Alternativa: Alcances del Artículo 285°-A Del C´+odigo de Procedimientos Penales. *Revista Oficial del poder Judicial*.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrer, J. (23 de Enero de 2015). *Blog IUTA*. Obtenido de Blog IUTA: http://metodologia02.blogspot.pe/p/tecnicas-de-la-investigacion.html

García Maynes, E. (1980). *Introducción al estudio del Derecho.* Argentina: Purrua S.A.

Gómez Orbaleja, E. (1997). *Comenatrios a la Ley de Enjuiciamiento Penal* . Valencia: Trnt to Balanch.

Hart, A. (1983). *Ihering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence.* Oxford: Clarendom press.

Hart, H. (1968). *El concepto de derecho.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Hart, H. (1980). Entre el principio de utilidad y los derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, 50-78.

Hobbes, T. (1985). *Leviatham.* Buenos Aires: Arestra.

Inventario Judicial del Poder Judicial. (20 de Enero de 2015). Cajamarca, Cajamarca, Cajamarca.

Lacey. (2004). *La vida de H.L.A Hart, La pesadilla y el noble sueño.* Oxford: OUP.

Matteucci, N. (1963). Positivismo giuridico e costituzionalismo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*.

Montero Aroca, J. (2001). *Derecho Jurisdiccional II* (Décima Edición ed., Vol. Tomo II). Valencia: Tirant To Balanch.

Montero Aroca, J. (s.f.). *Principios del Proceso Penal.* Valencia: Tirant to Blanch.

Orrego, C. (1997). *H.L.A Hart. Abogado del positivismo jurídico.* Pamplona: Eunsa.

Peyrano, J. W. (1993). *El Proceso Atípico.* Argentina: Universidad de Buenos Aires .

Pons, J. (25 de Noviembre de 2009). *Constitución Web*. Obtenido de Constitución Web: http://constitucionweb.blogspot.pe/2009/11/constitucion-austriaca-de-1920-o.html

Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo.* México DF: Fontamara.

Rojas Crotte, I. R. (2011). Elementos para el diseño de ténicas de investigación: una propuesta de definiciones y procedimientos en la investigación científica. *Tiempo de Educar*, 277-297.

Sánchez de la Torre, A. (1975). *Los principios clásicos del Derecho.* Madrid: Unión Editorial.

Sánchez Velarde, P. (2004). *Mnaual de Derecho Procesal Penal .* Lima: Idemsa.

Sanmartín Castro, C. (2003). *Derecho Procesal Penal .* Lima: Grijley.

Vega Gómez, J. (2006). El positivismo excluyente de RAZ. *Boletin mexicano de Derecho Comparado*, 959-999.

Zagrebelsky, C. (1995). *Derecho dúctil.* Madrid: Trotta.

A N E X O S

SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES Y COLEGIADO DE CAJAMARCA, 2014-2015.

083

SENTENCIA CONDENATORIA.

CUADERNO DE DEBATE: 367 - 2014 -1-0601-JR-PE-01

ACUSADO	: JOSÉ LUIS ETELVINO VÍLCHEZ VÁSQUEZ
AGRAVIADO	: JOSÉ LUIS PÉREZ VALDEZ.
DELITO	: LESIONES GRAVES
JUEZ	: DOMINGO ALVARADO LUIS
ESP. CAUSAS	: EVER CHAVEZ VASQUEZ
ESP. AUDIENCIA	: WALTER ÁLVARO GUEVARA RABANAL

RESOLUCIÓN N° SEIS

Cajamarca, veintitrés de abril del año dos mil quince.-

VISTO, OÍDO Y CONSIDERANDO:

Individualización de los Intervinientes.

PRIMERO: Ante el Quinto Juzgado Penal Unipersonal de Cajamarca, a cargo de la Juez **Domingo Alvarado Luis**, contando con la intervención del representante del Ministerio Público, **José Luis Miguel Castillo Espejo,** Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cajamarca, con domicilio procesal, sito en el Jr. Sor Manuela Gil S/N-Urb. La Alameda-Cajamarca. El agraviado **José Luis Pérez Valdez**, Con DNI N° 46186815. El Abogado de la parte agraviada, **Miguel Rojas Martínez,** con registro del colegio de abogados de Cajamarca 495, con domicilio procesal, sito en el Jr. Amalia Puga #413, oficina 212-Segundo Piso en Cajamarca. El abogado del acusado **Jhonny Martín Rodríguez Silva,** con registro del colegio de abogados de Cajamarca 496, con domicilio procesal sito en el Jr. Del Batán #149, interior oficina 3 en Cajamarca. **JOSÉ LUIS ETELVINO VÍLCHEZ VÁSQUEZ**, con DNI N° 27081622, nació en Celendín Baja el 24/04/1975; tiene 40 años, hijo de Mario y Celestina, con educación superior, de ocupación empresario, con domicilio real sito en el Jr. Luis Rebasa Neira #311-Cajamarca, consume licor esporádicamente, no consume drogas, no tiene antecedentes penales; juzgamiento con el siguiente resultado:

Alegatos preliminares de fiscalía.

SEGUNDO.- Hechos. Se trata del delito de lesiones graves que se le imputa a don **José Luis Etelvino Vílchez Vásquez,** toda vez que el 24 de octubre del 2013, a horas 4:20 de la tarde, en la Av. Luis Rebaza Neyra, tercera cuadra, en Cajamarca, se ha producido una gresca entre el hoy acusado y el señor Modesto Pérez Quispe quien es padre del agraviado José Luis Pérez Valdez, el mismo al ver que su padre fue empujado por el acusado, acudió en su auxilio, empujando al acusado, por lo que el acusado lo abraza y caen al suelo, en esas circunstancias el acusado llegó a morder el oído derecho del agraviado. Esta lesión ha sido calificada por el médico legista como desfiguración de rostro grave y permanente.

Calificación jurídica: Los hechos antes descritos son calificado como **Lesiones Graves con desfiguración de rostro**, se subsumen en el artículo 121.2 del Código Penal.

Pretensión probatoria: Promete probar los hechos con los medios de prueba ofrecidos y admitidos en la audiencia de control de acusación.

Pretensión Penal: solicita 3 años y 8 meses de pena privativa de libertad. Toda vez que el Fiscal responsable del caso indicó que don José Luis Etelvino Vílchez Vásquez había confesado sinceramente el hecho punible que se le atribuye.

Pretensión civil: La suma de 15,000.00 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la víctima el señor José Luis Pérez Valdez.

Pretensiones de la defensa.

TERCERO.- El defensor señaló: "Si bien es cierto, mi patrocinado a través del desarrollo de proceso ha reconocido en todo momento de manera voluntaria con una confesión sincera, haber causado las lesiones en el agraviado. Hay que tener en cuenta que lo ocurrido se dio no de una manera deliberada por mi patrocinado, quien haya buscado causarle el perjuicio, sino que se produjo en una gresca en la cual mi patrocinado se sentía en desventaja, pues se enfrentaba al agraviado y al padre del agraviado; por ende en un momento desesperado por defenderse infirió estas lesiones al agraviado. Es decir, mi patrocinado ha actuado en legítima defensa, por lo tanto esto debe tomarse en consideración y en el desarrollo del juicio oral se podrá verificar de las pruebas aportadas por el propio Ministerio Público y de las declaraciones del agraviado; que mi patrocinado generó éstas lesiones en un intento por defenderse y por evadir la agresión de las personas con quien se estaba enfrentando. Por lo tanto solicito que se considere estos argumentos a efecto de llegar a una sentencia justa."

Juzgamiento.

CUARTO.- El presente juzgamiento se ha desarrollado, de acuerdo a los cauces y trámites señalados en el Código Procesal Penal, respetando los principios garantistas del sistema penal –Legalidad, Lesividad, Culpabilidad y Proporcionalidad– que informan este nuevo sistema, habiéndose instalado válidamente la audiencia, previa observancia de las prerrogativas del artículo 371 y ss., del Código Procesal Penal, se expusieron los alegatos de apertura de las partes o teorías del caso, se efectuaron las instrucciones del colegiado tanto a los testigos, así como al acusado, quien admitió ser autor ni partícipe del delito materia de acusación ni responsable de la reparación civil, se dispuso la continuación del juicio oral, no ofreciéndose nuevos medios de prueba ni convecciones probatoria; se procedió actuar las pruebas admitidas a las partes en la audiencia de control de acusación, las mismas que deben ser valoradas dentro del contexto que señala el artículo 383 y 393 del Código Procesal Penal, finalmente se procedió a escuchar los alegatos de clausura.

ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

QUINTO.- Dentro del debate probatorio, garantizando los derechos al debido proceso, tutela penal, derecho de defensa –contradictorio– y presunción de inocencia, bajo el control de los sujetos procesales, preservando el principio contradictorio, se han actuado las siguientes medios de prueba:

5.1.-Declaración del acusado José Luis Etelvino Vílchez Vásquez, –prestada de conformidad con el principio de libertad de declaración y derecho de defensa–quien señaló: Que, su persona, el 24-10-2013, a las 4.20 de la tarde aproximadamente, en la Av. Luis Rebaza Neyra –cuadra tres– de la urbanización Villa Universitaria en Cajamarca, con motivo de que le ensuciaron dos vehículos, ha reclamado al padre del agraviado Modesto Pérez Quispe, siendo agredido por él y sus familiares; recibiendo una golpiza, por lo que su desesperación y para defenderse es que le ha mordido al hoy agraviado José Luis Pérez Valdez; dicha golpiza le generó que esté internado en una clínica y luego le deriven a Lima por la gravedad de los golpes. El día de los hechos fue quien llamó a la policía, pese a estar golpeado, llegaron a la comisaria y luego le llevaron a la clínica. Afirmando ese día, "*lo que exactamente ocurrió fue que yo estaba llegando a mi casa y el padre del agraviado estaba en la puerta de mi casa y me reclama por el altercado que tuvimos y en eso recibo un golpe por la espalda y me doy la vuelta a ver quién me golpeó, y me doy cuenta que es el hoy agraviado quien me golpeo; y en ese instante su padre me golpea por la espalda y yo caigo al piso con el agraviado y me pongo en su encima, y nos abrazamos y sus demás familiares me estaban golpeando y en ese acto de desesperación para salirme es que lo muerdo al agraviado*".

5.2.-Declaración del agraviado José Luis Pérez Valdez, -prestada de conformidad con lo establecido en el artículo 166(1), 170, 352(5) y 378 del vigente Código Procesal Penal- quien señaló que, el día de los hechos, estaba llegando con su mamá en su camioneta y vio a su papá conversando con el acusado, en eso éste empuja a su papá haciéndole caer de rodillas; bajándose del vehículo para ver cómo estaba su papá y en eso, para ello empujo al acusado para ver por su padre, en eso el acusado le coge por la espalda y le tira al suelo, cayendo en su encima y llega a morderle en la oreja derecha, ante ello, su padre quien por su edad y contextura demoró en pararse, se limitó sólo les separarlos. Niega que él o sus familiares hayan agredido al acusado, indicando que no intervino más personas. Afirma que hubo un altercado sin violencia, solo reclamos; porque había caído cemento a la camioneta del acusado, lo cual a él no le consta, y que él llamó a serenazgo y grabó los hechos ocurridos; después de los hechos fue llevado a la clínica los fresnos para que le curen de la mordedura. Gastando un promedio de 4,000.00 nuevos soles.

5.3.- Declaración del testigo Modesto Pérez Quispe [padre del agraviado], quien señaló que el día de los hechos, él se encontraba limpiando el cemento que caía de la construcción de su casa, en eso el acusado se acercó a su casa para reclamarle por el cemento que había caído a su camioneta, en forma malcriada y prepotente, como estaba con una laptop se fue a dejarla, regresa y le agrede físicamente, dándole una patada y haciéndole caer al piso, apareciendo su hijo en su defensa, y al levantarse observó que el acusado estaba encima de su hijo, al tratar de levantarlos, advierte que su hijo ya había sido mordido, por lo que después traslado a su hijo a una clínica; negando haber agredido al acusado.
Esta versión resulte contextualizada, coherente y al haber pasado el filtro de la contradicción es creíble.

5.4.- Declaración del testigo Isaías Jordán Chiclote, quien señaló que el día de los hechos, se encontraba trabajando en la casa del padre del agraviado y desde el tercer piso pudo observar que el padre del agraviado y al acusado cuando estaba discutiendo, luego vio la gresca entre el agraviado y el acusado, observando que el agraviado había sido mordido.
Este testimonio presencial contextualiza los hechos, resultando coherente y a lhaber pasado el filtro de la contradicción es creíble.

Careo entre el acusado y el agraviado.

5.5.- Careo entre el acusado y el agraviado -realizado de conformidad con lo establecido en el artículo 182 del CPP, a solicitud de fiscalía, sin oposición de la defensa-: cuyo objeto fue establecer cómo ocurrió la mordedura ante las versiones diferentes y contradictorias entre el acusado y agraviado respecto a la mordedura.
En el careo las partes mantuvieron sus dichos. Sin embargo, se advierte que la versión del agraviado es coherente, verosímil y creíble, al señalar que el acusado cayo en su encima y en esas circunstancias le produjo la mordedura de su oreja derecha. Advirtiéndose que el acusado es más alto que el agraviado.

Exámenes periciales.

5.6.- Declaración del perito médico legal Alindor Torres Moreno -realizada de conformidad con lo establecido en el artículo 172[1], 352.5 y 378 del CPP- quien luego de tener a la vistas sus dictámenes,

---

[1] El artículo 172 del Código Procesal Penal, señala que *"la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada". Así, surge la necesidad de consultar con especialistas en una determinada rama del saber humano para que, de acuerdo a su experiencia y conocimientos, pueda despejar las interrogantes del juzgador, quien desde luego, no puede ser un experto en todas las materias"*

dijo: Que se ratifica en el contenido y firma de los certificados médicos N°6154-L y 659-FF-AR, indicando que examinó al agraviado José Luis Pérez Valdez, estableciendo la amputación del lóbulo de la oreja derecha, más una herida de seis centímetros, producidos por **mordedura humana**, ameritando cuatro días de atención facultativa por doce de descanso médico legal, **afirmando que tal mutilación causa asimetría y desfiguración de rostro en el agraviado**, sin que ello haga impropia a la oreja para su función.

Oralización De Documentos.

5.7.-Acta de intervención policial N°1185-FREPOL-CAJJAMARCA/DEPUNEME,del 24/10/2019, constando que el día de los hechos hubo una gresca, de la cual José Luis Pérez Valdez resultó con una mordedura en la oreja, de fs.5, del Exp. Jud. Con la cual se corrobora la versión del agraviado respecto a los hechos imputados.

5.8.- Comprobantes de pago, obrantes de fs. 6 a 15, del Exp. Jud. Con los cuales acreditó los gastos que ha realizado el agraviado para su recuperación. Con los cuales se acredita los gastos realizados para tu tratamiento médico de la lesión provocada por el acusado.

5.9.- Acta de visualización y transcripción del CD obrante a fs.16, del Exp. Jud. De la cual se advierte al agraviado con la oreja mordida y al acusado con sangre en la boca. De las que se advierte la forma como quedo afectada la oreja derecha del agraviado, luego de la mordedura realizada por el acusado quien tenía manchas al parecer de sangre en la boca.

5.10.- Proforma del Centro Médico Víctor R. Conteras, con el cual se advierte el presupuesto necesario para la plastía del pabellón auricular derecho del agraviado, que corre a fs.17, del Exp. Jud. Con el cual se acredita que el médico cirujano cobraría siete mil nuevos soles para realizarle la operación reconstructiva del lóbulo de la oreja derecha del agraviado.

SEXTO.- ALEGATOS FINALES O DE CLAUSURA.

De fiscalía.

El señor fiscal, dijo: Que se ha probado la comisión del delito y la responsabilidad del acusado **José Luis Etelvino Vílchez Vásquez,** ello ha quedado establecido con la declaración del agraviado José Luis Pérez Valdez, con el examen de los testigos y del perito médico legal, así como de las documentales oralizadas, y si bien las lesiones fueron causadas por disputas personales y reclamos de haber manchado su vehículo, tal conducta no está justificada y su subsume claramente en el artículo 121.2 del Código Penal, por lo que se reafirma en su tesis acusatoria, solicitando tres años y ocho meses de pena privativa de libertad y un pago de quince mil nuevos soles como reparación civil.

Del defensor:

El señor Defensor, dijo: Que su patrocinado no ha negado los cargos, expresando su voluntad de acogerse a una conclusión anticipada que se frustró por diferentes razones, tal como se ha probado en juicio, los hechos se originan por un reclamo realizado por su patrocinado al padre del agraviado, en la que interviene el agraviado, estando su defendido en situación de desventaja, en su desesperación mordió al agraviado para tratar de defenderse, estando siempre dispuesto a reconocerle económicamente los daños el cual considera que no es muy grave, además lo acreditado por fiscalía en juicio sería la mitad de lo pretensión, solicitando una pena justa

El acusado no concurrió a la audiencia para ejercer du derecho de defensa material.

Calificación Jurídica.

SEPTIMO.- Que, los supuestos fácticos enunciados por la tesis acusatoria, están referidos al tipo penal de **Lesiones Graves**, contenidos en el inciso 2) del Art. 121° del Código Penal, por lo que es necesario establecer una delimitación teórica de la conducta típica incriminada, estableciendo los elementos constitutivos de la conducta ilícita tipificados en la norma penal, es decir si la norma penal es aplicable; el marco jurídico del tipo penal está referido a *"el que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido...; se consideran lesiones graves: las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguración de manera grave y permanente", será reprimida con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años".*

Delito de lesiones graves:

a) **Bien jurídico tutelado:** la integridad física *"en el caso concreto, el pabellón auricular derecho del agraviado"* o psíquica es el objeto de protección en el que siempre ha coincidido la doctrina y jurisprudencia.

b) **Sujeto pasivo:** será toda aquella persona sobre la cual recaen los efectos perjudiciales de la conducta criminal, una visible lesión a las esferas: corporal, fisiológica y/o mental. *En el caso concreto José Luis Pérez Valdez.* El legislador ha cobijado en este articulado, las ofensas más graves, el resultado antijurídico de mayor intensidad, cuando el sujeto pasivo sufre un menoscabo real en cualquiera de las esferas: corporal, fisiológica y/o mental; que no solo han de reputarse como "típicas", cuando ameritan una prescripción facultativa por un tiempo determinado sino también en las consecuencias perjudiciales que se manifiestan en una serie de circunstancias.

c) **Desfiguración de manera grave y permanente;** En cuanto al inciso 2 del art. 121 del C.P., es preciso señalar que el objeto de calificación, es la desfiguración de manera grave y permanente. Se trata de determinadas irregularidades susceptibles a la percepción visual, en donde por irregularidad se entiende una configuración o funcionamiento de parte de aquél diversa de la normal, se trata de una afección puramente estructural, constituyendo un efecto negativo para la persona que lo sufre, en razón de una nueva apariencia física visible, que merma la apariencia estética en la persona, de relevancia jurídico-penal, siempre y cuando se manifieste exteriormente en una visible afectación de la anatomía humana. *"En el caso concreto se trata de mutilación del lóbulo auricular derecho que causa asimetría y desfiguración de rostro en el agraviado."*

d) **Daño a la salud:** se da cuando se rompe el normal estado de equilibrio de las funciones fisiológicas del cuerpo. *"causó asimetría y desfiguración de rostro, en el lóbulo auricular derecho del agraviado"*

e) **Medios comisivos:** basta para que el medio sea eficaz e idóneo para poder producir el resultado material que se describe en la tipicidad objetiva. *"se utilizó la dentadura del acusado quien mediante tracción produjo la mordedura en el lóbulo auricular derecho del agraviado".*

f) **Tipo subjetivo:** solo cabe admitir las lesiones graves a título de dolo, es decir, conciencia y voluntad de realización típica, el autor debe dirigir su conducta a la acusación del resultado lesivo esperado, la afectación al cuerpo y/o salud de la víctima, sabiendo que los medios empleados son aptos para provocar el estado antijurídico que describe la norma. *"tal como ocurrió en el caso concreto, según la propia versión del acusado"*

Derecho a la presunción de inocencia.

OCTAVO.- Según lo prevé el ítem "e" del parágrafo 24 del art.2 de la Constitución Política del Estado: *"Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"*, ello concordante con las normas supranacionales contenidas en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el artículo 14, inciso 2 del Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8 inciso 2 del Pacto de San José de Costa Rica, es por ello que es al Estado a quien le corresponde la carga probatoria, a través del titular de la acción penal, quien tiene que contradecir esa presunción de inocencia, ya que el inculpado no tiene que probar nada, sino que se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, dentro de un trámite que asegure la plenitud de las garantías procesales sobre la imparcialidad del juzgador y la íntegra observancia de las reglas predeterminadas en la ley para la indagación y esclarecimiento de los hechos, la práctica, discusión y valoración de las pruebas, y la definición de responsabilidades y sanciones, ello como característica esencial de un Estado de Derecho como el nuestro, como así también lo plasma el art. II del Título Preliminar del Ordenamiento Procesal Penal.
La doctrina procesal ha considerado que existe responsabilidad penal única y exclusivamente cuando existen en autos medios probatorios plurales y convergentes que acrediten en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal de los procesados, de ese modo permite arribar al juez a la convicción de culpabilidad, y/o sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara al procesado, conforme al principio constitucional antes acotado. Contexto dentro del cual deben examinarse los hechos concretos.

NOVENO.- HECHOS PROBADOS Y VALORACION DE LA PRUEBA.

9.1.- La Carga de la Prueba que conforme al nuevo modelo procesal penal acusatorio, corresponde a quien acusa y no al que se defiende, como tal es al Ministerio Público como ente persecutor estatal, a quien le corresponde probar los extremos de su acusación.

9.2.- Que, en mérito al principio de inmediación, por intermedio de la percepción que hacen los jueces y posterior valoración, pues no implica solamente buscar aquello que sucede, sino que consiste también en buscar elementos para corroborar la conclusión probatoria, debe formar plena convicción en el juzgador, y no debe dejar lugar a duda razonable, en consecuencia corresponde al juzgador evaluar las pruebas válidamente incorporadas a juicio a fin de determinar si los hechos ocurrieron conforme a la versión del agraviado, o si los hechos sucedieron conforme a la versión del acusado, para cuyo efecto se desarrolla el siguiente análisis:

9.3.- Que, corresponde en primer lugar acreditar el hecho base, esto es si el agraviado José Luis Pérez Valdez, el día veinticuatro del octubre del año dos mil trece, a las cuatro con veinte minutos, ha sido objeto de agresión por parte del ahora acusado **José Luis Etelvino Vílchez Vásquez** y le ha generado lesiones graves, por mutilación de lóbulo auricular derecho que causa asimetría y desfiguración de rostro en el agraviado.

Por lo que evaluando los medios probatorios en su conjunto, se ha llegado a determinar.
9.4.- Objetivamente respecto del día y hora, circunstancias en las que se generó las lesiones; se ha comprobado con la declaración tanto del acusado -aceptación de cargos parcialmente- como del agraviado, así como de los testigo Modesto Pérez Quispe e Isaías Jordán Chiclote y del perito médico Alindor Torres Moreno, así como las documentales oralizadas en juicio, que el día indicado, en horas de la noche, en circunstancias que fue el acusado a reclamar a don Modesto Pérez Quispe por haber ensuciado su vehículo con cemento, produjo la caída de Modesto Pérez Quispe con un empujón, hecho que motivo la intervención del agraviado, llegando a producirse una gresca, en la cual el acusado cogió al agraviado por la parte de atrás le hizo caer al suelo, cayendo él sobre el agraviado y ahí le produjo

la mordedura en el pabellón auricular derecho del agraviado, sufriendo lesiones graves por mutilación que causa asimetría y desfiguración de rostro; las mismas que son de carácter irreversible por sí misma, es decir que de manera natural no puede volver a la normalidad; por lo que, el hecho descrito, acreditado con la declaración del perito médico, corrobora la declaración del agraviado, y ha sido probada en este extremo la tesis del Ministerio Público, al subsumirse el hecho en el inciso 2° del art.121 del Código Penal, al haber desfigurado el rostro del agraviado.

9.5.- **Vinculación del acusado con el hecho;** en juicio se ha escuchado al agraviado José Luis Pérez Valdez, quien ha manifestado que quien le ocasionó las lesiones materia de este juicio ha sido el acusado **José Luis Etelvino Vilchez Vásquez** y a su vez, éste ha reconocido tal imputación realizada por el agraviado. Sin embargo el acusado ha argumentado que lo hizo en legítima defensa ante la agresión por varias personas que serían familiares del agraviado y que tales lesiones habría provocado su traslado a Lima para su tratamiento, pero en juicio no se ha acreditado éste extremo con ningún medio probatorio idóneo, tal ausencia de medio de prueba no puede generar convicción de lo afirmado por el acusado. Por ello en el caso concreto la versión del agraviado merece credibilidad, por haberse cumplido el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116.[2], cuyos requisitos son: a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva,** pues antes de los hechos, entre acusado y agraviado no existía razones para tales imputaciones, no existió odio, ánimo de venganza o animadversión u otro motivo espurio o mezquino, que motive cargos tan graves; es decir, no existe razón que prive a la declaración del agraviado de la aptitud necesaria para generar certidumbre respecto a la imputación; b) **Verosimilitud,** que tiene relación con el contenido material de la misma, ya que la declaración del agraviado ha sido corroborado con el examen del perito médico, en cuanto las lesiones que presenta y consiste en lesión producida por mordedura humana, con amputación del lóbulo de la oreja, que causa asimetría y desfiguración de rostro en el agraviado; c) **Persistencia en la incriminación**, ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyen la única prueba enfrentada a la tesis de la defensa, que proclama la causa de justificación del acusado, En el caso concreto que no ocupa, la tesis de fiscalía, basada en la versión del agraviado, ha sido reiterada durante el proceso y más aún en juicio oral, no se advierte contradicciones en la versión del agraviado –como si se advierte en el dicho del acusado – resultando la versión del agraviado veraz, coherente y mantenida en el tiempo, que la hace creíble; Además, la versión del agraviado está **corroborada** con los medios probatorios producidos en juicio oral, los cuales han pasado el filtro de la contradicción, por lo que, dándose cumplimiento al acuerdo plenario acotado, se da plena validez a la declaración del agraviado; la cual ha formado convicción, en aplicación de los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción que rigen el sistema procesal penal acusatorio – adversarial, por cuanto además existen suficientes elementos de prueba que conlleven a determinar la responsabilidad del acusado[3], al haberse acreditado suficientemente la vinculación del acusado

---

[2] Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.

[3] Así ha opinado el Tribunal Constitucional: "Se ha señalado en anterior oportunidad (cf. STC 0618-2005-PHC/TC, FF.JJ. 21 y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción iuris tántum, implica que "(...) a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la

con el hecho; por lo que, se ha desvirtuado el principio de presunción de inocencia, regulado en el artículo dos, inciso veinticuatro, parágrafo "e" de la Constitución Política del Estado, así como el apartado segundo, del artículo octavo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto establece que "*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*".

Determinación de la pena..

DECIMO.- Que, la conducta atribuida al acusado **José Luis Etelvino Vílchez Vásquez**, constituye la comisión del delito contra La Vida, El Cuerpo y La Salud, en su modalidad de "Lesiones Graves"[4] previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 121° inciso 2) del Código Penal, que prescribe: "*El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. 2. "Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la **desfiguran de manera grave y permanente.***"

10.1.-Pena solicitada por fiscalía.

En el caso concreto Fiscalía solicita tres años y ocho meses de pena privativa de la libertad, argumentando confesión sincera.

10.2.- Inexistencia de confesión sincera.

Respecto a la confesión sincera corroborada, que fuera sostenida por fiscalía para rebajar la pena por debajo del mínimo legal, cabe indicar que el artículo 160 y 161 del Código adjetivo vigente, establecen que tal confesión, produce la rebaja de pena hasta en una tercera parte, para lo cual se requiere, que tal confesión sea prestada en forma voluntaria, libre, espontánea y sea corroborada, debe prestarse ante autoridad competente, sea éste juez o fiscal, además tal confesión debe ser oportuna, de permitir un costo beneficio favorable al sistema, al proceso y a las partes; pero tal beneficio de rebaja de pena no podrá ser aplicable en flagrancia delictiva o en suficiencia probatoria.

En el caso concreto se advierte que la intervención policial se produjo inmediatamente de ocurridos los hechos, por lo que los sujetos se encuentran dentro de la figura de flagrancia delictiva –Art. 259 del CPP–, razón por la cual, en primer lugar, no resulta aplicable la rebaja de pena por inexistencia de confesión sincera; en segundo lugar, durante el juzgamiento el acusado ha dado un versión en parte corroborante a los hechos imputados –al aceptar haber mordido al agraviado–, pero en otra parte, ha argumentado sin prueba, que produjo las lesiones en legítima defensa, siendo que por tales razones no resulta amparable la rebaja de la pena por debajo del mínimo legal –hasta una tercera parte–, al inexistir confesión sincera.

10.3.- Desvinculación de la pena solicitada por fiscalía.

Por las razones antes expuestas y de conformidad con lo establecido en el artículo 397.3 del CPP, que prescribe: "*3. El Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.*", en atención al principio de

---

tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva". De igual forma, se ha dicho (vid. STC 2915-2004-PHC/TC, FJ 12) que "la presunción de inocencia se mantiene 'viva' en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla (...)".EXP. N.° 10107-2005-PHC/TC PIURA NONI CADILLO LÓPEZ

4 SALA PENAL PERMANENTE. Casación N° 02-2010-Lambayeque.06/04/2010. Fj.8 :" Que, asimismo, el primer párrafo del artículo ciento cuarenta y nueve del Código Penal sanciona la conducta de quien *"omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial (...)"*, que, por tanto, no se advierte que en el citado tipo penal u otra norma legal haga referencia a cuestiones que condicionen la intervención punitiva a su previa satisfacción, de modo tal que en los delitos de omisión a la asistencia familiar es claro que no se requiere más que el incumplimiento de la obligación alimentaria –establecida en una resolución judicial- para que el afectado pueda incoar la respectiva acción penal; que, si bien en la práctica jurisdiccional se solicita entre otros, la resolución judicial que aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas, esta no constituye un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal; que, por consiguiente, no existe confusión o necesidad de desarrollo jurisprudencial"

legalidad y a lo establecido en el FJ. Quinto, parte in fine, de la Casación 45-2010-Piura(27-01-2011), corresponde desvincularse de la pena propuesta por Fiscalía e dentro del debido proceso corresponde imponer una pena dentro del marco de legalidad, lesividad, proporcionalidad y humanización.

10.4.- Determinación judicial de pena en delito consumado de lesiones graves con desfiguración de rostro (121.2 CP):

Es menester establecer los parámetros necesarios para la determinación judicial de la pena, para lo que tenemos que considerar previamente:

a) **Identificación de Pena básica.** Conforme lo prevé el artículo 121°, la pena básica establecida para el delito de Lesiones Graves oscila entre los cuatro años –limite mínimo– y ocho años –límite máximo– de privación de la libertad.

b) **Determinación de la pena por tercios:** Tercio inferior [4 a -- 5a 4m], tercio intermedio [5 4 m y 1 d – 6a 8m], el tercio superior [6a 8m y 1 d – 8a]. Siendo el espacio punitivo cuatro años. [constante cuantitativa = 1 año y 4 meses]

d) **Circunstancias -agravantes o atenuantes- modificatorias de responsabilidad.** En este caso, no se ha presentado ninguna circunstancia agravante específica ni ninguna de carácter cualificado (reincidencia o habitualidad). Presentándose únicamente la circunstancia atenuante genérica, consistente en la carencia de antecedentes penales, previsto en el Art.46.1.a del Código Penal, además, el acusado aceptó ser el autor de las lesiones ocasionadas al agraviado, circunstancias que si bien no es una confesión sincera, si debe valorarse en forma favorable del acusado para rebajarle la pena; por tales razones la pena adecuada a imponer al acusado se ubica en el tercio inferior, de conformidad con lo establecido en el art 45-A. 2. "a" del Código Penal.

e) **Determinación de la pena concreta.** De igual manera al aplicar los parámetros de determinación de la pena de conformidad con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanización, además de tener en cuenta lo establecido en el artículo 45°, 45-A y 46 del Código Penal, advertimos que el acusado, tiene estudios superiores, es empresario, es decir, tiene elevado nivel cultural y económico de costumbres citadinas, por lo que el carácter delictivo de su comportamiento, lo comprendió en una dimensión distinta a un lego; debiendo tenerse en cuenta que, **a)** el acusado es agente primario –no se probó que registra antecedentes penales–, **b)** que no ha premeditado la comisión del delito, –debido a que ha sido producto de una discusión entre el acusado y el padre del agraviado–, **c)** que el acusado pese a aceptar que lesionó al agraviado, no ha hecho modos de resarcir el daño causado con su conducta; por lo que, el Aquo ante estas circunstancia corresponde aplicar una pena justa, que debe ubicarse en su extremo mínimo –terció inferior– equivalente a [4años y 2 meses= 16/8], rebajándole dos meses por haber aceptado cargos y en atención al principio de proporcionalidad; quedando una pena concreta final de cuatro años de privación de la libertad.

DÉCIMO PRIMERO.-Pena suspendida.

- En cuanto al acuerdo de suspensión de la pena privativa de libertad, se debe tener en cuenta que el artículo 57º del Código Penal, que dispone taxativamente "*que el juez podrá suspender la ejecución de la pena* ***siempre que*** *se reúnan los siguientes requisitos: i) que la condena se refiera a pena*

privativa de libertad ***no mayor de cuatro años,*** *ii) que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del* ***agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito,*** *y iii) que el agente* ***no tenga la condición de reincidente o habitual***"[5]. *Que el plazo de* ***suspensión*** *es de* ***uno a tres años.***

a) **En cuanto a que la pena privativa de libertad no sea mayor de cuatro años,** presupuesto que se configura, la pena a imponerse será una pena privativa de libertad de **CUATRO AÑOS** la cual se encuentra dentro del marco legal (mínimo *[04 años]* y *máximo [08 años), de pena aplicable, con carácter abstracto* para el tipo específico de lesiones graves.

b) **En cuanto a que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida impedirá cometer nuevo delito;** se tiene que el hecho materia de sentencia es un delito contra La Vida, El Cuerpo y La Salud, en su modalidad de lesiones graves con desfiguración del rostro, habiéndose vulnerado el bien jurídico protegido, integridad física; sin embargo, se ha demostrado en audiencia que el acusado, ha reconocido la conducta ilícita realizada; lo cual genera a ésta Judicatura la expectativa de que el ahora condenado no cometerá un nuevo delito doloso estando en libertad y se comportará de acuerdo a derecho, cumpliendo con las reglas de conducta previstas en el artículo 58° del Código Penal.

c) **En cuanto a que el agente no tenga condición de reincidente o habitual;** lo cual se encuentra acreditado con lo afirmado por el Ministerio Público en la audiencia de juicio oral y corroborado con las generales de ley brindadas por el acusado en la referida audiencia, en el sentido que no cuenta con antecedentes judiciales ni antecedentes penales, no ha cometido tres delitos de la misma especie en el lapso de cinco años ni ha sido condenado a pena privativa de la libertad efectiva, es decir, no es habitual ni reincidente, lo cual nos hace prever que el imponerle al acusado una pena con carácter de suspendida, le permitirá su resocialización dentro de la sociedad en mejor forma que en un establecimiento penitenciario–Art. 139.22 de la Constitución–.

d) Respecto al **plazo de suspensión** de la pena privativa de la libertad impuesta, se debe tener en cuenta lo establecido último párrafo del artículo 57º del Código Penal, modificado por Ley N° 29407 que dispone taxativamente "*que el plazo de suspensión es de uno a tres años*". Al haber impuesto al acusado la pena privativa de la libertad de cuatro años, en atención al principio de proporcionalidad y con el objeto de cumplir el fin preventivo especial de la pena, el plazo de suspensión adecuado y necesario, debe ser de **TRES AÑOS,** sujeto a reglas de conducta prevista en el artículo 58 del Código Penal.

DÉCIMO SEGUNDO.- ***Reparación civil***

El monto de la reparación civil, debe tenerse presente, en primer lugar, que ésta se fija de manera objetiva en relación al daño, sin tener en cuenta la capacidad económica del o de los responsables del pago y, en segundo término, que la oportunidad para determinarse es conjuntamente con la pena a imponerse al o los encausados, y que la misma se rige en concordancia con las normas del Código Civil y del Código Penal sobre la materia; es decir, que conjuntamente con la responsabilidad penal emergente de los hechos investigados, de los mismos se origina la obligación de indemnizar los daños por responsabilidad de orden civil; asimismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 92° a 101° del Código Penal, rigiéndose la misma por el principio del daño causado, debiendo individualizarse y fijarse la cantidad de dicha reparación en forma prudencial y proporcional con relación al daño ocasionado, cuyo monto fijo debe expresarse necesariamente en nuevos soles.

---

[5] La misma que ha merecido por parte de la Presidencia de la Corte Suprema la emisión de una Circular Administrativa para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, mediante Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ publicada en el diario El Peruano el 09 de setiembre de 2011.

a) En tal sentido, corresponde al Juzgador, en virtud del artículo 93° del Código Penal, fijar el monto de la reparación civil a favor de la parte agraviada, teniendo en cuenta la restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados; en el presente caso, atendiendo a la naturaleza del delito, no es posible la restitución del bien jurídico, procediendo entonces a disponer el pago de determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización por la lesión y daño causado al agraviado; estando también en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó en la víctima, por lo que la estimación de la cuantía de la reparación civil debe ser razonable y prudente, siendo las categorías del daño: **a)** Daño Patrimonial, y; **b)** Daño Extrapatrimonial, siendo que el daño patrimonial se subdivide en **1)** Daño emergente y **2)** Lucro Cesante; entendiéndose por daño emergente, la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y por lucro cesante la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir.

b) Por lo que conforme a lo anotado precedentemente, en el caso concreto las lesiones graves, han producido una desfiguración de rostro que requiere de cirugía estética, para su equilibrio, con lo cual también se ha producido un daño moral al agraviado, todo lo que merece ser objeto de resarcimiento, como dispone claramente el artículo 92° y 93 del Código Penal. Pues en juicio se ha acreditado sin cuestionamiento alguno el daño material producido por las lesiones graves con desfiguración de rostro, se ha establecido la necesidad de un cirugía reconstructiva del lóbulo auricular derecho del agraviado a efectos de que mantenga su equilibrio, ante la asimetría, que produce la desfiguración del rostro del agraviado, lesiones que también afecta moralmente al agraviado, dado la autoestima personal y proyecto de vida de persona normal que también debe ser resarcido, además del daño emergente y lucro cesante, daño moral que no es cuantificable, por ello como indemnización tales agravios materiales y morales, resulta adecuada la suma de **15,000 NUEVOS SOLES** a favor de la parte agraviada.

Costas

DECIMO TERCERO.- Finalmente conforme lo prevé el artículo 497° del CPP, toda decisión que pone fin al proceso debe pronunciarse sobre las costas, las mismas que -conforme lo prevé el artículo 500° inciso 1) del mismo texto- serán impuestas al acusado declarado culpable. Por lo que, en el presente caso, corresponde imponérselas al sentenciado.

III.- PARTE RESOLUTIVA:

Decisión.

En consecuencia, habiéndose analizado y deliberado en sesión secreta la presente causa inmediatamente de cerrado el debate, analizado las cuestiones relativas a la existencia del hecho y circunstancias, calificación legal de los supuestos fácticos con la premisa normativa, bajo las reglas de la lógica y sana crítica, se ha llegado a generar convicción sobre la autoría y responsabilidad penal del acusado; **POR ESTAS CONSIDERACIONES,** de conformidad con la prueba producid en juicio Oral y en aplicación de lo previsto en los artículo 38, 51, 138, 139° incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14) de la Constitución Política del Perú; artículos II, IV, VII y VIII, del T.P, 23°, 29°, 45°, 45°-A, 46°, 47°, 58°, 59°, 60°, 92°, 93° y 121°.2 primer párrafo, del Código Penal; y de los artículos 372° y ss., del Decreto Legislativo 957, Código Procesal Penal, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca **RESUELVE:**

1.-**CONDENAR** al acusado **JOSÉ LUIS ETELVINO VÍLCHEZ VÁSQUEZ**, como autor del delito contra **La Vida, el Cuerpo y La Salud,** en su modalidad de **LESIONES GRAVES con desfiguración de rostro,** en agravio de **JOSÉ LUIS PÉREZ VALDEZ,** en consecuencia le **IMPONGO, CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD**; con el carácter de **SUSPENDIDA** por el periodo de **TRES AÑOS**; y las reglas de conductas siguientes: 1.- Prohibir al sentenciado frecuentar lugares de dudosa reputación, tales como bares, night clubs, etc. 2.- Prohibición al sentenciado ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; 3.- Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado de Investigación Preparatoria competente cada primer día hábil de cada mes, para informar y justificar sus actividades 4.- Prohibir al sentenciado que bajo ninguna circunstancia se aproxime al agraviado durante el periodo de la pena. 5.- Cumplir con el pago de la reparación civil; y, en caso que el sentenciado no cumpliera con alguna de las reglas de conducta impuestas, se procederá a revocar la sentencia suspendida y se hará efectiva en forma inmediata, conforme a lo prescrito en el artículo 59°.3[6] del Código Penal.

2.- **FIJAR** el pago de una reparación civil ascendente al monto de **S/.15,000.00 nuevos soles,** suma que será cancelada en ejecución de sentencia.

3.- **IMPONER EL PAGO DE COSTAS,** al sentenciado.

4.- **CONSENTIDA o EJECUTORIADA** que sea la presente sentencia, se le **INSCRIBA** en el Registro Central de Condenas, se **GIRE Y REMITA** a quienes corresponda el boletín y testimonio de condena; y se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal.

5.- **DÁNDOSE LECTURA,** en audiencia pública.

---

6 EXP. N.° 01820-2011-PA/TC, FJ 13. En relación a las medidas precedentes -previstas por el citado artículo 59.°-este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que dicha norma *"no obliga al juez a aplicar tales alternativas en forma sucesiva, sino que ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, la suspensión de la ejecución de la pena puede ser revocada sin necesidad de que previamente sean aplicadas las dos primeras alternativas"* (Exp. N.° 02076-2009-PHC. Exp. N.° 2517-2005-PHC; Exp. N.° 3165-2006-PHC; Exp. N.° 3883-2007- PHC, entre otras).

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial – A.

SEGUNDO JOEL CERQUIN AYTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

Expediente N°: 01001-2012-5-0601-JR-PE-03.
Acusado: Gosvinda Vera Lucano.
Agraviado: Genaro Vera Chávez.
Delito: Parricidio.

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO DOS.

Cajamarca, Treinta de Enero del año dos mil quince.

VISTA y OÍDA, la Audiencia Pública de Juicio Oral llevada a cabo en el presente proceso, en la Sala de Audiencias del Juzgado Penal Colegiado, en el proceso penal seguido por el **Ministerio Público** contra Gosvinda Vera Lucano, acusada del delito **Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud,** en su figura de **Parricidio,** en agravio de Genaro Vera Chávez; **RESULTA DE LO ACTUADO:**

I.- PLANTEAMIENTO DEL CASO.

1.- Posiciones presentadas en el Juicio Oral.

El Ministerio Público, en su requerimiento escrito de acusación ha señalado en cuanto a los hechos ocurridos lo siguiente:

a) se imputa a la acusada, Gosvinda Vera Lucano, ser autora del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de parricidio en agravio de su padre Genaro Vera Chávez; hecho que se encuentra previsto y sancionado en el Art.107°del Código Penal; solicitando una sanción de 15 años de pena privativa de libertad, asimismo una reparación civil de S/ 40.000 Nuevos soles.

a) Por su orden el abogado de la acusada, señaló que la defensa técnica demostrara que la acusación fiscal carece de suficientes elementos

probatorios, que vincule a su patrocinada con los hechos imputados; teniendo como fundamento legal el principio de presunción de inocencia consagrado en el Art. 2° de la Constitución Política del Estado, por tanto en su oportunidad solicitara la absolución de su patrocinada.

SEGUNDO JOEL CERQUIN INTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

Siendo así, realizada la Audiencia de Juicio Oral con las incidencias registradas en acta y en audio, y sometidos a contradicción los medios probatorios ofrecidos por las partes, corresponde leer la sentencia a la que ha arribado el Colegiado.

II.- CONSIDERACIONES.

A.- PREMISA NORMATIVA.

2.- Ministerio Público y Carga de la Prueba en el Proceso Penal.

El rol del Ministerio Público dentro del Proceso Penal, está determinado en el inciso 4) del artículo 158° de la Constitución Política del Perú: conducir desde su inicio la investigación del delito. Con ese objeto, goza de las más amplias facultades de investigación y persecución del delito en representación de la sociedad, y como lo prevé el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público- es el titular de la acción penal pública, es decir responsable de investigar y -en su caso- denunciar ante el Poder Judicial la comisión de los delitos cuya comisión se pongan en su conocimiento.

De igual manera, y en concordancia con las funciones antes citadas, el Ministerio Público es el encargado de probar la comisión de los ilícitos que haya denunciado, pues -conforme lo prevé el artículo 14° de su Ley Orgánica- sobre él recae, exclusivamente, la carga de la prueba en materia penal, es decir la obligación de probar las imputaciones que haya formulado mediante denuncia o acusación. Esta obligación legal -ya vimos, de origen constitucional- ha sido recogida también en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal (CPP), en el que se señala que la persecución del delito y la carga de la prueba en materia penal, corresponden exclusivamente al Ministerio Público.

3.- Presunción de Inocencia y Proceso Penal.

Por otra parte, el artículo 2°, inciso 24), numeral "e" de la Constitución Política del Perú, ha positivizado un principio que orienta todo el desarrollo del Proceso Penal: el Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia[1]. Este principio-garantía implica que toda persona sometida a juicio o acusada de un delito, sea considera inocente mientras no se declare su culpabilidad, luego de un proceso judicial llevado a cabo con todas las garantías previstas por la ley. Además, pese a su categoría de principio-garantía de orden constitucional, y con el fin de facilitar su materialización, el legislador peruano lo ha plasmado a nivel normativo en el artículo II del Título Preliminar del CPP, agregando en esta norma que la única manera de desvirtuar esta presunción constitucional será por medio de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales[2]. Demás está señalar que la actividad probatoria destinada a este fin, debe ser tan sólida que suprima la garantía de primer orden ya citada[3]; por tanto, no existiendo la prueba plena de la comisión de un delito, o de la vinculación de un acusado con ella, será obligación del Juez optar por su absolución.

4.- Delito objeto de Acusación.

El Ministerio Público ha formulado acusación por el delito de Parricidio, previsto en el artículo 107°, del CP, el que prescribe como comportamiento típico: "El que a

---

([1]) "*...En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que* "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)". *De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, " (...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada"* **(Exp. 10107-2005-HC)**. Disponible en ww.tc.gob.pe.

([2]) **T.P. CPP. Artículo II.- Presunción de Inocencia**. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.
En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

([3]) "*...el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción de inocencia...* ". **(Exp. 0618-2005-PHC/TC, F.J. N° 22)**.

sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido cónyuge, su conviviente, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años".

5.- Reparación civil.

Como establece el artículo 92° del CP, la reparación civil se impone conjuntamente con la pena, y -según el artículo 93°- cuando se imponga, comprenderá la restitución del bien, o el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios que corresponda. Esto resulta evidente por cuanto la comisión de todo delito importa, además de la imposición de una pena, el surgimiento de la responsabilidad civil del declarado culpable, y por tanto su obligación de reparar el daño ocasionado con su comportamiento ilícito, debiendo tal reparación guardar proporción con el daño irrogado. Demás está señalar que la imposición de la reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no implica que su imposición sea automática o responda directamente a la solicitud de las partes. Por el contrario, a fin de determinar el monto de la reparación civil se deberá atender, entre otros factores -tales como las posibilidades económicas del agente, la magnitud del daño causado, la naturaleza del bien jurídico lesionado, etc.- al daño que haya sido efectivamente probado, mediante prueba incorporada válidamente, en el Juicio Oral respectivo, tal como lo establece el artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal (CPP), siendo tal un requisito indisoluble de la determinación de dicha reparación.

6.- Pruebas válidas para la deliberación.

Conforme lo establece el artículo 393°, inciso 1) del CPP: "*El Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el Juicio*". Esta previsión tiene su correlato normativo en el artículo I, inciso 2) del Título Preliminar del CPP en cuanto establece que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, y además en el artículo VIII del mismo título el que exige como requisito de valoración de la prueba, que ésta haya sido obtenida e incorporada mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo; estas normas, interpretadas de modo sistemático y en concordancia con los principios de oralidad, inmediación y contradicción que inspiran el modelo procesal penal en nuestro país, **obligan al Juzgador a valorar solamente aquella prueba que haya sido incorporada**

legítimamente al Juicio Oral, que se actúe en su presencia y que se someta al debate contradictorio del caso, requisitos que -en resumen- representan lo esencial de la garantía del Juicio Público Republicano previsto por el artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO JOEL CERQUIN INTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO PENAL
CAJAMARCA

B. PREMISA FÁCTICA.

De los medios de prueba incorporados válidamente al Juicio Oral. De todos los medios probatorios admitidos durante la Audiencia de Control de Acusación solamente se han llegado a incorporar válidamente al Juicio Oral, vía actuación, oralización y consiguiente contradicción, los siguientes:

7.- VALORACIÓN INDIVUAL DE LA PRUEBA PRODUCIDA EN JUICIO ORAL.

7.1.- EXAMEN DE LA ACUSADA GOSVINDA VERA LUCANO.- Luego de consultar con su abogado defensor manifestó que va hacer uso de derecho a guardar silencio, siendo ello así el representante del Ministerio Público procede a dar lectura a su declaración prestada durante la investigación preparatoria.

Que el día lunes catorce de Mayo del año dos mil doce, a las seis de la mañana aproximadamente me levante de mi cama, me fui a ordeñar primero mi vaca, en compañía de mi conviviente, luego de terminar me estaba dirigiendo a mi casa y en esos momentos me llamo mi hijo, Eduardo Mantilla Vera, de cuatro años, para avisarme que mi papá Genaro Vera Chávez, estaba queriendo pegarle a mi mamá Elena Lucano Encil, fue entonces que llego a mi domicilio, pero encontré a mi papá tomando su cañazo en el corredor de la casa, quien siempre se dedicaba a tomar licor y casi todos los días lo hacía y mi mamá todavía estaba en su cama, luego me dirigí a la cocina a hacerle su desayuno a mi esposo y mi hijo Luis Mantilla Vera vaya a la escuela, luego de desayunar a eso de las ocho de la mañana encontré a mi papá que estaba pateando a mi mamá, le dije que está enferma y todavía lo está pateando, fue en ese momento que lo jale del brazo y él se dio la vuelta y me dio con su mano y me boto hacia la pared en donde me dio una patada, vi que mi abuelita estaba parada tras de la puerta de la casa, quien me dijo toma el bordón y dale, fue entonces que con el bordón le di por sus costillas, pero este me cogió de mis cabellos y me tumbo de espaldas, se puso en mi encima y con una de sus rodillas aplastó mi brazo derecho, con la

otra mano empezó a desabotonarse su pantalón a quererme abusar y con su boca aplasto mi boca, fue entonces que en ese momento le avente un puñetazo en su boca, escuche que mi menor hijo lloraba, entonces mi abuelita le dijo alcánzale un palo, mi hijo me alcanzo una raja de leña con la cual le golpee en la mano y este se quitó de mi encima, pero como en esos momentos me levante con cólera por lo que mi papá quiso hacerme, con la misma leña rajada le golpee en todas partes de su cuerpo, fue entonces que en esos momentos se cayó su pantalón y mi abuelita dijo ve este malcriado lo que ha querido hacer, mi papá se subió sus pantalones y fue directo a patearme, cogiendo su pantalón con una mano para que no se caiga, ya no me deje patear y le di una patada, se cayó de espaldas y mi abuelita me dijo bolas nomas dale hija y le di dos palazos pero no recuerdo bien si le cayó ahí o no, luego entro mi mamá rambado (cogido de la mano) con mi menor hijo, quien me pregunto si me estaba pegando, no contestándole nada... a eso de las cuatro y media de la tarde les dije a mis hijos voy a traer los chanchos que los había amarrado cerca a unas totoras que están antes de pasar el rio que baja de la Encañada, fue entonces que encontré a mi papá de los chanchos más adelante, estaba echado de espaldas con una de las manos metida a la altura de su cintura y la otra afuera, estaba durmiendo, no lo desperté ni toque, desate mis chanchos y me fui llevándoles a mi casa, luego de un momento le dije a mi hijo Luis que nos vayamos para ordeñar las vacas, fui nuevamente a mirarlo a mi papá y este seguía en el mismo lugar, luego de ordeñar las vacas regrese a mi casa y nuevamente fui a mirarlo a mi papá, después siendo las cinco de la tarde aproximadamente, al ver que no venía mi papá salí por la puerta trasera y me constituí hasta donde estaba, en donde lo empecé a tocar, dándome cuenta que estaba frio su cuerpo, no supe que hacer, llore y regrese a mi casa, no diciéndole a nadie todavía, luego le comente a mi esposo y él se fue a verlo y regreso y me dijo que estaba muerto, no supimos que hacer, me echo la culpa y yo le dije que no había sido al propósito, se fue y lo marco (cargo) hasta donde lo ha encontrado la Fiscalía con la Policía, luego nos fuimos a dormir a mi casa pero yo no pude, al día siguiente quince de mayo me levante como a las cuatro de la mañana, esperando que alguna persona me llame indicando que ya lo encontraron, ya siendo las seis de la mañana decidí con mi esposo ir a ordeñar mis vacas y este se iba molesto, al regreso a mi casa encontré a mi mamita Elena en su cama a quien no le dije nada por miedo, luego hice mi desayuno rápido,

luego en la tarde fui a ver a mi prima Carmen Rosa a quien le pedí para ir a buscar a mi padre y ella me dijo vamos pues, ella me dijo vamos por esos árboles de pino, por allí duerme el Rocho, refiriéndose a su hermano Rosario quien es también borrachito, para lo cual juntas cruzamos el rio y ahí yo le dije mira, señalándole con mi mano donde ésta mi difunto padre, esta se sorprendió cuando nos acercamos a su lado, quien me dijo hay que llamarlo a mi tío Marco Cabrera Bringas, quien llego y lo destapo su gorra y dijo, éste ya está muerto, avisen a las autoridades.

SEGUNDO JOEL CERQUIN IVITOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

7.2.- <u>EXAMEN DE LA TESTIGO MARÍA EMERITA VERA ORTIZ</u>

Él agraviado es mi padre, la acusada es mi media hermana, nosotros vivíamos aparte, porque soy hija del primer compromiso, no nos llevábamos con mi media hermana, porque ellas no querían que nosotros conversáramos con mi papá, pues ella vivía en casa conjuntamente con mi papá, él me decía que allí le pegaban, y donde se queda dormido allí amanecía, mi padre era el propietario de la casa donde vivía con la acusada (*hermana*), el siempre libaba licor, cuando tomaba no era agresivo, yo me entero de la muerte de mi padre por intermedio del señor Juan Llanos Cerquín. En la cual me hace mención que mi padre había fallecido a unos veinte metros de mi casa. (Pasando el río), yo pensé que a mi padre lo asesinaba su propia familia por los problemas que siempre tenía. Además a mí me consta que una vez le habían pegado e incluso lo vi con los labios hinchados. La denuncia por la muerte de mi padre lo hizo mi tío Braulio quien es hermano de mi papá. Posteriormente yo le dije a mi media hermana Gosvinda Vera Lucano que denunciáramos por la muerte de nuestro padre, para que no quede impune, obteniendo como respuesta que ella no tiene dinero, para seguir con los trámites. Incluso me dijo vamos a la fiscalía para que todo quede allí, entonces yo sospeche por lo que me dijo. Teniendo conocimiento de la muerte de mi padre por la señora Dolores (abuela de Gosvinda Vera Lucano) pues a mi padre lo habían llevado a los alisos, entonces yo fui con el fiscal, haciéndole mención que él era de la posta, preguntando por la señora Elena, y obtiene por respuesta esa maldita lo ha matado a mi yernito con la Gosvinda. Diciendo que la Gosvinda lo ha metido dentro de sus piernas y le ha dado con la leña rajada. Después lo metió al cuarto allí lo tapo con una frazada y su boca con un trapo blanco. La señora Dolores ya ha fallecido. Cuando nos hizo mención esta declaración la señora Dolores fue en presencia del fiscal y de mi persona. Yo no

estuve presente cuando detuvieron a mi hermana, siendo que ese día la ronda me saco de mi casa a las cuatro de la mañana y me llevo a la casa del presidente de la ronda, en donde encontré a la señora Elena y a Gosvinda, y el presidente me dijo vamos a dar lectura a la declaración de su hermana Gosvinda, en la que hacía mención que ella lo había matado y estaba arrepentida e incluso me dijo que la disculpe. Pero yo le dije no la iba a disculpar. Yo no me llevaba bien con mi hermana Gosvinda porque ella no quería que yo converse con mi papá. Cuando a mi padre lo agredieron no hice ninguna denuncia, cuando declaro ante mi persona y el fiscal la señora Dolores (abuelita de la acusada) dijo que Gosvinda había matado a mi papá, pero no se elaboró ningún acta.

Testigo reconoce haberse llevado mal con su hermana la acusada, refiere saber que su hermana mato a su padre por terceras personas, por lo que esta testigo es solo de referencia.

7.3.- <u>EXAMEN DE LA TESTIGO EUFEMIA CERQUIN CÓNDOR</u>

La acusada es mi sobrina por parte de mi esposo Marcos Lucano Incil, a mí me avisaron que había muerto Genaro Vera Chávez, posteriormente María Dolores Incil fue a vivir con nosotros, pero esto sucedió después de doce días de la muerte de Genaro Vera Chávez. Ella no nos decía nada referente a la muerte, pero cuando fue el fiscal dijo, ya me declaró que si son ellos los de la muerte (***Elena y Gosvinda***) pero yo le dije que a mí nadie me dice nada, la señora Dolores no comentaba nada de la muerte. Si escuche de parte de mi hijo de tres años con referencia a la muerte.

Sin mayor aporte probatorio, en tanto no vio, no sabe, no conoce con un mínimo de certeza quien fue la persona que causo la muerte de Genaro Vera Chávez.

7.4.- <u>EXAMEN DE LA TESTIGO CARMEN ROSA VERA GUTIÉRREZ</u>

Mi prima Gosvinda, me dijo no hay mi papá, vamos ayúdame a buscar a mi papá porque no hay. Yo le dije que no porque voy a hacer la cena, y cómo en eso ella lloro yo opte por acompañarla, ella vio el cadáver, que estaba cruzando el río, pues ella me dijo allá está muerto mi papá, ella se acercó al cadáver para ver si estaba muerto, en ese momento llamo a mi tío Marco, diciéndole aquí está mi papá muerto, la acusada no me dijo nada con referencia a la muerte de su padre, no era usual que ella vaya a verme por cualquier problema. Mi prima no lo toco

SEGUNDO JOEL CERQUIN INTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

a su papá, pero si lloro, en esos momentos también llamo a mi tío Marcos, él llego solo, Elena y Pedro se acercaron cuando llego la policía.

Aporta en cuanto permite establecer quienes fueron las personas que encontraron el cadáver, corrobora la declaración de la imputada en el sentido que solicitó ayuda a esta testigo para buscar a su padre, sin soslayarse que ésta ya conocía el lugar donde se encontraba muerto su progenitor, pues así lo ha referido en su declaración.

SEGUNDO JOEL CERQUIN INTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

7.5.- EXAMEN DEL PERITO MEDICO LEGISTA VÍCTOR VICENTE CRUZ CHINCHAY.-

Autor del protocolo de Necropsia N° 107-2012.

Se realiza el examen externo a las lesiones que presenta el occiso en el tórax, abdomen y extremidades, del cual se hace mención que las lesiones sufridas son recientes. En el tórax se constata fractura de tres costillas, en el lado derecho y también un hemoneumotórax (*liquido en contenido torácico derecho de 1.5 litros*), de los que se extrajo muestras de sangre, cerebro e hígado, siendo estos los que se mandó para su respectivo examen. **Una vez concluido se realiza el diagnostico siguiente: traumatismo torácico cerrado (*que no había ninguna herida hacia afuera*) "que las costillas rotas no habían lesionado la piel" y solo lacero el pulmón derecho es por ello el sangrado.**

Cuando digo traumatismo torácico cerrado me refiero a que las lesiones vitales se encuentran dentro de la cavidad torácica. **Dicho traumatismo se ha realizado con agente contundente. Causándole traumatismo interno y externo. Y producto del lacerado del pulmón, como consecuencia de las rupturas de las costillas, se produjo la muerte de la víctima. Si se le auxiliaba a tiempo si podía salvarse.**

El dosaje etílico de 3.55 gramos por litro de sangre, nosotros consideramos ebriedad alcohólica a partir de dos gramos. Además se debe de tener en cuenta que en todas las personas no es lo mismo su estado de alcoholismo pero nosotros consideramos alcoholismo a partir de dos gramos por litro de sangre. **Los golpes recibidos son los que llevaron a la muerte a la víctima. Si no hubiera fractura o las equimosis descritos la persona puede recuperarse. La lesión torácica sufrida fue la que causo la muerte, si se trataba a tiempo se podía evitar el deceso.**

El perito aporta en primer lugar al establecer que la causa de la muerte fue el traumatismo toráxico que presento el agraviado, el objeto empleado fue un objeto contundente, si la lesión hubiera sido tratada a tiempo se hubiera evitado la muerte.

SEGUNDO JOEL CARQUIN AVTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

I. 7.6.- ORALIZACIÓN DE DOCUMENTOS:

- **Acta de Intervención Policial N° 18-2012 de fecha 15 de mayo de 2012.** mediante la cual, la acusada Gosvinda Vera Lucano, hace de conocimiento al personal policial de servicio de la Comisaría de la Encañada, sobre la muerte su padre Genaro Vera Chávez.
- **Dos tomas de fotografías Satelitales de fs. 30 a 31 del expediente judicial**; acredita el lugar donde fue dejado el cadáver del agraviado Genaro Vera Chávez queda muy cerca al domicilio de la acusada.
- **Acta de Levantamiento de Cadáver de fs. 32 a 33,** que acredita el lugar donde falleció el occiso Genaro Vera Chávez.
- **Once tomas fotográficas originales a fs. 38 a 43** del occiso Genaro Vera Chávez, que acreditan las equimosis y excoriaciones que ha tenido al examen externo.

Siendo los anteriores los únicos medios probatorios recibidos durante el desarrollo del Juicio Oral, el Juzgado Colegiado se encuentra impedido de valorar cualquier otro medio de prueba distinto de los reseñados, en estricta aplicación de lo previsto por el artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal.

8.- De la prueba producida en el Juicio Oral.

El Juzgado Colegiado, considera que el Ministerio Público en el presente proceso no ha podido probar que la acusada Gosvinda Vera Lucano, haya tenido la intención (dolo) de causar la muerte de su padre Genaro Vera Chávez, no solo porque no se ha actuado ningún medio probatorio que permita a este Colegiado arribar a dicha conclusión, sino porque además con el examen del perito Médico Legista Víctor Vicente Cruz Chinchay, se ha determinado que el agraviado falleció como consecuencia de las lesiones sufridas, de la ruptura de una de las

SEGUNDO JOEL CERQUIN ANTON
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

tres costillas que fue la que perforo el pulmón y que si las lesiones hubieran sido atendidas se hubiera evitado su muerte.

Estando a lo antes expresado este Colegiado se va a pronunciar por el delito de Lesiones Graves Seguidas de Muerte, delito que fue invocado por la defensa de la acusada durante su alegato de apertura y el desarrollo del juicio oral, como tesis alterna de defensa, ya que su posición inicial fue la inocencia de su patrocinada, por lo que de modo alguno existe la posibilidad de afectación al derecho de defensa.

8.1.- Hechos probados y valoración conjunta de la prueba.

a) Se ha probado que el día catorce de Mayo del año dos mil doce a eso de las ocho de la mañana, la acusada Gosvinda Vera Lucano, agredió físicamente con un leño rajado, a su padre Genaro Vera Chávez, propinándole golpes por diversas partes de su cuerpo. Probado con la propia declaración de la acusada, quien no niega este hecho, aunque en su defensa ha referido que lo hizo porque su padre intento abusar sexualmente de ella; con el examen del Médico Legista Víctor Vicente Cruz Chinchay, quien ha explicado las lesiones que presenta la víctima.

b) Se ha probado que la muerte del agraviado se produjo como consecuencia de un trauma torácico cerrado, que una de las costillas rotas lacero el pulmón derecho es por ello el sangrado, que si estas lesiones hubieran sido atendidas a tiempo se hubiera evitado la muerte del agraviado y que para ocasionar dichas lesiones se empleó agente contundente. Probado con el examen en juicio oral del médico legista Víctor Vicente Cruz Chinchay, quien no solo ha descrito y explicado cada una de las lesiones que presenta la víctima, sino que además ha sido enfático en afirmar que estas han sido ocasionadas con un objeto contundente.

c) Finalmente está probado que las lesiones graves han sido ocasionadas por la acusada y estas han producido la muerte del agraviado. Probado con la declaración de la acusada, quien reconoce haber golpeado a su padre en diferentes partes del cuerpo y también en las costillas, zona donde se produjo la lesión de consecuencia mortal, además su conducta posterior de esperar que terceras personas encuentren el cuerpo de su padre y como esto no ocurría, solicitar a su prima Carmen Rosa Vera Gutiérrez le ayude a buscarlo, pese a que

conocía el lugar donde este se encontraba muerto, lo único que denota es el sentimiento de culpa que sentía por el deceso de su progenitor.

C.- JUICIO DE SUBSUNCIÓN.

9.- Tipicidad.

Con las pruebas de cargo producidas durante el desarrollo del Juicio Oral, se demuestra la presencia de los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal de Lesiones Graves seguidas de muerte, previsto por el artículo 121° último párrafo del CP.

10.- Tipicidad Objetiva.

Se ha demostrado que la acusada Gosvinda Vera Lucano, fue la persona que ocasiono las lesiones que presenta el agraviado Genaro Vera Chávez y que finalmente ocasionaron su deceso.

11.- Tipicidad Subjetiva.

Asimismo, se ha demostrado la presencia del elemento subjetivo del tipo penal reseñado que es el dolo, puesto que la forma como se han producido los hechos, no permiten establecer una conclusión diferente que ésta: la intención de la acusada ha sido la de lesionar a su padre, para ello ha empleado dos objetos contundentes, un bordón y un leño, y estaba en condiciones de advertir que estas lesiones podía tener consecuencias mayores, como efectivamente ocurrió, desde que lo violento del ataque y la zona en la cual se propinaron los golpes y que están descritos en el protocolo de autopsia y han sido explicadas en juicio oral por el médico legista, nos permite afirmar ello.

12.- Antijuridicidad.

El comportamiento del acusado, resulta evidentemente antijurídico en el plano formal (prohibición legal)[4] puesto que el artículo 121° último párrafo del Código Penal, de manera expresa sanciona al que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y si el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años de pena privativa de libertad. Asimismo, es antijurídico en el plano material

---

([4]) La antijuricidad formal es la relación de contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico. **VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe. "*Derecho Penal – Parte General*". Grijley, 2009, pp. 529.

(prohibición genérica)[5], pues el bien jurídico vida humana se encuentra tutelado por el ordenamiento normativo que regula la vida en sociedad. Además de ello, dicha conducta ilícita no ha tenido causa de justificación alguna, bajo las que su injusto actuar pueda excluirse o atenuarse, mereciendo -por tanto- la sanción penal que prevé la ley.

SEGUNDO JOEL CERQUIN ANTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

13.- Culpabilidad.

Debemos señalar asimismo que durante el desarrollo del Juicio Oral se ha comprobado que la acusada es una persona mayor de edad, responsable de sus actos, en pleno uso de sus facultades mentales. Esta persona, al momento de los hechos, se ha encontrado consciente del comportamiento realizado y de sus alcances, por lo que tales actos le son igualmente imputables penalmente.

D.- PENA y REPARACIÓN CIVIL.

14.- Determinación e individualización de la pena.

Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado en el delito Contra la Vida, el Cuerpo y la salud, en su figura de Homicidio Simple, en grado de tentativa, es menester establecer los parámetros necesarios para la Determinación Judicial de la Pena, para lo que debemos considerar previamente:

a) Pena básica. Así tenemos que conforme lo prevé el artículo 121°último párrafo del CP, la pena básica establecida para el delito de Lesiones Graves Seguidas de Muerte oscila entre los 5 años -límite mínimo- y 10 años -límite máximo- de privación de la libertad, norma aplicable a la fecha de comisión del hecho delictivo.

b) Circunstancias modificatorias de responsabilidad.

En el presente caso no se presenta ninguna.

Conforme a lo prescrito en la Ley N° 30076, atendiendo al sistema de tercios, debemos ubicarnos dentro del tercio inferior de la pena básica, en tanto concurren únicamente circunstancias atenuantes genéricas, como las que contiene el artículo 46 inciso 1 parágrafo a) del Código Penal, incorporado en virtud a la ley antes citada, esto es que la acusada carece de antecedentes penales. Por todas estas

---

([5]) La antijuricidad material se concibe como la ofensa socialmente nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger. **VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe. Op. Cit., pp. 529

razones este Juzgado Colegiado considera se debe imponerse una pena acorde con la magnitud de los hechos descritos.

c) Carácter de la pena a imponerse. Finalmente, siendo la regla general imponer una pena efectiva, consideramos además que en el presente caso no corresponde dictar una pena privativa de libertad con carácter de suspendida, en tanto no se cumplen los presupuestos del artículo 57° del Código Penal, ya que: a) la pena a imponerse superará los cuatro años de privación de libertad y b) la naturaleza del hecho punible, hace prever que, en caso de imponerse una pena suspendida, ésta no cumplirá su función resocializadora, y resulta necesario que el Derecho Penal cumpla su función preventiva especial y general, irradiando a la sociedad la necesidad de preservar los bienes jurídicos que el ordenamiento tutela, y sobre todo la necesidad de respetar aquellos de la valía del que ha sido afectado en este caso: la vida humana. Por tanto debe imponerse una pena con carácter de efectiva.

15.- Determinación de la reparación civil.

Habiéndose determinado e individualizado adecuadamente la pena imponerse, en aplicación del artículo 93° del Código Penal, se debe establecer la reparación civil que corresponda. En el presente caso, se trata de una persona de cincuenta y siete años de edad, no se ha probado la actividad económica que realiza, considerando el Colegiado imponer una reparación civil acorde con la magnitud del daño ocasionado y la afectación al bien jurídico protegido, ya que servirá para paliar de modo relativo a los deudos de la víctima el perjuicio ocasionado con el delito.

16.- Imposición de costas.

Finalmente conforme lo prevé el artículo 497° del CPP, toda decisión que pone fin al proceso debe pronunciarse sobre las costas, las mismas que -conforme lo prevé el artículo 500°, inciso 1) del mismo texto- serán impuestas al acusado declarado culpable. Siendo así, en el presente caso, corresponde imponer a la sentenciada -además de la reparación civil- el pago de las costas procesales.

III.- DECISIÓN.

Por las consideraciones reseñadas, examinadas las pruebas aportadas bajo criterios de lógica, racionalidad y sana crítica, y habiéndose probado en Juicio Oral los

cargos sostenidos por el Ministerio Público, respecto a la comisión -por la acusada Gosvinda Vera Lucano - del delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en su figura de Lesiones Graves Seguidas de Muerte, en agravio de Genaro Vera Chávez, y en aplicación de lo previsto en el artículo 2°, inciso 24), literal "e", 139°, incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14) de la Constitución Política del Perú; de los artículos VII y VIII del Título Preliminar, 45°, 46°, 92°, 93° y 121° último párrafo del Código Penal; y de los artículos 393°, 394°, 397°, 399° y 402° del Decreto Legislativo 957°, Código Procesal Penal, administrando justicia a nombre de la nación, el Juzgado Penal Colegiado A de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca **FALLA**:

17.- CONDENANDO a la acusada **GOSVINDA VERA LUCANO,** identificada con DNI 40737207, nacida el quince de Enero del año mil novecientos ochenta y uno, como autora del delito **Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud**, en su figura de **Lesiones Graves Seguidas de Muerte**, en agravio de Genaro Vera Chávez, a **SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, la misma que se dicta con el carácter de efectiva, y cuyo computo se efectuara desde la fecha de captura e internamiento al penal que disponga el Instituto Nacional Penitenciario.

18.- DISPONIENDO la Ejecución Provisional de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 402° del CPP.

19.- IMPONIENDO como reparación civil la suma de **VEINTE MIL NUEVOS SOLES** que la sentenciada deberá pagar a favor de los herederos legales del agraviado, además del pago de las **COSTAS PROCESALES**.

20.- ORDENANDO, que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal.

Director de Debates, MERINO VIGO.

S.S.

HOLGUÍN MORÁN

MERINO VIGO.

VARGAS CALDERON.

SEGUNDO JOEL CERQUIN INTOR
Especialista Judicial de Audiencias
MODULO NCPP
CAJAMARCA

Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial A - Cajamarca.

Expediente N°: 0092-2014-11-0601-JR-PE-03.

Delito: Robo Agravado.

Acusado: Edwin Humberto Uriol Sandoval y otros.

Agraviado: Segundo Leonidas Fuentes Vásquez.

RESOLUCIÓN NÚMERO.

Cajamarca, trece de Mayo

del dos mil quince.-

VISTOS y OIDOS, del presente Cuaderno de Debates y de los actuados en la Audiencia de Juicio Oral, en el proceso penal seguido contra los sentenciados EDWIN HUMBERTO URIOL SANDOVAL, RICHARD MITCHEL VEGA PAREDES, y las acusadas YESENIA YAMILETH CASTILLO HORNA, MARIANELLA VASQUEZ TAPULLIMA y otros, por el delito Contra El Patrimonio – Robo Agravado - en agravio de Segundo Leónidas Fuentes Vásquez y Mardely Izquierdo Montoya.- **RESULTA DE LO ACTUADO EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL:**

I.- PLANTEAMIENTO DEL CASO.

1.- La representante del Ministerio Público imputa a las acusadas Yessenia Yamileth Castillo Horna y Marianella Vásquez Tapullima, ser coautoras del delito de robo agravado, pues al haber existido reparto de roles con sus coacusados y estas haber realizado actos de marcaje, y luego de haber identificado al agraviado quien había efectuado un retiro de una fuerte cantidad de dinero, dieron aviso a sus co acusados quienes se encontraban en la parte exterior del centro comercial El Quince, quienes se encargaron de arrebatarle el dinero, por lo que resultan siendo responsables del delito de robo agravado, solicitando catorce años y trece años y cuatro meses de pena privativa de libertad respectivamente; habiendo formulado retiro de la acusación por el delito de tenencia ilegal de arma de fuego en favor de los acusados Edwin Humberto Uriol Sandoval y Richard Michael Vega Paredes, por lo que respecto de éstos quienes han aceptado su responsabilidad en este delito y han sido sentenciados, sólo

cabe pronunciamiento en cuanto al monto de la reparación civil, habiendo solicitado el Ministerio Público la suma de doscientos mil Nuevos Soles, por el delito de robo agravado. Habiéndose llevado a cabo el Juicio Oral, conforme a los registros de audio y las actas de su propósito, por lo que -conforme al artículo 392° del Código Procesal Penal- corresponde expedir la sentencia respectiva.

II.- CONSIDERACIONES.

A.- PREMISA NORMATIVA.

El delito objeto de acusación corresponde al de Robo Agravado, cuyo tipo base lo describe el artículo 188° del Código Penal: "*El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física...*" asimismo, la forma agravada de este ilícito se encuentra señalada en el artículo 189° incisos 3 y 4 del mismo texto legal, cuando el delito se comete: "*...a mano armada y con el concurso de dos o más personas ...*"

Siendo así, podemos establecer como elementos constitutivos objetivos de este delito, en su forma agravada, la existencia de un bien mueble ajeno, el apoderamiento ilegítimo de este bien por el sujeto agente, el desplazamiento físico del bien empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física y la concurrencia de la circunstancia agravante referida (en el caso de la acusación, que el delito se habría cometido a mano armada y con el concurso de dos o más personas. Por otra parte el elemento subjetivo del tipo penal en cuestión será la intención del sujeto agente de obtener un provecho económico ilícito en detrimento del patrimonio de la víctima; el delito se comete solamente a título de dolo, existiendo la posibilidad de su consumación imperfecta: la tentativa.

2.1.2.- De la consumación del delito objeto de acusación.

A efectos de determinar el ámbito normativo de la consumación del delito referido, se deben observar los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A.I, y 03-2008/CJ-116 en la que se han establecido

principios jurisprudenciales con la calidad de precedente vinculante para los magistrados de todas las instancias.

Así, en la Sentencia Plenaria aludida se ha establecido como precedente vinculante considerar que tanto en el delito Hurto, como en el de Robo, el sujeto agente debe tener disponibilidad del bien sustraído, la que más que real y efectiva, debe ser potencial; es decir debe existir la posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio sobre la cosa sustraída[1].

2.1.3.- De la reparación civil.

Como lo establece el artículo 93° del Código Penal, la reparación civil, cuando corresponda imponerse, comprenderá la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios que corresponda. Esto resulta evidente por cuanto la comisión de todo delito importa, además de la imposición de una pena, el surgimiento de la responsabilidad civil del sujeto agente a quien le corresponde reparar el daño ocasionado con su comportamiento ilícito, siendo que tal reparación deberá guardar proporción con el daño irrogado. Demás está señalar que la imposición de la reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no implica que su imposición sea automática o responda directamente a la solicitud de las partes. Por el contrario, a fin de determinar el monto de la reparación civil se deberá atender, entre otros factores -tales como las posibilidades económicas del agente, la magnitud del daño causado, etc.- al daño que haya sido efectivamente probado, mediante prueba incorporada válidamente, en el Juicio Oral respectivo, tal como lo establece el artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal, siendo tal un requisito indisoluble a la determinación de dicha reparación.

(1) "...La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad. Este entendimiento de ambos delitos, a su vez, fuerza a entender no sólo que el agente desapodera a la víctima de la cosa -adquiere poder sobre ella- sino también, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento. En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho -resultado típico- **se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición**, aún cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; **sólo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito.**" Resaltado propio.

De igual manera, resulta evidente que, en caso se ofrezcan y actúen medios probatorios de manera válida, respecto a la pretensión de reparación civil, estos medios probatorios deben ser idóneos para probar dicho extremo.

2.1.5.- De las pruebas válidas para la deliberación.

Conforme lo establece el artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal "*El Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el Juicio*". Esta previsión tiene su correlato normativo en el artículo en el artículo I, inciso 2) del Título Preliminar del Código Procesal Penal el que prevé que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio y en el artículo VIII del mismo título el que exige como requisito para valorar la prueba, que ésta haya sido obtenida e incorporada mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Estas normas, interpretadas de modo sistemático y en concordancia con los principios de oralidad, inmediación y contradicción que inspiran el modelo procesal penal en nuestro país, obligan al Juzgador -al momento de resolver- a valorar solamente aquella prueba que haya sido incorporada legítimamente al Juicio Oral, que se actúe en su presencia y que se someta al debate contradictorio del caso, requisitos que -en resumen- representan la esencia del Juicio Público Republicano previsto por el artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

B.- PREMISA FÁCTICA.

3.- De los medios de prueba incorporados válidamente al Juicio Oral y de su valoración individual.

De los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos durante la audiencia de Control de Acusación, se han llegado a actuar los siguientes:

3.1. EXAMEN DE LA ACUSADA MARIANELLA VÁSQUEZ TAPULLIMA:

Manifestó que su amiga Yessenia Castillo Horna le hace una invitación a esta ciudad de Cajamarca, ya que su enamorado Alex Centurión de manera repentina le propuso que vinieran de paseo pero no quiso venir sola; siendo que antes de arribar a Cajamarca, estando aun en la ciudad de Trujillo, Alex fue a

recogerlas pero llegó con dos amigos más, hecho que incomodó a Yessenia; cuando llegaron a esta ciudad se alojaron en el Hotel Royal Palace, al día siguiente fueron a tomar desayuno frente al Centro Comercial El Quinde, en ese momento Alex y Juan les hacen una propuesta para que ingresen a cualquiera de los Bancos ubicados en el Quinde a ver si alguien hace algún retiro de fuerte cantidad de dinero, a lo que su persona y Yessenia se negaron, pero Alex les dijo que les va a dar una propina de quinientos nuevos soles y que por favor vayan a ver a los Bancos y si es que no hay nada que se regresen, que su tía estaba mal y necesitaba dinero; entonces aceptaron la propuesta, fueron al Quinde e ingresaron al Banco de Crédito del Perú, al poco tiempo de ingresar se dieron cuenta que una persona estaba contando dinero al parecer de una suma fuerte; luego salió del Banco y llamo a Juan, le dijo que hay un señor que estaba recibiendo dinero pero no sabía cuánto y le dio las características de éste, pero no sabía para que daba la información, después salió Yessenia del Banco y fueron juntas por las tiendas del Quinde; a las dos de la tarde aproximadamente Yessenia recibe una llamada de Alex quien le dijo que porfavor vaya al hotel y saque las cosas de sus amigos porque había problemas; luego de eso fueron a la casa de la tía de Alex (la señora Teotista) donde permanecieron hasta las ocho de la noche aproximadamente que se regresaron a la ciudad de Trujillo y nunca más volvieron a ver a las demás personas. Agrega que llegó a la ciudad de Cajamarca como la una o dos de la mañana del mismo día que fueron al Banco, acompañada de Alex, Lucho, (Chino), Juan y Yessenia, a quienes conoció quince días atrás, a excepción de Yessenia y Alex a quien conocía más tiempo; una semana antes de los hechos también vino a esta ciudad de paseo junto con Yessenia y Alex, fueron a los Baños del Inca y a la Plaza de armas, estuvieron uno o dos días y luego se regresaron, lo hicieron en el mismo vehículo que posteriormente vinieron para el asalto, esto es en un vehículo Tercel azul, pero no observó si alguien portaba un arma de fuego, ni escuchó a nadie conversar sobre la comisión de algún delito; señala que es amiga de Yessenia Castillo Horna desde tres o cuatro meses antes del asalto y que Alex era mecánico.

3.2.- <u>EXAMEN DE LA ACUSADA YESSENIA YAMILETH CASTILLO HORNA</u>.

Manifiesta que con su enamorado, Alex Centurión Marreros, vinieron de paseo a la ciudad de Cajamarca, llegaron, se hospedaron en el Hotel Real Palace que está cerca al Quinde y al día siguiente cuando estaban tomando desayuno a ella y a su amiga Marianela, Alex y Juan (que era una persona de estatura baja, cabello ondulado) les propusieron que entren a cualquier Banco a ver dónde hay gente con dinero, para que luego ellos jalen la plata,

aceptaron y fueron al Centro Comercial El Quinde al promediar las doce del mediodía donde ingresaron al Banco de Crédito del Perú, en cuestión de minutos se dieron cuenta que un señor estaba contando dinero, entonces se ubicaron en la cola a unos tres metros de éste, luego Marianella salió hablar por teléfono y ella se quedó en el interior del Banco viendo al señor que tenía el dinero, el mismo que estaba con dos personas más, luego salen los señores y finalmente su persona hablando por teléfono con Alex a quien le dijo que las personas ya están saliendo; cuando salió fue a buscar a Marianella y se fueron por las tiendas del Centro Comercial; posteriormente Alex lo llamó y le dijo que vaya al hotel a sacar sus cosas y la de sus amigos porque había problemas, luego fueron a la casa de la tía de Alex donde se encontraron con él, por la noche se regresaron a Trujillo. Agrega que no conoce a Edwar Edwin Rodas Torres, apodado el Chino, ni a Edwin Humberto Uriol Sandoval, e indica que Priscila Castillo Horna es su hermana de quien utilizaba su línea telefónica porque ella estaba registraba en INFOCORP.

3.3.- <u>EXAMEN DEL TESTIGO RICHARD MITCHAEL VEGA PAREDES.</u>

Conoció a Edwin Humberto Uriol Sandoval un día antes de venir a Cajamarca a perpetrar el delito, se lo presento Alex Centurión Marreros cuando se reunieron para acordar su viaje a esta ciudad; no conoció a Marianela Vásquez Tapullima porque vino de Trujillo con Uriol Sandoval en un carro negro y Alex dijo que les iba a pasar la voz; a Edwin Edvin Rodas Torres de apodo el Chino también lo conoció antes de venir a Cajamarca, a quien vio el día del robo en el paradero del Centro Comercial El Quinde manejando un carro Tercel color azul junto con Alex, Marianela y Yessenia (quien se presentó como Yesica); a esta última la conoció al momento que venían a Cajamarca, estaba con Alex y Chino; a la persona de Alex Harol Centurión Marreros lo conoció una semana antes de los hechos en una pollada en la ciudad de Trujillo; el día del asalto aproximadamente a las doce del mediodía el chino, Alex y las chicas entraron al Centro Comercial El Quinde, ellos permanecieron en el paradero y luego Alex los llamó y les dijo que iba a salir un carro y que lo siguieran, Alex subió al carro azul para seguir también al carro de los agraviados, pero en un semáforo bajo y subió al carro negro donde estaba él y Uriol Sandoval, siguieron al carro de los agraviados el que se estacionó en un parque, entonces Uriol se estacionó adelante, bajó Alex, su persona portando un arma que le había dado Alex momentos antes, apuntó al agraviado y le dijo que le dé la plata, Alex cogió el dinero de los dos agraviados, un celular, unas llaves y se retiraron, luego

Alex bajo y subió al carro azul llevándose todo el dinero; señala que todos los que habían participado del robo se iban a reunir en la ciudad de Trujillo, pero la Policía los interviene a una hora y media de esta ciudad; cuando fue intervenido usaba un teléfono que compro en tacora cuyo número terminaba en 51.

3.4.EXAMEN DEL TESTIGO EDWIN HUMBERTO URIOL SANDOVAL

Que conoció a Richard Mitchael Vega Paredes en una pollada, más o menos dos meses antes de los hechos; a Marianella Vásquez Tapullima la conoció en una pollada poco antes del asalto; a Edwar Edvin Rodas Torres lo conoció hace seis meses antes del robo porque ambos eran choferes, lo conoce por el apodo de *el chino*; a Yessenia Yamileth Castillo Horna la conoció en una fiesta, pero con el nombre de Yesica; a Alex Harol Centurión Marreros, le apodaban *tuyo;* el día quince de enero llego a Cajamarca por invitación de Alex Centurión quien le dijo que van hacer un robo de cuarenta o cincuenta mil nuevos soles, le dijo que le haga una carrera de Trujillo a Cajamarca por la que le pagaría mil nuevos soles y aparte dos mil o tres mil soles por el choreo (robo); estando en Cajamarca se reunieron todos y Alex le dijo que unas chicas van hacer la visión, entonces Yesica y Marianella ingresaron al Banco que estaba en el Quinde, mientras esperaba la llamada que Alex le iba hacer, entonces Alex lo llama y le dijo que sigan un carro, Alex y chino salieron en un carro Tercel azul, de pronto Alex baja del carro azul y sube al suyo y le dijo que siguieran al auto de los agraviados (que era un auto plomo), entonces se estaciona delante de ellos, baja Richard y Alex y cometen el asalto; cuando se están retirando Alex baja del carro, llevándose el dinero y sube al carro que manejaba Edward Torres (pero se olvida un arma y una casaca) donde también estaban Marianella y Yesica, quienes juntos fueron en dirección a Trujillo. Sabía que las señoritas Yessenia Yamileth Castillo Horna y Marianella Vásquez Tapullima iban hacer marcaje porque lo habían conversado en Trujillo.

3.5.- EXAMEN DEL TESTIGO WILLAN TERAN INFANTE:

Manifestó que es empleado de Minera Yanacocha, conoce al señor Gilberto de la Cruz Valencia desde hace mucho tiempo ya que son vecinos y compañeros de trabajo, además que iban asociarse para constituir una empresa para lo cual tenía que aportar la suma de ochenta mil nuevos soles, para obtener el dinero hizo un préstamo del Banco del Crédito del Perú por el monto de setenta y seis mil nuevos soles, siendo que el dinero en efectivo le desembolsan el día quince de enero del año dos mil catorce, a la una de la

tarde aproximadamente, en la oficina del centro comercial El Quinde; luego de cobrar el dinero de manera inmediata le hacen entrega al señor Segundo Leónidas Fuentes Vásquez, a quien conoce en ese momento, la suma de ochenta mil nuevos soles, ya que tenía en su poder cuatro mil nuevos soles más; posteriormente se retiraron los tres del Banco, el señor Segundo Leonidas fue hacia la cochera y su persona y Gilberto de la Cruz Valencia, salieron por la puerta principal del Quinde. *Reconoce el voucher de retiro por la suma de setenta y seis mil nuevos soles (S/.76,000.00) emitido por el Banco de Crédito del Perú el día quince de enero del año dos mil catorce a horas trece con veintisiete minutos.*

3.6.- EXAMEN DEL TESTIGO AURELIO CARLOS CARRASCO HERRERA:

Que es Sub Oficial de la Policía Nacional del Perú desde hace cuatro años y desde hace dos años y medio trabaja en la DIRINCRI en un grupo de investigación criminal; el día quince de enero del año dos mil catorce en el Distrito de San Juan hubo una intervención, en la cual no estuvo presente en el momento mismo sino que llego después y realizó el acta de registro vehicular encontrando un arma de fuego detrás del auto radio del vehículo. **Este colegiado se releva de mayor análisis en tanto el Ministerio Público formuló retiro de acusación por el delito de Tenencia Ilegal de Arma de Fuego.**

3.7.- EXAMEN DEL TESTIGO CIRO CHILON TAFUR

Que se dedica a la ganadería, agricultura y también tiene una empresa desde hace once años denominada "El Aliso Servicios Generales SRL" dedicaba al rubro de geo sintéticos, trabajando con Minera Yanacocha; conoce al señor Segundo Leonidas Fuentes Vásquez hace aproximadamente cinco años ya que como este trabaja con dólares su persona le daba cheques para que a cambio le de dinero en efectivo; requiere de sus servicios de manera mensual aunque a veces hay cheques específicos entonces también lo solicita; el día quince de enero llamó y le dio al señor Segundo Leonidas un cheque por la suma de veinte mil dólares para que le cambie, quien le dijo que en el transcurso del día le iba a dar el dinero en efectivo, a las once y media de la mañana el señor Segundo lo llama y le dijo que estaba en su oficina con el dinero pero su persona se encontraba en transportes, en ese momento su persona le dijo que necesitaba más dinero porque sus socios que eran seis también querían cambiar cheques de veinte mil dólares, cambio que se haría a partir de las tres de la tarde del mismo día; su persona estuvo esperándolo pero Segundo Leonidas no llegó, al día siguiente lo llamó entonces le contó que lo habían asaltado con el dinero.

Agrega que su persona había entregado a Segundo Leonidas Fuentes Vásquez solo un cheque por la suma de veinte mil dólares americanos. **Este testigo aporta en cuanto permite acreditar el monto con el cual contaba el agraviado el día que fue asaltado.**

6.7.- EXAMEN DEL TESTIGO GILBERTO DE LA CRUZ VALENCIA.

Manifiesta que tiene una empresa la cual trabaja para la compañía Minera Buena Ventura desde hace siete años, su empresa cuenta con ciento diez trabajadores; conoce al señor Segundo Leonidas Fuentes Vásquez desde el año dos mil siete ya que como empresario le emiten cheques en dólares entonces necesitaba un cambista para poder realizar el pago a sus proveedores; el día quince de enero del año dos mil catorce se comunicó con el señor Segundo Leonidas a través de mensajes de texto en el cual le decía que le espere en el Banco de Crédito del Perú para que le entregase un dinero que le adeudaba; cuando llegó al Banco se encontró con su socio Willan Teran Infante, llamó a Segundo Leonidas quien le dijo que en diez minutos llegaba al Banco, Willan se demoró unos veinte minutos contando el dinero que le desembolsaron, luego de ello le entregaron el dinero a Segundo Leonidas, si bien el retiro del Banco fue por la suma de setenta y seis mil nuevos soles, de su bolsillo sacaron más dinero para completar los ochenta mil nuevos soles que le dieron a Segundo Fuentes Vásquez; luego los tres salieron del Banco y caminaron hasta la altura de la tienda de telefónica, es ahí donde se despiden y Segundo Leonidas se dirigió por la cochera del Quinde, él y Willan Terán se dirigieron al patio de comidas, se despidieron y su persona salió del Quinde a almorzar en un restaurant ubicado en Hoyos Rubio al frente del centro comercial y luego se dirigió a una charla que tenía en la municipalidad con Kori Wasi; se entera de los hechos al día siguiente de sucedidos; el día quince de enero estaba llamando por teléfono al señor Segundo Leonidas para que le entregue una camioneta que había dejado en garantía del préstamo que le hizo, pero no contestaba, entonces fue a buscarlo a su casa pero no lo encontró, al día siguiente otra vez fue a buscarlo entonces una niña le dijo que lo habían asaltado, por lo que se dirigió a su tienda de la plaza de armas y Segundo Leonidas le manifestó que lo habían asaltado con el dinero e incluso le habían robado su celular. Precisa que solamente su persona y Willan Teran Infante tenían conocimiento que iban a sacar dinero del Banco. **Este testigo aporta en igual sentido que el anterior, a determinar la cantidad de dinero que portaba el agraviado el día que fue asaltado.**

6.8.- EXAMEN DEL AGRAVIADO SEGUNDO LEONIDAS FUENTES VÁSQUEZ.

Que es cambista y prestamista desde hace diez años, trabaja con algunas empresas y amigos; conoce al señor Ciro Chilon Tafur ya que tiene una empresa denominada Servicios Generales El Aliso, con quien viene trabajando un aproximado de cinco años, al señor Gilberto de la Cruz Valencia también lo conoce quien tiene una empresa denominada Geofusion Ingeniería Servicios Generales SRL; el día quince de enero del año dos mil catorce aproximadamente a las ocho de la mañana el señor Ciro Chilon Tafur lo llamó para que realicen una transacción, entonces fue a su oficina y le dio un cheque por la suma de veinte mil dólares para lo cual el dinero en soles lo iba a llevar a eso de las once y media de la mañana, llegada la hora fue a su oficina pero el señor Ciro Chilon no se encontraba entonces lo llamo a lo que éste contestó que se encontraba haciendo unas revisiones técnicas a su vehículo y que estaría en su oficina a la una de la tarde, agregando que traiga más dinero porque sus amigos también quieren hacer un cambio, entonces llama a su esposa y le dice que aliste ciento veinte mil nuevos soles, luego la recoge, cuando se estaban dirigiendo a la oficina de Ciro Chilon Tafur recibe una llamada telefónica de Gilberto de la Cruz Valencia quien le adeudaba noventa y seis mil seiscientos nuevos soles (S/.96,600.00), quien le dice que vaya al BCP del Centro Comercial El Quinde para que le pague la deuda, su persona responde que va a demorar porque estaba haciendo una transacción, pero Ciro le dijo que solo tenía una hora para hacer el movimiento y que vaya por favor, entonces a bordo de su vehículo se dirige al Centro Comercial El Quinde, se estaciona afuera dejando a su esposa quien llevaba ciento veinte mil nuevos soles, cuando ingresa al Banco a la una de la tarde aproximadamente se encontró con los señores Gilberto y Willan, esperó un promedio de media hora, recibió el dinero, salieron del Banco, se despidieron, entonces salió por el mismo lugar por donde ingresó en dirección a su vehículo, subió al carro y avanzó, de pronto recibe una llamada telefónica de su mamá quien le dijo que vaya a almorzar a su casa, entonces se dirigió a la casa de su Madre, al llegar se estaciona, y en ese mismo momento le intercepta un carro negro daewo, bajo una persona corriendo, abrió la puerta de su vehículo y con un arma de fuego le apunta en la cabeza diciéndole que le entregue el dinero, lo insultó y le dijo que le de plata o lo iba a matar, otra persona rebuscaba a su esposa quien gritaba *"no lo maten" "no lo maten"*, entonces sacó la plata que llevaba consigo y le entregó; la persona que lo apuntó era un señor alto, aproximadamente 1.65 m, moreno; a su esposa le quitaron los ciento veinte mil nuevos soles que llevaba, lo cual es producto de su actividad diaria y de préstamos con varias empresas. *Fiscal Introduce al debate probatorio el*

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA CAJAMARCA

contrato de préstamo de dinero que obra en copia legalizada en el expediente judicial, y el cronograma de pagos de un préstamo por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles. Testigo reconoce el contrato de préstamo de dinero que le hizo el señor Abelardo Vásquez Saavedra y Elsa Acuña Burga a su persona y su esposa por la suma de cien mil dólares americanos el día veinticinco de abril del año dos mil trece, indicando que dejó para ello como garantía un terreno, contrato que se hace ante Notario Público; también reconoce el cronograma de pagos de un préstamo por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles emitido por la empresa financiera Mi Banco, al momento que fue asaltado observó que había otras personas en el vehículo de los delincuentes pero no puede precisar si se trataba de varones o mujeres.

6.9.- EXAMEN DE LA AGRAVIADA MARDELY IZQUIERDO MONTOYA.

Que es cambista de dólares desde hace siete años, trabaja con su esposo en el Jirón Amalia Puga seiscientos sesenta y siete de esta ciudad; conoce al señor Ciro Chilon Tafur ya que es un empresario que cambia dólares, cheques y hace años que lo conoce; percibe por su actividad un promedio de tres mil a cuatro mil nuevos soles mensuales; el día quince de enero del año dos mil catorce como todos los días fue a trabajar con su esposo a la Plaza de armas, a eso de la una de la tarde su esposo le dice que van a ir a comprar dólares y que aliste todo el dinero que tenga, coloca ciento veinte mil nuevos soles en una bolsa negra, lo mete a su cartera y salió con su esposo con dirección al Quinde, cuando llegan su esposo se estaciona en la puerta principal del centro comercial y le dice que le espere un momento, al pasar treinta minutos aproximadamente regresa, sube al carro y le dice para que vayan a la casa de su mamá a almorzar entonces se dirigen por la Fiscalía hacia la calle Revilla Pérez, cuando llegan a la casa de su suegra y están a punto de bajar, un carro negro se estaciona delante de ellos y bajaron dos tipos, uno apuntó la cabeza de su esposo, el otro la cogió del cuello y le dijo *"dame la bolsa concha tu madre si no te mato"* gritaba que por favor no maten a su esposo y le tiro la bolsa, le quito todo su dinero y también el dinero que llevaba su esposo, luego se fueron; expresa que fue un día muy desagradable que no puede ni podrá olvidar; el dinero que le robaron provenía de préstamos que había hecho a Mi Banco, Edyficar; reconoce el cronograma de pagos del préstamo que había solicitado a Mi Banco por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles de fecha veintisiete de noviembre del año dos mil trece y el préstamo realizado con el señor Abelardo Vásquez. ***Fiscal introduce el acta de reconocimiento físico en***

rueda de personas realizado por la agraviada con fecha dieciséis de enero del año dos mil catorce. Al interior del vehículo que los intercepto vio a tres personas pero no puede precisar si fueron hombres o mujeres.

6.10.- EXAMEN DEL TESTIGO SANTOS ENRIQUE ROJAS ALVA.

Que es ex trabajador de Yanacoha y aparte es propietario del Hostal Rey Palace ubicado en la avenida Hoyos Rubio cuada once de esta ciudad, desde hace seis años y desde hace cinco años cuenta con servicio de cámaras de vigilancia las que recientemente han sido cambiadas a imagen full HD, el hostal cuenta veintiún habitaciones distribuidos en tres niveles; su persona entregó un video de su hostal a solicitud de la Fiscalía. *Fiscal introduce al debate probatorio el acta de entrega de video por parte del testigo Santos Enrique Rojas Alva, el mismo que obra a folios treinta y cinco del expediente judicial; y copias del cuaderno de control de huéspedes que obra a folios setenta y siete a setenta y nueve del expediente judicial.*

6.11.- EXAMEN DEL TESTIGO LEONARDO DANIEL SUAREZ ESTELA:

Manifiesta que con fecha quince de enero del año dos mil catorce se desempeñaba como pesquisa en el grupo número uno de investigaciones de la DIRINCRI, estaba un periodo de cinco años; actualmente se encuentra trabajando en la Dirección de carreteras. *Fiscal introduce el acta de verificación de llamadas entrantes y salientes, mensajes de textos enviados y recepcionados que obra a folios diecisiete del expediente judicial. Fiscal introduce el acta de verificación de llamadas entrantes y salientes, mensajes de textos enviados y recepcionados que obra a folios veinte del expediente judicial.*

6.12.- ORALIZACION DE DOCUMENTOS.

1. **INFORME REMITIDO POR EL BANCO DE CREDITO,** de fecha diecinueve de febrero del año dos mil catorce, que obra a folios sesenta a sesenta y uno, a través del presente documento se hacen llegar dos cds con los videos del interior de la oficina del BCP-Quinde de fecha quince de enero del 2014 de 12.00 a 14.00 horas. Asimismo solicita que en este acto se visualice los videos adjuntos y también los videos correspondientes al hotel Rey Palace.
2. **VISUALIZACION DE VIDEOS:**

VIDEO 01: Correspondiente al Hotel Rey Palace.

Video visualizado en audiencia. En el video se puede ver la parte exterior e interior del hostal Rey Palace, ubicado en la Av. Hoyos Rubio de esta ciudad, frente a EsSalud, siendo las 1:49.29 horas del día quince de enero del año dos mil catorce se puede verificar que un auto negro con adhesivos derechos de color blanco se estaciona afuera del hotel, del cual descienden dos sujetos de sexo masculino por el lado izquierdo del mismo, la persona que ingresa al hotel es Alex Harol Centurion Marreros, quien solicita tres habitaciones y le hace mención que hace cuatro días había estado en el hotel, se aprecia que el señor Edwin Edvin Rodas Torres había estado conduciendo el vehículo y se baja, también se aprecia a Marianella Vásquez Tapullima, Yessenia Castillo Horna y a una persona no identificada y todos ingresan al hotel; estando en la recepción Alex Centurión se comunica telefónicamente con Uriol Sandoval y le pregunta por Richard Vega Paredes.

VIDEO 02: Correspondiente al Banco de Crédito del Perú, ubicado en el Centro Comercial El Quinde.

Video visualizado en audiencia, no tiene audio, en el video se puede ver las instalaciones del Banco de Crédito de Cajamarca, siendo la 1:22 pm del día quince de enero del dos mil catorce, hace su aparición el señor Willan Terán Infante quien esta vestido de polo azul manga corta y pantalones jeans quien hace cola, posteriormente a horas 13:27, ingresa al Banco del señor Gilberto de la Cruz Valencia quien esta vestido con una camisa a cuadros, en la parte posterior se ve al señor Segundo Leonidas Fuentes Vásquez; luego el señor Willan Teran Infante es atendido en una ventanilla; a las 13.43 ingresa por la parte posterior del Banco la señora Yessenia Yamilet Castillo Horna a quien se la ve de unas zapatillas blancas, pantalón oscuro, casaca negra y portando una cartera y con un moño recogido, la misma que no se hace cola, el video termina a las 13:44.12.

VIDEO 03: Correspondiente al Banco de Crédito del Perú, ubicado en el Centro Comercial El Quinde. Continuación del video 02. *Video visualizado en audiencia, no tiene audio,* a horas 13:44 se ve a Yessenia Yamileth Castillo Horna ubicada en la parte posterior del Banco de Crédito, a horas 13:45.57 hace su ingreso al Banco Marianella Vásquez Tapullima por la zona de los cajeros automáticos, quien ingresa de polera blanca, polo oscuro con marcas

blancas y pantalones oscuros y se ubica con la señora Yessenia Castillo Horna en la parte posterior; el señor Willan Teran Infante está contando el dinero recibido, a las señoras se les ve siempre juntas portando en algunas veces sus celulares; la señora Marianella hace sus ademanes como si quisiera salir, se ubica cerca donde están los señores Gilberto de la Cruz y Segundo Leonidas, pero no sale del Banco y regresa con la señora Yessenia, a las 13:49.32 el señor Willan Teran se dirige hacia donde estaban los señores Gilberto y Segundo, quienes realizan una transacción en ese momento, en eso Marianella se acerca a ellos y se ubica en la parte posterior del Banco, Marianella regresa donde esta Yessenia y se retira del Banco; siendo las 13:51.16 salen del Banco los señores Willan Teran Infante, Gilberto de la Cruz Valencia y Segundo Leonidas Fuentes Vásquez, y a las 13:51.35 hace su salida del Banco Yessenia Yamileth Castillo Horna.

VIDEO 04: Correspondiente al Hotel Rey Palace.

Video visualizado en audiencia. Señala que siendo las 14:34.15 del día quince de enero del dos mil catorce, se ve pasar por la parte exterior del hotel un carro negro, apareciendo en ese momento la señora Yessenia Castillo con su casaca en su mano, polo rosado y zapatillas blancas, y la señorita Marianella con su bolero blanco y polo con lunares blancos, siendo las 14:34.25 las señoritas hacen su ingreso al hotel Rey Palace con las mismas prendas de vestir que estaban en el Banco de Crédito; posteriormente se retiran del hotel con todas sus cosas y dejan las llaves de las tres habitaciones que ocuparon.

3. **TSP-83030000-RBR-0094-2014,** remitido por la empresa Telefónica del Perú, que obra a folios ochenta y seis del expediente judicial.

4. **TSP-83030000-AUG-0435-2014,** remitido por la empresa Telefónica del Perú, que obra a folios noventa y cuatro a ciento diez del expediente judicial.

6.13. HECHOS ACEPTADOS POR LOS ACUSADOS EN JUICIO ORAL.- En mérito a que al inicio del juicio oral los acusados han aceptado los cargos que han sido formulados por el Ministerio Público en su totalidad, cuestionando únicamente la tipificación de los mismos, se procedió a consultar a los acusados presentes lo siguiente:

ACUSADO EDWIN HUMBERTO URIOL SANDOVAL: Acepta que los días diez y once de enero del dos mil catorce vino a la ciudad de Cajamarca, haciéndolo también el día catorce de enero del mismo año, al día siguiente quince de enero se reunieron con los demás acusados en horas de la mañana con la finalidad de ver que es lo que iba hacer cada uno; para la comisión del delito de robo concurrieron más de dos personas utilizando para ello un arma de fuego, siendo que cuando estaban fugando a la ciudad de Trujillo y los intervienen el arma fue encontrada en el vehículo que abordaban.

ACUSADO RICHARD MITCHAEL VEGA PAREDES: Acepta que vino a la ciudad de Cajamarca los días diez y once de enero del año dos mil catorce, haciéndolo también el día catorce de enero del mismo año, el día quince de enero en horas de la mañana se pusieron de acuerdo con los demás acusados para cometer el delito de robo y cuando los agraviados salieron del Centro Comercial El Quinde lo persiguieron a bordo de un vehículo, lo interceptaron, y con un arma de fuego lograron arrebatarle el dinero que llevaban, cuando se estaban fugando a la ciudad de Trujillo una hora después de cometer el hecho intervenido fueron intervenidos en el distrito de San Juan y cuando se registró el vehículo que abordaban se encontró un arma de fuego al interior.

ACUSADA MARIANELLA VASQUEZ TAPULLIMA: Acepta que vino a la ciudad de Cajamarca los días diez y once de enero del año dos mil catorce, haciéndolo también el día catorce de enero del mismo año en compañía de Alex Centurión Marreros, Edward Rodas Torres y Juan, el día quince de enero del mismo año se pusieron de acuerdo con los perpetrar robo y que su función fue de ingresar al interior del Centro Comercial El Quinde, ingresar a una agencia bancaria e identificar a una persona que retire una fuerte cantidad de dinero y dar aviso a las personas que se encontraban en la parte exterior para que ellos se encarguen de sustraer el dinero.

YESENIA YAMILETH CASTILLO HORNA: Acepta que vino a la ciudad de Cajamarca los días diez y once de enero del año dos mil catorce, haciéndolo también el día catorce de enero del mismo año en compañía de Alex Centurión Marreros, Edward Rodas Torres, Juan y Marianella, siendo que el día quince de enero en horas de la mañana se le fue encomendada la función de ingresar al interior del Centro Comercial El Quinde a una agencia bancaria a observar si alguna persona retiraba alguna cantidad de dinero y luego dar aviso a las personas que se encontraban en la parte exterior para que ellas se encarguen de sustraer el dinero, para ello efectúo algunas llamada telefónicas.

7.- DE LA POSIBILIDAD DE PRONUNCIARSE POR UN DELITO DISTINTO DEL QUE FUE OBJETO DE ACUSACIÓN.-

Siendo ello así el juzgado Penal Colegiado considera que al haber aceptado los acusados todos los hechos expuestos por el Ministerio Público, el debate se circunscribe a determinar si estamos frente al delito de robo agravado artículo 188° con las agravantes del artículo 189° incisos 3 y 4 del primer párrafo del Código Penal o frente al delito de Marcaje tipificado en el artículo 317-A primero párrafo del Código Penal, por lo que en virtud a lo prescrito en el artículo 374 inciso 1 del NCPP comunico a las partes esta última posibilidad.

7.1.- EL DELITO DE MARCAJE.

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 317-A del Código Penal y sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años a quien para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos que se detalla, entre ellos el robo agravado, acopia o entrega información, **realiza vigilancia o seguimiento** o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos.

Se trata en realidad de un acto preparatorio que al ser incorporado al Código Penal, se constituye en un medio, que tiene como finalidad evitar se concrete la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido del delito fin, para el presente caso, el patrimonio.

"Parte de la doctrina nacional entiende que el injusto penal del marcaje o reglaje protege los mismos bienes jurídicos del delito fin. Tal postura sostiene, que en el fondo, estamos simplemente ante actos de preparación; en tal sentido de materializarse, únicamente se aplicaría la ley que comprende la consumación, quedando absorbida ella en el análisis. Son opiniones respetables. Sin embargo, si bien la tranquilidad o paz pública, como base de toda sociedad que pretende la convivencia pacífica de sus miembros, es el objeto de protección en el delito de marcaje o reglaje, creemos que, conforme a como se encuentra expresamente regulado y **en virtud al principio de legalidad penal (el resaltado es nuestro)** este delito busca o se proyecta a proteger otros bienes jurídicos, pero en forma previa,

los que deben ser entendidos como los bienes jurídicos de carácter mediato[2]".

Es entendible entonces que el Ministerio Público, haya considerado la conducta desplegada por las acusadas, como delito de robo agravado, en calidad de coautores, sin embargo considera este Colegiado que antes de pretender una calificación jurídica en base al reparto de roles y funciones, debió haber subsumido la conducta imputada, si lo que se les atribuye es haber ingresado a la agencia del Banco de Crédito del centro comercial el Quinde, y observar que persona retiraba una fuerte cantidad de dinero, para luego dar aviso a los coacusados con la finalidad que éstos le arrebaten el dinero, como efectivamente han aceptado las acusadas, tal conducta no tipifica otra que la descrita en el artículo 317-A del Código Penal, ello en virtud al principio de legalidad penal.

8.- HECHOS PROBADOS Y VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

De lo actuado en la Audiencia de Juicio Oral respectiva, este Juzgado Colegiado tiene como **hechos probados** los siguientes:

A) Que el día quince de Enero del año dos mil catorce, en horas de la mañana, los acusados Edwin Humberto Uriol Sandoval, Richard Mitchael Vega Paredes, Yessenia Yamileth Castillo Horna y Marianella Vásquez Tapullima, se pusieron de acuerdo para perpetrar el delito de robo agravado, para este efecto se repartieron roles y funciones. **Probado** con la propia aceptación de cargos que han realizado estos acusados.

B) Está probado que a las acusadas Yessenia Yamileth Castillo Horna y Marianella Vásquez Tapullima, le correspondió ingresar a la agencia del banco de Crédito, observar a una persona que realice el retiro de una fuerte cantidad de dinero y dar aviso a los coacusados, para que éstos le arrebaten el dinero, como efectivamente ocurrió. **Probado** con la propia aceptación de cargos que han realizado las acusadas, con la visualización del video proporcionado por el BCP en donde se observa el actuar de las acusadas.

---

[2] NUÑEZ PEREZ, Fernando Vicente; "El delito de marcaje o reglaje"; Editorial Ideas Solución SAC; pp. 64.

c) Esta probado que a los agraviados Segundo Leonidas Fuentes Vásquez y a su conviviente, Mardely Izquierdo Montoya, les fue arrebatada la suma de doscientos mil nuevos soles. **Probado** con la declaración de estos, con la oralización del cronograma de pagos, con la testimonial de Gilberto de la Cruz Valencia, Ciro Chilón Tafur y Willan Terán Infante, personas que le entregaron ochenta mil nuevos soles y veinte mil dólares al agraviado.

C.- JUICIO DE SUBSUNCIÓN.

9.- De la tipicidad.

Este colegiado considera que los hechos se subsumen en el delito de Marcaje, tipificado en el artículo 317-A primer párrafo del Código Penal, conforme ya ha sido explicado además en el punto 7.1. Descartándose su forma agravada en tanto no se presenta ninguno de los presupuestos del segundo párrafo del tipo penal.

10.- De la antijuridicidad.

El actuar de las acusadas merece reproche penal, en tanto es contrario a las normas de orden público establecidas en el ordenamiento penal, y han demostrado un quebrantamiento intencional de tales normas de convivencia social, siendo por tanto evidentemente antijurídico, no sólo por no estar permitido, sino por encontrase expresamente proscrito y sancionado por la ley penal.

11.- De la culpabilidad.

Debemos señalar asimismo que durante el desarrollo del Juicio Oral se ha comprobado que las acusadas se encuentran en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, tal como lo han estado al momento de cometer el hecho delictivo. Siendo así, son responsables de sus actos y ha actuado con plena consciencia de ellos y de sus resultados, por lo que ellos les son imputables penalmente.

D.- PENA y REPARACIÓN CIVIL.

12.- De la determinación e individualización de la pena.

Habiéndose establecido la responsabilidad penal de las acusadas en el delito de marcaje, es menester establecer los parámetros necesarios para la Determinación Judicial de la Pena, observando los Principios de Legalidad, Lesividad, Culpabilidad y Proporcionalidad. Para este fin, inicialmente, se debe tener en cuenta que la pena básica establecida para este delito como lo prevé el artículo 317-A primer párrafo del Código Penal es no menor de tres ni mayor de seis años, en el presente caso no concurren circunstancias agravantes genéricas descritas en el artículo 46 inciso 2 del Código Penal, pero si una atenuante que es la prescrita en el inciso 1, a) de la norma acotada, esto es que ambas acusadas carecen de antecedentes penales, por lo que debemos ubicarnos en el extremo mínimo del tercio inferior de la pena básica, el cual ha sido determinado entre tres y cuatro años de pena privativa de libertad, siendo este extremo mínimo el que resulta como pena concreta.

Para determinar el carácter de la pena a imponer se debe tener presente que en el caso de la acusada Castillo Horna, no cabe imponer una pena con el carácter de suspendida, en tanto la personalidad de ésta no nos permite inferir que no vuelva a cometer nuevo delito, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta se encuentra procesada por el delito de robo agravado en el distrito judicial del Santa y pese a saber de esta situación como ella misma lo ha reconocido, ha venido a esta ciudad de Cajamarca a cometer éste hecho delictivo, ello nos permite concluir de manera objetiva que estamos frente a una persona proclive a cometer actos delictivos y por tanto la pena a imponer debe ser con el carácter de efectiva. Caso contrario es el de la acusada Vásquez Tapullima, quien carece de antecedentes de todo tipo, objetivamente es la primera vez que esta involucrada en un acto de esta naturaleza, ha reconocido su delito desde un inicio, ha colaborado con este juzgamiento y en su caso estos factores nos permiten inferir que n volverá a cometer un hecho delictivo, por lo que en su caso si amerita una pena privativa de libertad con el carácter de suspendida.

13.- De la determinación de la reparación civil.

Habiéndose determinado e individualizado adecuadamente la pena imponerse, en aplicación de lo previsto por el artículo 93° del Código Penal, se debe proceder a establecer la reparación civil que corresponde.

Así debe tenerse en cuenta que, como se ha expuesto adecuadamente en la presente sentencia, la reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no se otorga de manera automática a quien lo solicite, debiendo ser probados los extremos de tal solicitud. En el presente caso, la afectación al patrimonio de la víctima ha sido probado, razón por la cual el Juzgado penal colegiado debe imponer una reparación civil acorde al desmedro patrimonial demostrado en el proceso, y a las posibilidades económicas de los acusados.

14.- De la imposición de costas.

Conforme lo establece el artículo 500 inciso 1) del Código Procesal Penal, las costas serán impuestas al imputado cuando sea declarado culpable, en ese sentido cabe su imposición con arreglo a ley.

III.- PARTE RESOLUTIVA.

Por las consideraciones reseñadas, examinadas las pruebas aportadas bajo criterios de racionalidad y sana crítica, y habiéndose probado en Juicio Oral los hechos sostenidos por el Ministerio Público, respecto a la comisión -por parte de las acusadas - del delito Contra la Tranquilidad Pública, Paz Pública; en su modalidad de Marcaje, en agravio la Sociedad, representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior y de Segundo Leonidas Fuentes Vásquez y Mardely Izquierdo Montoya, y en aplicación de lo previsto en el artículo 139°, incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14) de la Constitución Política del Perú; de los artículos 16°, 22°, 23°, 45°, 46°, 92°, 93°, 317-A Primer Párrafo del Código Penal y de los artículos 393°, 394°, 397°, 399°, inciso 2) del Decreto Legislativo 957, Código Procesal Penal, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, **FALLA**:

15.- CONDENANDO a la acusada YESSENIA YAMILETH CASTILLO HORNA, identificado con DNI N° 44418127, nacida el tres de Diciembre del año mil novecientos ochenta y uno, natural del Distrito de Florencia de Mora, Provincia de Trujillo, Departamento de La Libertad, hija de Paulo e Isabel, como autora del Delito Contra La Tranquilidad Pública, Paz Pública, en su modalidad de Marcaje, en agravio de la Sociedad, representada por el Procurador Público del Ministerio del Interior y de Segundo Leonidas Fuentes Vásquez y Mardely Izquierdo Montoya y

como tal, se le impone **TRES AÑOS DE PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** con el carácter de **EFECTIVA**, la misma que computándose desde el diecisiete de Setiembre del año dos mil catorce, vencerá el día dieciséis de setiembre del año dos mil diecisiete y la cumplirá en el establecimiento penal que designe el Instituto Nacional Penitenciario.

16.- **CONDENANDO a la acusada MARIANELLA VASQUEZ TAPULLIMA**, identificado con DNI N° 46372868, nacida el primero de Junio del año mil novecientos noventa, natural del Distrito de Sacanche, Provincia de Huallaga, Departamento de San Martín, hija de Angel y Lilia, como autora del Delito Contra La Tranquilidad Pública, Paz Pública, en su modalidad de Marcaje, en agravio de la Sociedad, representada por el Procurador Público del Ministerio del Interior y de Segundo Leonidas Fuentes Vásquez y Mardely Izquierdo Montoya y como tal, se le impone **TRES AÑOS DE PRIVATIVA DE LA LIBERTAD** con el carácter de **SUSPENDIDA**, se fija como periodo de prueba **DOS AÑOS,** se impone como reglas de conducta las siguientes: a) no ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del Juez, b) no reunir con personas de mala fama o de dudosa reputación; c) no cometer nuevo delito doloso; d) cancelar el integro de la reparación civil en el plazo perentorio de un año. Estas reglas de conducta se imponen bajo apercibimiento de revocarse la pena suspendida y hacerse efectiva en caso de incumplimiento, conforme a lo prescrito en el artículo 59° del Código Penal.

17.- **FIJARON** como **REPARACION CIVIL** la suma de **DOSCIENTOS MIL NUEVOS SOLES,** que deberán cancelar de manera solidaria los sentenciados Uriol Sandoval, Vega Paredes, Castillo Horna, Vásquez Tapullima, a favor de los agraviados antes indicados.

18.- **IMPONIENDO** las **COSTAS PROCESALES** que corresponde a los sentenciados.

19.- **DISPUSIERON** la ejecución provisional de la sentencia conforme a lo prescrito en el artículo 402° del NCPP.

20.- **ORDENARON**, que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se **REMITAN LOS BOLETINES DE CONDENA**, y se **REMITA** copias certificadas por triplicado al jefe del INPE para los registros respetivos, remitiéndose el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo

prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal. **Director de Debates; Holguín Morán.**

S.S. HOLGUIN MORAN

S.S. MERINO VIGO

S.S. VARGAS CALDERON

CARMEN [illegible] ALIAGA SALAZAR
SECRETARIA JUDICIAL DE AUDIENCIAS
[illegible] N C P P
[illegible]

Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial A

Expediente N°: 00636-2015-1-0601-JR-PE-02.

Acusado: José Fernando Peche Rojas.

Delito: Violación Sexual de Persona en Incapacidad de Resistir.

Agraviado: G. R. S. G.

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO.

Cajamarca, veinticuatro de Junio

Del año dos mil quince.-

VISTA y OÍDA, la Audiencia Privada de Juicio Oral llevada a cabo en la Sala de Audiencias del Juzgado Colegiado del establecimiento penal de Cajamarca, dentro del proceso penal seguido por el **Ministerio Público** contra **JOSE FERNANDO PECHE ROJAS**, acusado del delito **Contra la libertad sexual, Violación de Persona en Incapacidad de Resistir,** en agravio de G. R. S. G. **RESULTA DE LO ACTUADO:**

I.- PLANTEAMIENTO DEL CASO.

1.- Posiciones presentadas en el Juicio Oral.

El Ministerio Público señala que va a demostrar que el acusado José Fernando Peche Rojas, el día quince de Setiembre del año dos mil catorce, luego de salir de clases del Instituto Superior Pedagógico Arístides Merino Merino, de la ciudad

de Celendín, se pusieron a libar licor con el agraviado y con Jamer Ramos Peche Rojas, Junior Castillo Cachay, Elí López Guevara, Juliver Pastor Herrera e Ismael Terrones Vásquez, colocando en estado de inconciencia a su víctima, aprovechando que éste se quedó dormido, el acusado le impuso el acto sexual, luego se retiró a dormir al cuarto de su hermana; los hechos descritos tipifican el delito de Violación Sexual de persona en incapacidad de resistir sancionado en el primer párrafo del artículo 171° del CP; que señala: "*El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años*"; por lo que el Ministerio Público solicita se imponga al acusado diez años de pena privativa de libertad y una reparación civil de treinta mil nuevos soles a favor del agraviado.

Por su parte el abogado del acusado señala que durante el desarrollo del juicio oral va a quedar demostrado que su patrocinado si bien acepta haber impuesto el acto sexual al agraviado, no es verdad que lo haya puesto en estado de inconciencia, por lo que espera que en su oportunidad sea sancionado por el delito que le corresponde tipificado en el artículo 170° del Código Penal.

Siendo así, realizada la Audiencia de Juicio Oral con las incidencias registradas en acta y en audio y sometidos a contradicción los medios probatorios ofrecidos por las partes, corresponde expedir la sentencia a la que ha arribado el Juzgado Colegiado.

II.- CONSIDERACIONES.

A.- PREMISA NORMATIVA.

2.- Ministerio Público y Carga de la Prueba en el Proceso Penal.

El rol del Ministerio Público dentro del Proceso Penal, está determinado en el inciso 4) del artículo 158° de la Constitución Política del Perú: conducir desde su inicio la investigación del delito. Con ese objeto, goza de las más amplias facultades de investigación y persecución del delito en representación de la sociedad, y como lo prevé el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 052 -Ley

Orgánica del Ministerio Público - es el titular de la acción penal pública, es decir responsable de investigar y en su caso denunciar ante el Poder Judicial los delitos cuya comisión conozca.

De igual manera, y en concordancia con las funciones antes citadas, el Ministerio Público es el encargado de probar la perpetración de los ilícitos que haya denunciado y la responsabilidad penal de sus autores, pues, conforme lo prevé el artículo 14° de su Ley Orgánica, sobre él recae exclusivamente la carga de la prueba en materia penal, es decir la obligación de probar las imputaciones que haya formulado ante el órgano jurisdiccional. Esta obligación legal -ya vimos, de origen constitucional- ha sido recogida también en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal (CPP), en el que se señala que la persecución del delito y la carga de la prueba en materia penal, corresponden exclusivamente al Ministerio Público.

3.- Presunción de Inocencia y Proceso Penal.

Por otra parte, el artículo 2°, inciso 24), numeral "e" de la Constitución Política del Perú, ha positivizado un principio que orienta todo el desarrollo del Proceso Penal: el Derecho Constitucional a la Presunción de Inocencia[1]. Este principio-garantía implica que toda persona sometida a juicio o acusada de un delito, sea considera inocente mientras no se declare su culpabilidad, luego de un proceso judicial llevado a cabo con todas las garantías previstas por la ley. Además, pese a su categoría de principio-garantía de orden constitucional, y con el fin de facilitar su materialización, el legislador peruano lo ha plasmado a nivel normativo en el artículo II del Título Preliminar del NCPP, agregando en esta norma que la única manera de desvirtuar esta presunción constitucional será por medio de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con

---

(1) "...*En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que* "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)". *De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, "(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada"* (**Exp. 10107-2005-HC**). Disponible en ww.tc.gob.pe.

las debidas garantías procesales[2], lo que debe producirse necesariamente luego de llevado a cabo el Proceso Penal respectivo. Demás está señalar que la actividad probatoria destinada a este fin, debe ser tan sólida que suprima la garantía de primer orden ya citada[3]; por tanto, no existiendo la prueba plena de la comisión de un delito, o de la vinculación de un acusado con ella, será obligación del Juez optar por su absolución.

Siendo así, podemos concluir que, siendo la función principal del Proceso Penal redefinir el conflicto de intereses que subyace a él, su función accesoria -desde la óptica del Principio Acusatorio- será desvirtuar la Presunción de Inocencia que asiste a toda persona o, cuando esto no ocurra, declarar su inocencia.

4.- Delito objeto de Acusación.

El Ministerio Público ha formulado acusación por el delito de Violación Sexual de persona en incapacidad de resistir previsto en el artículo 171° primer párrafo del Código Penal (CP), el que prevé: "*El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años*".

4.1.- Tipicidad objetiva.

El delito en cuestión se configura cuando el agente comete cualquiera de las conductas típicas descritas en el artículo antes indicado, con una persona luego de haberla puesto en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir.

---

(2) **T.P. CPP. Artículo II.- Presunción de Inocencia**. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

(3) "*...el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción de inocencia...*". (**Exp. 0618-2005-PHC/TC, F.J. N° 22**).

4.2.- Tipicidad subjetiva.

De este tipo penal, podemos extraer el siguiente análisis jurídico:

El elemento subjetivo del tipo penal es el dolo, que no es otra cosa que la conciencia y voluntad con la que actúa el sujeto agente con el claro propósito de consumar el hecho delictivo.

5.- Intervención Mínima, Subsidiaridad y Fragmentariedad del Derecho Penal.

En la actual doctrina penal, se reconoce la naturaleza de la intervención mínima del Derecho Penal en la tutela de bienes jurídicos, ya que siendo una herramienta de control social de orden excepcional no puede ser empleada, sino cuando los demás mecanismos han fallado. Asimismo, el Principio de Subsidiaridad, importa que se debe recurrir al Derecho Penal sólo como *última ratio* de control social, ya que -debido a la gravedad que revisten sus sanciones- los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho. Finalmente el Principio de Fragmentariedad importa que el derecho penal debe ser empleado para reprimir solamente aquellas conductas lesivas de mayor entidad. Este carácter fragmentario, como lo señala Villavicencio citando a Muñoz Conde, se determina partiendo de los siguientes fundamentos: *"Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales"*[4].

Siendo así, resulta evidente que el Derecho Penal solamente podrá intervenir como herramienta de control social cuando las demás hayan fallado, y cuando no exista otra rama del ordenamiento que tutele el interés jurídico lesionado con determinado comportamiento; por tanto, los conflictos sociales que puedan ser resueltos acudiendo a otra rama del Derecho deben ser excluidas de la intervención del Derecho Penal.

6.- Pruebas válidas para la deliberación.

---

(4) **VILLAVICENCIO TERREROS**, Felipe. *"Derecho Penal Parte General"*. Primera Edición, Tercera Reimpresión, marzo 2009. Editorial Grijley, pp. 93.

Conforme lo establece el artículo 393°, inciso 1) del CPP: "*El Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el Juicio*". Esta previsión tiene su correlato normativo en el artículo I, inciso 2) del Título Preliminar del CPP en cuanto establece que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, y además en el artículo VIII del mismo título el que exige como requisito de valoración de la prueba, que ésta haya sido obtenida e incorporada mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo; estas normas, interpretadas de modo sistemático y en concordancia con los principios de oralidad, inmediación y contradicción que inspiran el modelo procesal penal en nuestro país, **obligan al Juzgador a valorar solamente aquella prueba que haya sido incorporada legítimamente al Juicio Oral**, que se actúe en su presencia y que se someta al debate contradictorio del caso, requisitos que -en resumen- representan lo esencial de la garantía del Juicio Público Republicano previsto por el artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

B.- **PREMISA FÁCTICA.**

7.- **De los medios de prueba incorporados válidamente al Juicio Oral.** De todos los medios probatorios admitidos durante la Audiencia de Control de Acusación solamente se han llegado a incorporar válidamente al Juicio Oral, vía actuación, oralización y consiguiente contradicción, los siguientes:

7.1. **Examen del acusado JOSE FERNANDO PECHE ROJAS.**

Manifestó que Geisen lo fastidiaba, lo insinuaba y a veces cuando estudiaban se dejaba tocar; medio año atrás de los hechos el agraviado vivía en su casa y dormían los dos en el mismo cuarto y cama, como su persona dormía en calzoncillos Geisen lo molestaba; el día de los hechos siendo las tres de la tarde cuando estaba en el pedagógico donde estudiaba el agraviado lo llama a tomar a lo que respondió que no pero luego se animó y fueron con cuatro compañeros más a una cantina ubicada cerca de la plaza de armas de Celendín donde tomaron como tres o cuatro botellas de aguardiente y chuchuhuasi, luego se han dirigido a su domicilio donde han seguido tomando como siete botellas más de aguardiente a donde llamó también a su amigo Marco Zegarra, es allí cuando el agraviado empieza a comportarse como gay y se ponía a bailar con uno y otro compañero; siendo ya las ocho de la noche se quedaron en su cuarto su persona, su hermano, su amigo Marco y el agraviado;

Marco se retiró y su hermano se quedó dormido; es ahí que empieza a tocar al agraviado, le saca su pantalón y lo penetra, el agraviado estaba echado pero consciente porque sonreía, luego fue a dormir en el cuarto de su hermana; al día siguiente se despertó y fue a trabajar pero como estaba borracho su patrón no lo recibió y se regresó a su casa donde encontró al agraviado quien como había vomitado estaba sucio, entonces su persona le prestó su ropa, se cambió y salió de su casa; se entera que estaba denunciado por violación el mismo día como a las dos y treinta de la tarde cuando la policía lo interviene y lo lleva a la comisaría donde aceptó ser autor de los hechos; el acusado acusó a su persona, a su hermano y a Junior, pero no le reclamó nada directamente.

7.2.- EXAMEN DEL PERITO CESAR CANALES MARTINEZ

Examinado respecto al dictamen pericial N° 2014002057099, que obra a folios cincuenta y uno del expediente judicial.

De Profesión Químico Farmacéutico, señala que su persona no ha recabado la muestra solamente la ha procesado.

7.3.- EXAMEN DEL AGRAVIADO DE INICIALES G. R. S. G.

Es estudiante del noveno ciclo de educación primaria del Instituto Pedagógico Público Arístides Merino Merino de la Provincia de Celendín, también es comunicador social en radio Nor Andina de Celendín, es un personaje público; conoce al acusado porque hasta el año pasado han sido compañeros de estudios; el día quince de setiembre del año dos mil catorce se fue a clase y saliendo al receso a las dos y cuarenta de la tarde el acusado y su hermano le proponen para ir a tomar una gaseosa, por lo que acepta y van también con algunos compañeros más, es así que se van a un lugar que está cerca de la plaza de armas de Celendín llamado "la ventanita" donde toman dos botellas de chuchuhuasi que es un trago de cortezas con aguardiente, posteriormente a bordo de dos motos se dirigen a la casa del acusado que está ubicado por el sector de los tres chorros, donde se ponen a tomar un promedio de cuatro botellas de aguardiente con gaseosa, pero dos de sus compañeros no ingresaron a la casa por lo que se quedó su persona, los dos hermanos Peche y Junior Castillo, siendo cerca de las ocho de la noche, cuando estaban bebiendo llega la persona de Walter Cortegana quien es su colega de

radio y otra persona más, posteriormente no sabe lo que pasó ya que no recuerda absolutamente nada hasta las siete de la mañana del día siguiente donde despierta en la cama del acusado donde también estaba durmiendo el hermano del acusado, por una llamada que recibió de su enamorada, en ese momento ingresa a la habitación José Fernando Peche Rojas quien soltando una sonrisa le pregunta "qué ha pasado, acaso te has peleado con el bravo, refiriéndose a su hermano" entonces se ve en un espejo la cara golpeada y sentía un dolor muy fuerte en sus partes íntimas dándose cuenta que su ropa interior estaba puesta de atrás hacia adelante, en ese momento pregunta al hoy acusado porque su cinturón estaba en el piso y éste le responde que seguramente lo ha violado el bravo; su enamorada lo llama y le dice que vaya a tomar desayuno entonces va a su cuarto a cambiarse ya que tenía que trabajar en la radio; en horas de la mañana del mismo día en compañía de su enamorada fue a realizar la denuncia correspondiente en la Fiscalía de turno. Conoce al acusado hace aproximadamente dos años, antes de los hechos ha salido con el acusado pero también con sus demás compañeros y ha bebido de manera limitada; **precisa que ha tomado dos botellas de chuchuhuasi en la cantina con siete amigos y dos botellas de combinado en la casa del acusado entre seis personas.**

7.4.- **ORALIZACIÓN DE DOCUMENTOS.** A solicitud de la representante del Ministerio Público se oralizaron los siguientes documentos:

a) **PROTOCOLO DE PERICIA PSICOLOGICA N° 000023-2015-PSC**, practicado al agraviado por parte de la psicóloga María Gina Bardelli Corigliano, que obra a folios cincuenta y cinco del expediente judicial.

Tiene como conclusiones: 1. Estado mental: Persona de género masculino, clínicamente evidencia estado mental conservado, sin indicadores de alteración que lo incapacite para percibir y valorar su realidad. 2. Estado emocional: Indicadores de afectación emocional compatibles a evento traumático de tipo sexual denunciado, que se clasifican como trastorno de estrés post- traumático. Se identifica que su autoestima se encuentra debilitada. 3. Personalidad: Clínicamente evidencia rasgos de personalidad de tipo dependiente. 4. Se sugiere terapia psicológica.

b) **CERTIFICADO MEDICO LEGAL N° 001107-E-IS**, practicado al agraviado, por parte del Médico Legista Juan Jesús Sapo Aquino, que obra a folios cuarenta y ocho del expediente judicial.

Señala como conclusiones: 1. Presenta signos clínicos de lesiones corporales traumáticas externas recientes en región extragenital y paragenital. 2. Presenta signos de coito contranatura reciente.3. Requiere descanso médico legal.

c) **ACTA DE DENUNCIA VERBAL REALIZADA POR EL AGRAVIADO**, con fecha dieciséis de setiembre del año dos mil trece, que obra a folios uno y dos del expediente judicial.

Resaltando que la denuncia se hace en la instalaciones del Ministerio Público de Celendín, a las once de la mañana del día dieciséis de setiembre del año dos mil catorce por parte del agraviado Geisen Ruan Silva Gil de veinticinco años de edad contra Jamer Ramos Peche Rojas y José Fernando Peche Rojas.

8.- De la facultad conferida por el Artículo 374° del NCPP.

Antes de culminar la actividad probatoria, con la facultad conferida en el inciso 1 del Artículo 374° del NCPP el Juzgado Penal Colegiado comunico a las partes la posibilidad de pronunciarse por un delito distinto al que fue objeto de acusación, esto es el delito de Violación Sexual de Mayor de Edad, tipificado en el artículo 170° primer párrafo del Código Penal. Estas no expresaron objeción a esta posibilidad y tampoco ofrecieron medios probatorios en ese sentido, más allá de los actuados en juicio oral.

Siendo ello así, estos son los únicos medios probatorios que podrán ser valorados al momento de expedir sentencia.

9.- Hechos probados y valoración conjunta de la prueba.

De lo actuado en Juicio Oral se ha probado:

a) Que el día quince de setiembre del año dos mil catorce el agraviado G. R. S. G. fue víctima de violación sexual y que el autor de este delito resulta ser el acusado José Fernando Peche Rojas. **PROBADO** con el examen del acusado, quien no niega este hecho, con la declaración del agraviado quien refiere haber estado libando licor con el acusado y otras personas,

b) CERTIFICADO MEDICO LEGAL N° 001107-E-IS, practicado al agraviado, por parte del Médico Legista Juan Jesús Sapo Aquino, que obra a folios cuarenta y ocho del expediente judicial.

Señala como conclusiones: 1. Presenta signos clínicos de lesiones corporales traumáticas externas recientes en región extragenital y paragenital. 2. Presenta signos de coito contranatura reciente.3. Requiere descanso médico legal.

c) ACTA DE DENUNCIA VERBAL REALIZADA POR EL AGRAVIADO, con fecha dieciséis de setiembre del año dos mil trece, que obra a folios uno y dos del expediente judicial.

Resaltando que la denuncia se hace en la instalaciones del Ministerio Público de Celendín, a las once de la mañana del día dieciséis de setiembre del año dos mil catorce por parte del agraviado Geisen Ruan Silva Gil de veinticinco años de edad contra Jamer Ramos Peche Rojas y José Fernando Peche Rojas.

8.- De la facultad conferida por el Artículo 374° del NCPP.

Antes de culminar la actividad probatoria, con la facultad conferida en el inciso 1 del Artículo 374° del NCPP el Juzgado Penal Colegiado comunico a las partes la posibilidad de pronunciarse por un delito distinto al que fue objeto de acusación, esto es el delito de Violación Sexual de Mayor de Edad, tipificado en el artículo 170° primer párrafo del Código Penal. Estas no expresaron objeción a esta posibilidad y tampoco ofrecieron medios probatorios en ese sentido, más allá de los actuados en juicio oral.

Siendo ello así, estos son los únicos medios probatorios que podrán ser valorados al momento de expedir sentencia.

9.- Hechos probados y valoración conjunta de la prueba.

De lo actuado en Juicio Oral se ha probado:

a) Que el día quince de setiembre del año dos mil catorce el agraviado G. R. S. G. fue víctima de violación sexual y que el autor de este delito resulta ser el acusado José Fernando Peche Rojas. **PROBADO** con el examen del acusado, quien no niega este hecho, con la declaración del agraviado quien refiere haber estado libando licor con el acusado y otras personas,

con la oralización del certificado médico legal N° 001107-E-IS, en el cual se concluye signos de acto contra natura reciente, con la pericia psicológica practicada al agraviado y con la denuncia verbal contra el acusado y su hermano Jamer Ramos Peche Rojas.

10.- HECHOS NO PROBADOS

Sin embargo el Ministerio Público no ha probado que el acusado haya puesto al agraviado en estado de inconciencia o en la imposibilidad de resistir, desde que no existe medio probatorio alguno en ese sentido y únicamente se ha hecho referencia a la declaración del agraviado quien refiere haber bebido cuatro botellas pequeñas de licor macerado.

C.- JUICIO DE SUBSUNCIÓN.

11.- Siendo así, y debidamente confrontados los hechos objeto de Acusación Fiscal, con las pruebas actuadas durante el Juicio Oral, este colegiado tiene probado que los hechos se subsumen dentro del delito Contra la Libertad Sexual, Violación Sexual de Persona Mayor de Edad, tipificado en el artículo 170° primer párrafo del CP.

12.- De la determinación e individualización de la pena.

Habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado, es menester establecer los parámetros necesarios para la Determinación Judicial de la Pena, así conforme a la Ley N° 30076 que establece un sistema de tercios en la determinación de la pena, señala que como primer paso a seguir se debe identificar la pena básica, que no es otra que la contenida en el tipo penal y con el cual se sanciona el delito, siendo ello así la pena básica para el presente delito es no menor de seis ni mayor de ocho años de pena privativa de libertad.

Luego de haberse establecido la pena básica, corresponde advertir que en el presente caso no concurre ninguna agravante genérica y si una atenuante prescrita en el artículo 46° inciso 1 a) del Código Penal, esto es que el acusado carece de antecedentes penales. Por lo que siendo ello así debemos ubicarnos en el tercio inferior de la pena básica, esto es entre seis años y seis años y ocho meses, por lo que estando además a la aceptación de cargos formulada por el acusado, el mismo que ha señalado encontrarse arrepentido del delito cometido,

debemos ubicar la pena concreta en el extremo mínimo del tercio inferior de la pena básica.

13.- De la determinación de la reparación civil.

Habiéndose determinado e individualizado adecuadamente la pena a imponerse, en aplicación de lo previsto por el artículo 93° del Código Penal, se debe proceder a establecer la reparación civil que corresponde. Así debe tenerse en cuenta que, como se ha expuesto adecuadamente en esta sentencia, la reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no se otorga de manera automática a quien lo solicite, debiendo ser probados los extremos de tal solicitud. Además, como también se reseñó, en el diseño del proceso penal peruano el Juez se encuentra impedido de valorar medios de prueba que no hayan sido actuados en Juicio Oral, vía actuación, oralización y consecuente contradicción.

En el presente caso, el representante del Ministerio Público ha solicitado -como pretensión civil- se imponga una reparación civil de treinta mil nuevos soles a favor del agraviado, en este extremo se ha actuado únicamente la pericia psicológica practicada al agraviado, en la cual se concluye que presenta estrés post traumático, recomendándose Terapia Psicológica, no siendo posible determinar el grado de afectación en tanto no concurrió a juicio oral la perito psicóloga, oralizándose el dictamen pericial, por lo que siendo ello así, estando a la naturaleza del delito, al grado de afectación al bien jurídico protegido, este colegiado considera fijar una reparación civil razonable y a la vez prudente.

14.- De la imposición de costas.

Conforme lo establece el artículo 497° inciso 1 y 500°, inciso 1 del Código Procesal Penal, corresponde imponer el pago de costas al acusado.

15.- PARTE RESOLUTIVA.

Por las consideraciones reseñadas, examinadas las pruebas aportadas bajo criterios de racionalidad y sana crítica, y habiéndose probado en Juicio Oral los cargos sostenidos por el Ministerio Público, respecto a la comisión -por parte del acusado - del delito Contra la Libertad Sexual, en su modalidad de Violación Sexual de Persona Mayor de Edad, en agravio de G. R. S. G. en aplicación de lo previsto en el artículo 139, incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14) de la Constitución Política del Perú; de los artículos 23°, 28°, 29°, 45°,

45° A, 46°, y 170°, primer párrafo del Código Penal y de los artículos 393°, 394°, 397° y 399°, inciso 2) del Decreto Legislativo 957, Código Procesal Penal, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juzgado Penal Supra Provincial de Cajamarca **FALLA**:

15.- **CONDENANDO** al acusado **JOSE FERNANDO PECHE ROJAS**, identificado con DNI 70805779, nacido el quince de Noviembre del año mil novecientos noventa y dos, natural del Distrito y Provincia de Bolívar, Departamento de La Libertad, hijo de José e Irene, como autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de Violación Sexual de Mayor de edad de iniciales G. R. S. G. y como tal se le impone **SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA,** la que computándose desde el dieciséis de Setiembre del año dos mil catorce, fecha en la cual fue detenido, vencerá el quince de setiembre del año dos mil veinte y la cumplirá en el establecimiento penal que designe el Instituto Nacional Penitenciario.

16.- **IMPONIENDO** como reparación civil la suma de **CINCO MIL NUEVOS SOLES** que el sentenciado deberá pagar a favor de la agraviada, con **COSTAS PROCESALES**.

17.- **ORDENO**, que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal.

18.- Se dispone la ejecución provisional de la presente sentencia conforme al artículo 402 del Código Procesal Penal.

19.- Se ordena **TRATAMIENTO TERAPEUTICO** para el sentenciado previo examen médico o psicológico.

20.- **EXPÍDASE** copias autenticadas de la presente sentencia a las partes procesales. **Intervino como director de debates el señor Juez Holguín Morán.**

S.S. **HOLGUIN MORAN**

S.S. MERINO VIGO

S.S. VARGAS CALDERON

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
CAJAMARCA

JUZGADO
CAJAMARCA

Juzgado Penal Colegiado - Corte Superior de Justicia de Cajamarca

Expediente N°: 01026-2014-1-0601-JR-PE-03.
Acusados: Rosa Yovana Tenorio Ríos y otra.
Agraviado: Municipalidad Distrital de Sorochuco.
Delito: Contra el Patrimonio - Hurto Agravado.

SENTENCIA

Cajamarca, nueve de Diciembre
del dos mil catorce.-

VISTA y OÍDA, la Audiencia Pública de Juicio Oral, llevada a cabo en la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, en el proceso penal seguido por el **Ministerio Público**, contra las acusadas **Rosa Yovana Tenorio Ríos y Yethy Yovany Silva Rodríguez**, acusadas como cómplices del sentenciado Gilberto Vargas Flores, del delito de Peculado Doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Sorochuco – Celendín. **RESULTA DE LO ACTUADO EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL** lo siguiente:

I.- PLANTEAMIENTO DEL CASO.

1.1.- De las pretensiones debatidas en el Juicio Oral.

El representante del Ministerio Público sostiene que, realizadas las investigaciones sobre presuntos actos de corrupción de funcionarios de la Municipalidad Distrital de Sorochuco – Celendín, en la administración de los recursos económicos correspondientes al mes de Octubre del año dos mil doce a Abril del año dos mil trece, ocasionándose un perjuicio económico de S/ 2 265 472.39 Nuevos Soles relacionado con la apropiación de éste monto por parte del acusado, con auxilio de las acusadas, dándole consecuentemente, un destino distinto a parte del presupuesto que recibiera la entidad municipal y que el acusado en su calidad de jefe de la unidad de planificación y presupuesto y encargado del SIAF tenía la función de administrar y que contrariamente a esta acción fue incorporándolo sistemáticamente a su patrimonio, para lo cual

realizó depósitos y transferencias a favor de sus cómplices, quienes conocían el modus operandi del acusado, el cual consistía en girar cheques y comprobantes de pago, cobrarlos y depositarlos en otras cuentas a nombre de otros destinatarios, dinero que estaba destinado al pago de diversos servicios contratados por la Municipalidad, identificándose lo siguiente: Gilberto Vargas Flores, fue jefe de la unidad de Planificación y Presupuesto y encargado del SIAF de la Municipalidad Distrital de Sorochuco, desde el mes de Octubre del 2012. Rosa Yovana Tenorio Ríos fue destinataria de S/ 250, 700.00 caudal municipal, al habérsele efectuado depósitos bancarios desde el mes de diciembre del año 2012. Yethy Yovani Silva Rodríguez además del acusado ha realizado transferencias y depósitos en efectivo, desempeñándose como jefa de planificación y presupuesto de la Municipalidad Distrital de Huasmin. Así también resulta de las investigaciones que: Gilberto Vargas Flores ha falsificado los sellos del titular de las cuentas corrientes y del suplente de estas cuentas a efectos de girar y cobrar los cheques, habiéndose acreditado a este fin el uso de los mismos como si fueran auténticos, para el fin que era la apropiación de los caudales municipales. Esta es la imputación penal formulada por el Ministerio Público y que merecerá pronunciamiento judicial, en tanto el contenido fáctico de la imputación penal no puede ser objeto de modificación alguna.

Manifiesta la representante del Ministerio Público que de este modo se ha consumado el delito de Peculado Doloso y que las acusadas tiene la calidad de cómplices, conforme a lo prescrito en el artículo 25° del Código Penal, solicita se imponga a las acusadas, nueve años de pena privativa de libertad, inhabilitación por igual lapso de tiempo, consistente en la suspensión para ejercer cargo público y la restitución del monto apropiado, así como la reparación civil de setenta mil nuevos soles que deberán abonar los acusados a favor del Estado, Municipalidad Distrital de Sorochuco – Celendín.

Por su orden el abogado del actor civil señaló que luego del juicio oral y acreditado el perjuicio económico causado a la Municipalidad de Sorochuco, esperan que se fije la reparación civil en el monto que ha sido

solicitado por el Ministerio Público, sin perjuicio de devolver el dinero apropiado.

Finalmente los abogados de las acusadas, indicaron que sus patrocinadas no son responsables del delito objeto de acusación y que rechazan los cargos formulados por el Ministerio Público y esperan que luego del presente juicio oral finalmente sus patrocinadas sean absueltas.

Una vez informadas de sus derechos, de explicados los alcances y consecuencias de la conclusión anticipada del Juicio oral, luego de lo cual por separado pregunto a cada una de las acusadas si admiten ser autores o responsables del delito de Peculado y si además aceptan la pena y reparación civil solicitada, las mismas que previa consulta con sus abogados señalaron que no se consideran responsables del delito imputado.

Siendo así, se dispuso la continuación del Juicio Oral, el que se ha llevado a cabo conforme a los términos que obran tanto en los registros de audio, como en el Acta de Audiencia respectiva, en virtud a lo prescrito en el artículo 374 inciso 1 del NCPP se comunicó a las partes la posibilidad de una calificación jurídica distinta a la expresada por el Ministerio Público, las partes se pronunciaron expresamente sobre ello, indicaron que no tenían prueba que ofrecer al respecto, por lo que -conforme al artículo 392° del Código Procesal Penal- corresponde expedir la sentencia respectiva.

II.- <u>CONSIDERACIONES</u>.

A.- PREMISA NORMATIVA.

2.- Del delito objeto de acusación.

El delito de Peculado Doloso se encuentra tipificado por el artículo 387° del Código Penal *"...el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Constituyendo circunstancia agravante (para el caso en concreto) cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años".*

2.2.- Tipicidad Objetiva.-

"El delito de Peculado Doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública"[1].

2.3.- Modalidades del delito de Peculado.-

Las modalidades por las que el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el "apropiarse" y "utilizar", se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización. Para el presente caso nos referiremos al primero de los nombrados, pues a éste ha hecho referencia el Ministerio Público en su acusación.

2.3.1.- Peculado por Apropiación.-

Se configura el delito de Peculado por Apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos.

2.4.- Consumación.-

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal.

Como lo señala Salinas Siccha, cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de Peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público, ya estamos en la fase de agotamiento del delito.

[1] SALINAS SICCHA, Ramiro; Delitos Contra la Administración Pública; Editorial Grijlei; 3ra Edición 2014; pág. 310.

4.- De la acusación alternativa.

La tipificación alternativa o subsidiaria de los hechos objeto de acusación se encuentra amparada por el artículo 349°, inciso 3) del Código Procesal Penal, y se presenta cuando el Ministerio Público ha efectuado más de una calificación de los hechos acusados: una principal y otra subsidiaria o alternativa; en tal caso, el Ministerio Público solicita que si no se logra probar la comisión del primer tipo penal, se podrá emitir pronunciamiento sobre el segundo de ellos. Sin embargo, esta facultad no puede ser ejercida de manera indiscriminada y está sujeta a que se permita al acusado ejercer su derecho de defensa adecuadamente durante todo el proceso, permitiéndole pronunciarse respecto a las dos posibilidades de calificación de los hechos acusados, por lo que necesariamente los tipos penales alternativos deben guardar relación en cuanto a la unidad de los hechos incriminados, así como a la homogeneidad del bien jurídico protegido, a fin de que sean resueltos luego de un debate probatorio único.

Sin embargo la representante del Ministerio Público no ha hecho uso de esta facultad, por lo que cabe en primer orden analizar oportunamente si realmente estamos ante la existencia del delito de Peculado Doloso por Apropiación.

5.- De la reparación civil.

Como lo establece el artículo 93° del Código Penal, la reparación civil, cuando deba imponerse, comprenderá la restitución del bien o el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios que corresponda. Esto resulta evidente por cuanto la comisión de todo delito importa, además de la imposición de una pena, el surgimiento de la responsabilidad civil del sujeto agente que debe reparar el daño ocasionado con su comportamiento ilícito, siendo que tal reparación deberá guardar proporción con el daño irrogado. Demás está señalar que la imposición de la reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no implica que su imposición sea automática o responda directamente a la solicitud de las partes. Por el contrario, a fin de determinar el monto de la reparación civil se deberá atender, entre otros

factores -tales como las posibilidades económicas del agente, la magnitud del daño causado, etc.- al daño que haya sido efectivamente probado, mediante prueba incorporada válidamente en el Juicio Oral respectivo, tal como lo establece el artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal, siendo tal un requisito indisoluble a la imposición y determinación de dicha reparación.

6.- De las pruebas válidas para la deliberación.

Conforme lo establece el artículo 393°, inciso 1) del Código Procesal Penal *"El Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el Juicio"*. Esta previsión tiene su correlato normativo en el artículo en el artículo I, inciso 2) del Título Preliminar del Código Procesal Penal el que prevé que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, y en el artículo VII del mismo título el que exige como requisito para valorar la prueba, que ésta haya sido obtenida e incorporada mediante un procedimiento constitucionalmente legítimo. Estas normas, interpretadas de modo sistemático y en concordancia con los principios de oralidad, inmediación y contradicción que inspiran el modelo procesal penal en nuestro país, obligan al Juzgador -al momento de resolver- a valorar solamente aquella prueba que haya sido incorporada legítimamente al Juicio Oral, que se actúe en su presencia y que se someta al debate contradictorio del caso, requisitos que -en resumen- representan la esencia del Juicio Público Republicano previsto por el artículo 139° de la Constitución Política del Perú.

B.- PREMISA FÁCTICA.

7.- De los medios de prueba incorporados válidamente al Juicio Oral.

De los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos durante la audiencia de Control de Acusación, se han llegado a actuar los siguientes:

7.1.- <u>EXAMEN DE LA ACUSADA YETHY YOVANI SILVA RODRIGUEZ</u>:

Señaló que no tiene participación en el hecho delictivo, es Contador Público de profesión, trabaja en la Municipalidad Distrital **de Huasmín** como Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto desde el día primero de abril del año dos mil once;

tiene como principal función según el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Huasmin la de dar la disponibilidad o certificación presupuestaria cuando lo solicita la Gerencia Municipal con un memorando, con ello hace la certificación a través del sistema de SIAF, que es la primera fase de la afectación del gasto de una entidad; a través de este sistema se realiza el pago de planillas, valorización de obras, pago de servicios, compra de bienes, todos los procesos relacionados con la entidad; si bien existen como parte de los pagos en el SIAF fases como el compromiso, devengado y giro, en la entidad donde trabaja la fase de girado lo realiza la oficina de tesorería; solo tiene acceso a la parte presupuestaria, la parte financiera lo realiza el área de contabilidad; tiene conocimientos para ingresar al sistema de SIAF ya que su formación de contador se lo permite con los cursos que se lleva en la universidad, además que se capacita en cursos que muchas veces lo da el Colegio de Contadores; el SIAF tiene un usuario y una contraseña, depende de cada entidad les asignan a cada responsable un usuario y una contraseña; con fecha trece de abril de dos mil once trabajaba como responsable del SIAF de la Municipalidad Distrital de Huasmin, fecha en la que ya conocía al señor Gilberto Vargas Flores a quien lo conoció desde julio de dos mil once a través del Contador de la Municipalidad Distrital de Huasmin, señor Alin Roli Miranda Gutiérrez, quien le dijo que cualquier inconveniente que tuviera en el sistema la persona de Gilberto Vargas los podía ayudar, brindándoles soporte por su conocimiento; es así que en el ámbito laboral les absolvía algunas consultas referidas al SIAF ya que tenía experiencia según les había comentado el Contador de Huasmin; no tuvo ninguna relación sentimental con el señor Gilberto Vargas Flores ni tuvo ningún vínculo más allá de lo laboral, tampoco conoció a los familiares de éste; **nunca se realizó ninguna transferencia de dinero a su cuenta por parte del señor Gilberto Vargas Flores.**

Agrega que Gilberto Vargas Flores sabia y tenía cierta capacidad para el manejo del SIAF; en la provincia de Celendín se conocen la mayoría de los contadores que trabajan en las entidades públicas porque asisten a algunas capacitaciones y allí interactúan, sabía que el señor Gilberto Vargas Flores trabajaba para la Municipalidad Distrital de Miguel Iglesias, brindaba apoyo técnico para la Municipalidad Provincial de San Pablo y también para la Municipalidad Distrital de Sorochuco. Antes del primero de abril de dos mil once trabajaba como Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto el señor Zegarra, el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Sorochuco establece como sus funciones las que ya ha señalado. Yo ingrese a laborar a la Municipalidad Distrital de Huasmin el día primero de abril de dos mil once, percibiendo en un inicio la remuneración de mil setecientos cincuenta nuevos soles y en la actualidad percibe la suma de dos mil nuevos soles; tiene una hija y sus gastos mensuales ascienden a mil trescientos nuevos soles; tiene una tarjeta multired y adicional a ella tiene una cuenta de ahorro en la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Celendín, en la que tiene un ahorro aproximado de diez mil nuevos soles; en ningún momento el señor Gilberto Vargas Flores le ha depositado dinero en sus cuentas; cuando le llegaban las notificaciones se hacía alusión a una pericia contable, pero no le han comunicado que en dicha pericia contable se señala que a su persona le han encontrado la suma de dinero alguna.

7.2.- **EXAMEN DE LA ACUSADA ROSA YOVANA TENORIO RIOS.-**

Manifestó que de acuerdo a las notificaciones que le han hecho llegar la están acusando de un delito que no ha cometido, ya que no conoce a nadie de las personas involucradas a excepción de Gilberto Vargas Flores que es su amigo hace más de dieciocho años, quien llevaba la contabilidad del negocio de sus padres y de los suyos respecto de los pagos a SUNAT; estudió en la Universidad Nacional de Cajamarca, es Bachiller en Obstetricia; con el señor Gilberto tiene una relación amical y hace nueve años

que le viene prestando dinero, cuando éste aun no trabajaba para la Municipalidad Distrital de Sorochuco, quien cumplía normalmente todos sus pagos, le prestaba quince mil soles, veinte mil soles y siempre pagaba, trabajó en APRISAVAC hasta en el año dos mil cinco, luego de lo cual monto tres negocios con sus padres, los que se encuentran en el jirón Urrello N° 535, en el jirón Cruz de Piedra N° 736 y en el jirón Juan Villanueva, tenía tres tiendas en participación con sus padres y dos de ella; el giro de los negocios son tanto de ropa, librería y artículos de primera necesidad en una tienda mayorista; sus padres tienen sus negocios desde el año de mil novecientos noventa y nueve y su persona desde el año dos mil uno; en la tienda de abarrotes cuando recién se inició tenían una venta de entre noventa a cien mil nuevos soles mensuales y en el negocio de ropa se da por fiado para que se pague hasta en dos cuotas; sus negocios están totalmente declarados ante SUNAT; desde el año dos mil tres también arrienda unos inmuebles a telefónica del Perú, cobrando en uno la suma de mil seiscientos dólares y en el otro seiscientos dólares; le ha prestado dinero al señor Gilberto Vargas Flores en varias oportunidades quien ha cumplido correctamente; en el año dos mil tres le prestó la suma de treinta y cinco mil nuevos soles y le devolvió con un interés del diez por ciento, le prestaba quince mil soles, veinte mil soles hasta cuarenta mil nuevos, dinero que siempre devolvía ya que hasta donde lo conoce ha sido una persona muy responsable; los intervalos de tiempo de los préstamos eran por periodos aproximados de cuatro a seis meses, **la última vez que le prestó dinero fue en junio de dos mil ocho, por la suma de ciento cuarenta y ocho mil nuevos soles** de los cuales solo pagó tres meses de intereses y a requerimiento de su persona le ha devuelto parte de la deuda, pero aún le debe una buena suma de dinero; la devolución del dinero se le hacía mediante giro o a su cuenta del Banco de la Nación. Agrega que sabía que durante el año dos mil diez en adelante el señor Gilberto Vargas Flores llevaba la contabilidad de muchas Municipalidades y

otros negocios, por lo que creía que tenía un buen status económico, el señor Gilberto Vargas Flores le tiene una deuda desde el año dos mil ocho, cuando le hacia algunos pagos (devoluciones) lo hacía como persona natural, jamás lo hizo a nombre de alguna entidad o Municipalidad; no recuerda cuantos giros le hicieron, pero en total fue por la suma de doscientos cincuenta mil nuevos soles; a julio del presente año le tendría que haber cancelado la suma de cuatrocientos doce mil nuevos soles incluyendo intereses; como consecuencia de tal incumplimiento la autoridad judicial está ejecutando un bien inmueble perteneciente a su familia, proceso que encuentra en la etapa de remate del bien.

El dinero que le prestaba a Gilberto Vargas Flores proviene de los negocios que tiene desde el año dos mil uno; el dinero para hacerle el último préstamo provino una parte de sus ahorros y la otra parte por querer ganar intereses lo sacó de la Caja Maynas, quien le prestó a 2.5% por préstamo hipotecario, para ella luego prestarlo al 12%, el préstamo se lo hizo de manera directa, realizando un contrato y firmando una letra de cambio; le ha devuelto un poco más de doscientos cincuenta mil nuevos soles con los tres meses de intereses, estos pagos los hacia a su cuenta del Banco de la Nación y también mediante giros a su nombre que los hacia él o mandaba a alguien para que los haga; los contratos de préstamo que celebró con el señor Gilberto Vargas Flores no están legalizados notarialmente ni hubo por medio alguna garantía hipotecaria, le prestaba dinero al señor Gilberto Vargas Flores antes de que éste trabaje para la Municipalidad Distrital de Sorochuco, la devolución del dinero si lo hacía cuando era funcionario Municipal, pero de eso su persona se entera después; los ciento cuarenta y ocho mil nuevos soles le prestó sabiendo que el señor Gilberto Vargas Flores era contador de muchas Municipalidades; siempre le prestaba dinero a un interés de 10% pero la última vez fue a 7%, señala que respecto al último dinero que le prestó al señor Gilberto Vargas Flores, éste le firmó una letra de cambio en blanco y un contrato privado de préstamo de dinero.

7.3.- Examen Del Perito Contable Salustiano Chávez Ahumada.-

Manifestó ser autor de la pericia contable practicada en mérito a la documentación financiera de la Municipalidad Distrital de Sorochuco, señala que para determinar que el dinero egresó de la Municipalidad Distrital de Sorochuco se realiza todo un proceso, en las instituciones del gobierno, el sistema contable es el SIAF (Sistema Integrado de Administración Financiera) el primer paso es el comprobante de pago, luego libro bancos, y si en el estado de cuenta del banco aparece el cheque cobrado es señal de que el dinero ha egresado; **se ha determinado que el dinero ha egresado realizando un análisis del SIAF, libro bancos y estado de cuenta, ya que todos son parte del sistema contable**; es necesario que en el sistema contable aparezcan números de cuenta de lo contrario habría un descontrol o llevaría un error en el registro, es por ello que en el estado de cuenta el banco sabe a qué número de cuenta corresponden las operaciones emitiendo el estado de cuenta con el número; las partidas presupuestales tienen una cantidad numérica que es un presupuesto probable a ejecutar, cuando se ejecuta sale el dinero, se hace la asignación presupuestal y se asignan unos códigos entonces es señal que todo anda bien, pero en el presente caso los cheques salieron con un destino distinto; indica que se ha realizado depósitos y transferencias, las personas que han hecho operaciones bancarias para depositar y transferir dinero han sido Vargas Flores Gilberto, Silva Rodríguez Yethy Yovany y Vargas Flores Dennis Yanet, el primer depósito fue el diecisiete de diciembre del años dos mil doce a favor de la persona de nombre Mestanza Gutiérrez Jesús por el monto de mil quinientos nuevos soles realizado en las oficinas del Banco de la Nación, luego **se han hechos muchas operaciones, en su mayoría fueron a la cuenta de Rosa Yovana Tenorio Ríos; el monto de dinero que se transfirió a esta persona fue de doscientos cincuenta mil setecientos nuevos soles (S/.250,700.00)**; ***a la cuenta de la acusada Yethy Yovany Silva Rodríguez no se depositó ningún dinero, sin embargo ésta***

realizó un depósito a su coacusada con fecha veintiséis de febrero de dos mil trece por el monto de quince mil nuevos soles a través del Interbank, mediante operación N° 00248.

Señala que el dinero egresado nace de las operaciones de la Municipalidad mediante el SIAF y los documentos que se usan son de la Municipalidad, se ha encontrado Boucher en los documentos donde figuran depósitos y transferencias a la cuenta de Rosa Tenorio Ríos; ***el señor Gilberto Vargas Flores giraba cheques a su nombre con dinero proveniente de la Municipalidad agraviada, los cobraba y en esas mismas fechas hacia depósitos a cuentas, por lo que obviamente ese dinero tenía que ser el mismo, aunque los montos que retiraba eran distintos a los que depositaba.***

La persona de Yethy Yovany Silva Rodríguez giro dinero a favor de Rosa Tenorio Ríos una sola vez por el monto de quince mil nuevos soles, desconociendo de donde proviene dicho dinero; el dinero que egresó de la municipalidad y fue cobrado por Gilberto Vargas Flores no volvió a ingresar a la entidad, ya que de haber sucedido en el libro caja hubiese egresos y estos no existieron.

7.4.- **Examen del Testigo Gilberto Vargas Flores.-**

Trabaje en la Municipalidad de Sorochuco y en otras municipalidades, en Ludco, Huasmín, también asesoraba en empresas privadas, trabaje desde el año mil novecientos noventa y tres al noventa y cinco en desarrollo agropecuario, después en la Municipalidad de Baños del Inca, el año mil novecientos noventa y seis al noventa y ocho, después fui independiente. En cuanto a los hechos delictivos objeto de acusación manifestó que es verdad que de los fondos de la Municipalidad de Sorochuco, giraba cheques a mi nombre, yo procesaba la información presupuestal, esta pasa a contabilidad, luego a tesorería para su respectivo giro, en síntesis, yo hacía los giros a proveedores y también a mi nombre, es verdad que parte del dinero le giraba a Rosa Tenorio porque tenía una deuda con ella, siempre me ha prestado dinero, el último préstamo

fue en Junio del año dos mil ocho, me prestó ciento cuarenta y ocho mil nuevos soles, le firme una letra en blanco y un documentos privado, le termine de pagar en abril del año dos mil trece, de interés le he pagado mensualmente entre mil quinientos y dos mil nuevos soles, en abril del dos mil doce empecé a pagarle quince mil soles, que comprendía capital e interés y los montos oscilaban entre quince y veinte mil, en Julio del año dos mil doce Rosa Tenorio Ríos me pide que le pague todo, es así que en octubre de ese año incremento los depósitos que le hacía a veinticinco mil nuevos soles, esto fue hasta abril del año dos mil trece, le devolví un total de trescientos cincuenta mil nuevos soles, el interés acordado fue del diez por ciento, yo ganaba entre cinco a seis mil soles mensuales.

A Yethy Silva Rodríguez la conocí en Mayo del año dos mil doce, **en una oportunidad le pedí a Yethy que haga un depósito diciéndole que era para un proveedor** ella es contadora pública y jefe de presupuesto de la municipalidad de Huasmín, manejaba el SIAF.

Asimismo, a solicitud del representante del Ministerio Público, **se oralizaron los siguientes medios probatorios**:

a) El Acta de Registro Personal de fs. 07 a 10. Sin aporte probatorio, más allá que el Ministerio Público pretenda resaltar la declaración del imputado Gilberto Vargas Flores, por dos razones fundamentales, la primera; no es una diligencia de recepción de declaración y la segunda; no estuvo presente su abogado defensor, por lo que únicamente puede ser valorado el acto de registro personal en sí, el cual arrojo resultado negativo para bienes de interés a la presente investigación.

b) Acta de Registro Domiciliario de fs. 11 a 14.- sin aporte probatorio, pues el Ministerio Público pretende darle la misma utilidad que el acta de registro personal, advirtiéndose las mismas deficiencias.

c) Comprobantes de Pago de fs. 31 a 133.- se acredita los pagos realizados de octubre a diciembre del dos mil doce y Febrero a Abril del dos mil trece.

d) Oficio N° 32 de fecha veinte de mayo del año dos mil doce, fs. 134 a 135, suscrito por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Huasmín, José Eriberto Marín Agusti, en el que señala que Yethy Yovany Silva Rodríguez ocupa el cargo de Jefe de Planificación y Presupuesto. Se trata de un hecho no controvertido porque ha sido aceptado por la propia acusada y referido además por el sentenciado Gilberto Vargas Flores.

e) Carta remitida por Magaly Gonzáles Denegri, apoderada de Antamina S.A. de fs. 136. Acredita que Gilberto Vargas Flores, Rosa Tenorio y Yethy Silva no han sido trabajadores de dicha empresa.

f) Copia certificada de cuatro cheques del Banco de la Nación de fechas once de Abril del año dos mil trece, de fs. 137 a 138.

Siendo así, y conforme lo establece el artículo 393° del Código Procesal Penal, los medios probatorios detallados anteriormente son los únicos que podrán ser utilizados para la deliberación de la sentencia, al haber sido incorporados legítimamente durante el Juicio Oral.

8.- De los hechos probados en el Juicio Oral.

De lo actuado en la Audiencia de Juicio Oral respectiva, este Juzgado tiene como **hechos probados** los siguientes:

a) Que la acusada Rosa Yovana Tenorio Ríos, recibió giros por la suma de doscientos cincuenta mil setecientos nuevos soles (S/ 250,700.00) y que este dinero es parte de un total de dos millones doscientos sesenta y cinco mil cuatrocientos setenta y dos nuevos soles con treinta y nueve centimos (S/ 2 265,472.39) que el sentenciado Gilberto Vargas Flores sustrajo de manera sistemática de la Municipalidad Distrital de Sorochuco. Probado con la declaración de Gilberto Vargas Flores, quien reconoce este hecho, aunque señala que el

motivo de los depósitos efectuados a Tenorio Ríos es por una deuda que le tenía a ésta acusada y con el examen del perito contable Salustiano Chávez Ahumada.

b) Que la acusada Yethy Yovany Silva Rodriguez, efectuó con fecha 26 de Febrero del año 2013 un giro a favor de Rosa Yovana Tenorio Ríos a través del Banco Interbank por la suma de quince mil nuevos soles. Probado con el examen del perito contable Salustiano Chávez Ahumada, con la declaración de Gilberto Vargas Flores y con la propia declaración de la acusada Silva Rodríguez.

9.- De los hechos no probados en Juicio Oral.

Sin embargo, durante el Juicio Oral **no se ha probado** que:

9.1.- Que la acusada Rosa Yovana Tenorio Ríos y Yethy Yovany Silva Rodriguez tenga la calidad de cómplices primarias en el delito de peculado doloso, tal como lo ha sostenido el Ministerio Público en su requerimiento escrito de acusación, se llega a dicha conclusión en base a lo siguiente:

a) conforme se ha señalado en el punto 2.3.1. el delito de Peculado por Apropiación se configura cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos y al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En el presente caso conforme aparece de la propia pericia contable practicada por el Ministerio Público, la modalidad delictiva empleada por el sentenciado Gilberto Vargas Flores ha sido la de girar cheques a su nombre, con dinero proveniente de la Municipalidad agraviada, los cobraba, (**aquí ya se consumó el delito de peculado doloso por apropiación**), y en esas mismas fechas hacia depósitos a cuentas, por lo que

obviamente, considera el perito contable, ese dinero tenía que ser el mismo, **aunque los montos que retiraba eran distintos a los que depositaba.**

Siendo ello así, no se necesitaba de la participación de las acusadas para la consumación del hecho delictivo, pues distinta sería la figura si el sentenciado Gilberto Vargas Flores, de las cuentas de la Municipalidad hubiera transferido el dinero a favor de la acusada Tenorio Ríos, el Ministerio Público ha intentado justificar esta conducta señalando que con ello, el acusado Vargas Flores, ha logrado apartar el dinero sustraído de las acciones de control y poder efectuar la recuperación de este dinero; en ese sentido existe doctrina como la referida por Salinas Siccha, quien señala lo siguiente: "cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de Peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público" que es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso, el sujeto agente, funcionario además de la Municipalidad de Sorochuco, Gilberto Vargas Flores, giro dinero a su nombre, no requirió colaboración alguna para este fin de parte de las acusadas, colaboración que era imposible además desde el plano fáctico, dado que Rosa Tenorio Ríos no es funcionaria ni servidora pública de la Municipalidad agraviada y Yethy Yovany Silva Rodriguez es funcionaria pero de otra Municipalidad, la de Huasmín, y tampoco es posible sostener imputación penal por éste delito, desde la figura del extraneus, dada la modalidad delictiva empleada por Vargas Flores y sobre todo por el momento de consumación del hecho delictivo, que ya ha sido explicado por este Colegiado. Finalmente en cuanto a la acusada Silva Rodríguez, la acusación fiscal se sostiene en el hecho que ésta giro la suma de quince mil nuevos soles a favor de Rosa Tenorio Ríos, sin embargo conforme lo ha explicado el perito contable **la persona de Yethy Yovany Silva Rodríguez giro dinero a favor de Rosa Tenorio Ríos una sola oportunidad, por el monto de quince mil nuevos soles, desconociendo de donde proviene dicho dinero**, en ese sentido

la acusada no ha negado este hecho, por el contrario ha manifestado que lo hizo por encargo del sentenciado Gilberto Vargas Flores y este a su vez ha sostenido que le solicitó ello manifestándole que dicho pago era para una proveedor, siendo ello así la acusada Yethy Yovany Silva Rodríguez no estaba en posibilidad de saber si en verdad era o no proveedor la destinataria del giro, desde que no es funcionaria de la municipalidad agraviada (Sorochuco) sino de la Municipalidad de Huasmín, por lo que su actuación carece de contenido penal.

JUICIO DE SUBSUNCIÓN.

a. De la tipicidad.

Este Colegiado considera que los hechos no se subsumen en el delito de Peculado por Apropiación, por las razones antes expuestas. Por el contrario considera que los hechos así descritos se subsumen dentro del tipo penal contenido en el artículo 194° del Código Penal, únicamente en lo que corresponde a la acusada Rosa Yovana Tenorio Ríos, en tanto esta ha señalado conocer al sentenciado Gilberto Vargas Flores desde hace más de nueve años, sabía que era técnico en contabilidad, que asesoraba algunas municipalidades, ésta cuenta con estudios superiores, por tanto estaba en posibilidad de presumir el origen delictivo del dinero recibido, pues no es posible que una persona que refiere un ingreso mensual de cinco mil nuevos soles, gire en un lapso de tiempo tan corto (tres meses) una cantidad tan considerable de dinero, doscientos cincuenta mil setecientos nuevos soles, siendo ello así la conducta realizada por la acusada Tenorio Ríos de guardar dinero, pudiendo presumir el carácter delictivo de este, tipifica el delito de Receptación antes señalado, por lo que haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 374° inciso 1 del NCPP se comunicó a las partes la posibilidad de pronunciarse por un delito distinto al objeto de acusación, esto es el delito de Receptación, como efectivamente ha ocurrido.

b. De la antijuridicidad.

El actuar de la acusada merece reproche penal, en tanto es contrario a las normas de orden público establecidas en el ordenamiento penal, y han

demostrado un quebrantamiento intencional de tales normas de convivencia social, siendo por tanto evidentemente antijurídico, no sólo por no estar permitido, sino por encontrase expresamente proscrito y sancionado por la ley penal.

12.- De la culpabilidad.

Debemos señalar asimismo que durante el desarrollo el Juicio Oral se ha comprobado que la acusada es una persona mayor de edad y se encuentra en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, tal como lo ha estado al momento de cometer los hechos delictivos. Siendo así, tales personas son responsables de sus actos y han actuado con plena consciencia de ellos y de sus resultados, por lo que ellos le son imputables penalmente.

D.- PENA y REPARACIÓN CIVIL.

13.- De la determinación e individualización de la pena.

Habiéndose establecido la responsabilidad penal de la acusada en el delito objeto de proceso, es menester establecer los parámetros necesarios para la Determinación Judicial de la Pena, observando los Principios de Legalidad, Lesividad, Culpabilidad y Proporcionalidad. Para este fin, inicialmente, se debe tener en cuenta que la pena básica establecida para el delito de Receptación como lo prevé el artículo 194° del Código Penal, es no menor de uno ni mayor de cuatro años de pena privativa de libertad y de treinta a noventa días multa, que en el presente caso no se presentan circunstancias cualificadas que modifiquen estos extremos (reincidencia, habitualidad, confesión sincera, etc-). Asimismo, conforme lo establece el artículo 45° del Código Penal, debemos atender a que el acusado es una persona de nivel cultural y económico medio, lo que no le ha impedido comprender el carácter delictivo de su conducta y asimismo que los intereses del agraviado se han visto sensiblemente mermados con el comportamiento delictivo de la acusada. Respecto a los criterios de individualización de la pena que establece el artículo 46° del referido texto penal, debemos considerar que: a) la acusada Tenorio Ríos ha causado grave daño al bien jurídico protegido, es decir al patrimonio de la víctima, b) que no ha existido confesión sincera antes de descubrirse el delito, ni arrepentimiento alguno c) que el móvil que lo ha impulsado a

cometer el delito es el económico sin importar que se estaba atentando contra los intereses de una entidad pública, lo que demuestra un especial desprecio a las normas de convivencia social por parte de esta acusada.

Finalmente, es necesario señalar que en el presente caso corresponde dictar una pena privativa de libertad con carácter de suspendida, en tanto los delitos se encuentran sancionados con pena privativa de libertad que no supera los cuatro años, la naturaleza del hecho punible y las características personales de la acusada, hacen prever que no volverá a cometer nuevo delito y además no presenta la condición de reincidente o habitual.

14.- De la determinación de la reparación civil.

Habiéndose determinado e individualizado adecuadamente la pena imponerse, en aplicación de lo previsto por el artículo 93° del Código Penal, se debe proceder a establecer la reparación civil que corresponde. Así debe tenerse en cuenta que, como se ha expuesto adecuadamente en el acápite 5.- de esta sentencia, la reparación civil, si bien es consecuencia jurídica del delito, no se otorga de manera automática a quien lo solicite, debiendo ser probados los extremos de tal solicitud. En el presente caso, si bien el representante del Ministerio Público ha solicitado -como pretensión civil- se imponga una reparación civil de seiscientos nuevos soles a favor del agraviado no ha acreditado una disminución de tal magnitud en el patrimonio de la víctima, y considerando, además que el bien sustraído fue recuperado de manera inmediata, el Juzgado debe imponer una reparación civil acorde al desmedro patrimonial demostrado en el proceso, y a las posibilidades económicas del acusado.

15.- De la imposición de costas.

Conforme lo establece el artículo 500 inciso 1) del Código Procesal Penal, las costas serán impuestas al imputado cuando sea declarado culpable, en ese sentido cabe su imposición con arreglo a ley.

III.- PARTE RESOLUTIVA.

Por las consideraciones reseñadas, examinadas las pruebas aportadas bajo criterios de racionalidad y sana crítica, y habiéndose probado en Juicio Oral los hechos sostenidos por el Ministerio Público y los delitos advertidos por este juzgador, respecto a la comisión -por parte de la

acusada Tenorio Ríos – autora del delito Contra el Patrimonio, en su modalidad de Receptación, en agravio de la Municipalidad Distrital de Sorochuco y en aplicación de lo previsto en el artículo 139°, incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14) de la Constitución Política del Perú; de los artículos 23°, 25°, 41°, 42°, 43°, 45°, 46°, 57°, 92°, 93°, 194°, del Código Penal y de los artículos 393°, 394°, 397° y 399°, inciso 2) del Decreto Legislativo 957, Código Procesal Penal, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial A de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, **FALLA**:

16.- **ABSOLVIENDO a la acusada YETHY YOVANY SILVA RODRIGUEZ** de la acusación fiscal que le resulta por el delito de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad de Sorochuco, mando que Consentida o Ejecutoriada que sea esta decisión se archive los autos en el modo y forma de ley, **ANULÁNDOSE** los antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso.

17.- **CONDENANDO** a la acusada **ROSA YOVANA TENORIO RIOS** identificada con DNI N° 09617775, natural de Cutervo, Departamento de Cajamarca, nacida el veintiocho de setiembre del año mil novecientos setenta y uno, como autora del delito **Contra el Patrimonio,** en su modalidad de **RECEPTACIÓN,** en agravio de la Municipalidad de Sorochuco, a **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y NOVENTA DÍAS MULTA,** fijándose el día multa en la suma de seis soles con cincuenta centimos, que deberá cancelar en el plazo perentorio de diez días, monto fijado teniendo en consideración el haber diario y como base para el cálculo la remuneración mínimo vital, en vista que el juicio oral no se ha determinado cuanto es el ingreso diario que percibe ésta acusada, pena principal que se da con **CARÁCTER DE SUSPENDIDA,** fijándose como **PERIODO DE PRUEBA DOS AÑOS.**

18.- **FIJO** como **REPARACION CIVIL** la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS NUEVOS SOLES** que deberá cancelar la sentenciada; a favor de la agraviada, **SEÑALO** como reglas de conducta las siguientes: a) cancelar el integro de la reparación civil. b) No ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del Juez. c) concurrir al juzgado de investigación preparatoria los fines de cada mes a

firmar el libro de control respectivo y dar cuenta de sus actividades, estas reglas de conducta se dictan bajo apercibimiento de revocarse la pena suspendida y hacerse efectiva en caso de incumplimiento.

19.- **IMPONIENDO** las **COSTAS PROCESALES que corresponde a la sentenciada**.

20.- **ORDENANDO**, que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se **REMITAN BOLETINES**, y se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal. **Director de debates, Holguín Morán.**

S.S. HOLGUIN MORAN

S.S. MERINO VIGO.

DANIEL HOLGUIN MORAN
PRESIDENTE
JUZGADO PENAL COLEGIADO
SUPRAPROVINCIAL
CAJAMARCA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
CAJAMARCA

GERMAN E. MERINO VIGO
JUEZ
JUZGADO COLEGIADO DE CAJAMARCA

CARMEN EMELINA ALIAGA SALAZAR
ESPECIALISTA JUDICIAL DE AUDIENCIAS
MODULO NCPP
CAJAMARCA

VOTO EN DISCORDIA EMITIDO POR EL JUEZ PENAL DOMINGO CELESTINO ALVARADO LUIS. EN EL PROCESO PENAL N° 1026-2014-1-0601-JR-PE-01, SEGUIDO CONTRA GILBERTO FLORES VARGAS (AUTOR) Y CONTRA ROSA YOVANA TENORIO RIOS Y YETHY YOVANA SILVA RODRIGUEZ (CÓMPLECES) , POR EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, EN AGRAVIO DE EL ESTADO.

Cajamarca, nueve de diciembre del año dos mil catorce.-

VISTOS, y CONSIDERANDO:

DISCREPANCIA CON EL VOTO EN MAYORÍA.

Primero.-Respeto el criterio jurídico adoptado por el voto en mayoría, discrepo respetuosamente por lo siguiente:

1.1.- **Respecto a la calificación jurídica de receptación (Art.194 del CP),** que se le da a la conducta de la acusada Rosa Yovana Tenorio Ríos, en el caso materia de este juicio; consideró que luego de la actuación probatoria con las garantías propias del juicio oral, la acusación fiscal en contra de ésta acusada, ha permitido ratificar la imputación de cómplice en el delito de peculado bajo la tesis de la unidad del título de imputación, participación que no se ha producido en la fase de agotamiento, sino que ha servido para la consumación del delito; y considerando que la tesis de la unidad del título de imputación es dominante y homogénea en la jurisprudencia nacional, a criterio de este magistrado, no corresponde apartarse y calificar tales hechos como un delito común, como el de receptación; sino por el de cómplice del delito de peculado.

1.2.- **Respecto de la absolución de la acusada Yethy Yovana Silva Rodríguez en calidad de cómplice del delito de peculado materia de este juicio,** consideró que luego de la actuación probatoria con las garantías propias del juicio oral, la acusación fiscal en contra de ésta acusada ha permitido desvirtuar su presunción de inocencia y en consecuencia determinar su calidad de cómplice del delito de peculado, mereciendo la sanción penal y reparación civil correspondiente al delito de peculado.

FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDÍA

ANTECEDENTES

PRIMERO.- ALEGATOS DE APERTURA DE FISCALÍA Y DEL ACTOR CIVIL:

1.1.- **Fiscalía** expresó que el acusado Gilberto Vargas Flores [autor] **con el apoyo y el auxilio de dos personas, una funcionaria o servidora de la Municipalidad Distrital de Huasmín [la cómplice Yethy Yovana Silva Rodríguez se desempañaba como funcionaria de la Municipalidad Distrital de Huasmín.] y la otra en condición de amiga** [Rosa Yovana Tenorio Ríos], mediante **una serie de transferencias de dinero proveniente de fuentes de financiamiento como canon minero, FONCOMUN, donaciones y transferencias de la Municipalidad Distrital de Sorochuco-Celendín Cajamarca,** se ha apropiado de una suma aproximada de S/. 2'265,472.39, en

circunstancias que tenía vinculación funcional con el patrimonio de la Municipalidad Distrital de Huasmín, ya que **su función era** la de ser **responsable del SIAF**, además de **Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto; razón por la cual fue condenado, por sentencia de conformidad, a SIETE años y NUEVE meses de pena privativa de la libertad, con más el pago de S/.40,000.00 nuevos soles por reparación civil, sin perjuicio de devolver lo apropiado, e inhabilitación** para ejercer cargos públicos por el mismo periodo de la pena principal; .

Calificación jurídica: artículo 387° primer y segundo párrafo del Código Penal, en concordancia con el artículo 25° del Código Penal.

Cómplices:

1-ROSA YOVANA TENORIO RÍOS **(amiga).**

DNI N° 09617775, sexo femenino; lugar de nacimiento Cutervo – Cajamarca; fecha de nacimiento 28 de setiembre de 1971; de 42 años de edad; estado civil soltera; domicilio real Urb. Palaos Santa verónica N° 209 F San Martín de Porras – Lima; domicilio procesal en el Jr. Bolognesi N° 776 –Celendín.

2-YETHY YOVANA SILVA RODRÍGUEZ – **funcionaria de la Municipalidad Distrital de Huasmín.**

DNI N° 43090111, sexo femenino; lugar de nacimiento Celendín– Cajamarca; fecha de nacimiento 15 de mayo de 1985; de 28 años de edad; estado civil soltera; domicilio procesal en el Jr. Bolognesi N° 776 – Celendín.

Pretensión penal: Para las cómplices solicita nueve años de pena privativa de libertad para cada una.

Pretensión civil: Solicita una como reparación civil solicita **S/.70,000.00** y la restitución del dinero apropiado en la suma de **S/. 2'265,472.39 nuevos soles.**

12.- **Del actor civil por parte de la municipalidad:** Expresa que a la fecha tiene conocimiento de la pericia donde se muestra el monto apropiado por el señor Gilberto Vargas Flores por el monto de S/. 2'265,472.39 y habían solicitado la reparación civil de S/.70,000.00 adhiriéndose al pedido de la representante del Ministerio Público, hecho que va a probar con la pericia otorgada por el Ministerio Público.

SEGUNDO.- ALEGATOS DE LOS ABOGADOS

21.- **Del abogado de ROSA YOVANA TENORIO RIOS:** Expresa que en esta oportunidad la judicatura tendrá la oportunidad de conocer a una persona que anteladamente se dedicaba a la **actividad comercial de prestar dinero**; es así que la defensa no acepta ni la existencia del delito ni la responsabilidad penal con respecto a su defendida lo que será acreditado en el transcurso de este juicio oral con los mismos elementos de convicción aportados por el representante del Ministerio Público y en su oportunidad la defensa teniendo en cuenta el principio de presunción de inocencia solicitará la absolución de su patrocinada.

2.2.- Del abogado de YETHY YOVANA SILVA RODRIGUEZ: considera que se ha afectado el principio de **imputación necesaria**, a favor de su defendida por la representante del Ministerio Público quien **no ha especificado cuál es el auxilio que ha prestado su defendida para que se configure que es cómplice primaria** dejando de esa manera indefenso a la parte de la defensa; pues imputa a su patrocinada la calidad de cómplice primario por el solo hecho de que era amiga del coacusado y por el hecho se saber dónde estaba una laptop de propiedad de Gilberto Vargas Flores y porque en su oportunidad Gilberto Vargas Flores le solicitó a su defendida que le deposite un dinero a nombre de Rosa Tenorio; por lo tanto la defensa solicita que en su oportunidad se absuelva a su patrocinada.

Del informe de derechos:

TERCERO.- Que, de conformidad con el artículo 372° del Código Procesal Penal, el Colegiado por intermedio del Director de Debates, salvaguardando el derecho de defensa de las acusadas, les hizo conocer de los derechos fundamentales que le asiste en este juicio oral así como del principio de no auto incriminación, las ventajas y desventajas de la conclusión anticipada del juicio oral, como de la posibilidad de continuar con el juicio oral, razón por la cual se les preguntó de manera personalísima, quienes luego de consultar con sus respectivos abogados, se le pregunto si se consideran responsables de ser partícipes de los hechos imputados a título de autor a Gilberto Vargas Flores, y responsables de la reparación civil según los cargos materia de la acusación fiscal, a lo cual, cada una respondió, previa consulta con su abogado defensor, ser INOCENTE, por lo que se sipuso a continuación del juicio oral.

Nuevo medio de prueba de la defensa de tenorio Ríos.

CUARTO.- En virtud del artículo 373°.1 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), se admitió como prueba de descargo de la acusada Rosa Yoavana Tenorio Ríos, la declaración de Gilberto Vargas Flores en calidad de testigo, a efectos de que pueda responder sobre el hecho penal seguido en el presente proceso.

CONTEXTO VALORATIVO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

"No hay prueba sin defensa (contradictorio)"[1]

"Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho"[2]

Presunción de inocencia

CUARTO.- La garantía de la presunción de inocencia está prescrita en el artículo 2 inciso 24, literal "e" de la Constitución Política del Perú, está norma crea a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima; como una regla directamente referida al juicio de hecho

[1] DECÁLOGO DEL GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI.

[2] LUIS POZEN en su obra *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. p. 185.

a la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, proviniéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Para ello para destruir la presunción de inocencia de todo ciudadano se requiere suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con todas las garantías de ley. i) La doctrina procesal objetivamente ha considerado que existe responsabilidad penal única y exclusivamente cuando existen medios probatorios plurales y convergentes que acrediten en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal de los procesados, de ese modo permite arribar al juez a la convicción de culpabilidad, y/o sin la cual no es posible revertir la inicial presunción de inocencia que ampara al procesado, conforme al principio constitucional antes acotado. Es por ello que las partes son las que definen su propia teoría del caso, pues en la lógica del nuevo modelo las partes tienen una verdad que demostrar, con la incorporación de sus medios de prueba.[3] Y, ii) En el caso concreto se valorará la prueba producida en el juicio oral considerando el sistema acusatorio garantista [prescrito en los artículos 159 –acusación– y 139 (3) y (14) –defensa– de la Constitución Política del Perú.], oralidad, publicidad, inmediación y contradicción de conformidad con lo prescrito en los artículos VIII del TP, 158° y 393° NCPP.

DECLARACION DE LAS ACUSADAS:

4.1. Declaración de YETHY YOVANI SILVA RODRIGUEZ.–Niega su participación en el delito materia de acusación. Afirma ser Contadora Pública, y desde el **día primero de abril de dos mil once, trabaja en la Municipalidad Distrital de Huasmín como Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto, donde tiene como principal función dar la disponibilidad o certificación presupuestaria cuando lo solicita la Gerencia Municipal, con ello hace la certificación a través del sistema de SIAF**, que es la primera fase de la afectación del gasto de una entidad, a través de este sistema se realiza el pago de planillas, valorización de obras, pago de servicios, compra de bienes, todos los procesos relacionados con la entidad, entre otros. Afirma que al acusado Gilberto le hacía consultas sobre el SIAF. Afirma tener una tarjeta multired y adicional a ella tiene una cuenta de ahorro en la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Celendín, con un ahorro aproximado de diez mil nuevos soles. **Afirma que en ningún momento el señor Gilberto Vargas Flores le ha depositado dinero en sus cuentas;** cuando le llegaban las notificaciones se hacía alusión a una pericia contable, pero no le han comunicado que en dicha pericia contable se señala que a su persona le han encontrado la suma de dinero de doscientos cincuenta mil setecientos nuevos soles.

Valoración: La acusada conocía al acusado Gilberto Vargas Flores, por su profesión, por manejar el SIAF en una municipalidad de Huasmín y por sostener relaciones de asesoría con el acusado Vargas Flores, conocía de las actividades de éste; sin embargo, niega aduciendo que a ella no le han encontrado suma alguna de dinero.

[3] N° 97-4-2009. Expedido por el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia. Directora de Debates, Dra. Mery Elizabeth Robles Briceño

4.2 **Declaración de** ROSA YOVANA TENORIO RIOS.- Niega su participación en el delito materia de acusación. Su persona tiene como acreditar cada cosa que se le quiera preguntar. Afirma que sus padres tienen sus negocios desde el año de mil novecientos noventa y nueve y su persona desde el año dos mil uno. Afirma que ha prestado dinero a Gilberto Vargas Flores en varias oportunidades quien ha cumplido correctamente con la devolución, que la última vez que le prestó dinero fue en junio de dos mil ocho, por la suma de ciento cuarenta y ocho mil nuevos soles de los cuales solo pagó tres meses de intereses y a requerimiento de su persona le ha devuelto parte de la deuda, pero aún le debe una buena suma de dinero; la **devolución del dinero se le hacía mediante giro o a su cuenta del Banco de la Nación**, cuando le hacia algunos pagos (devoluciones) lo hacía como persona natural, jamás lo hizo a nombre de alguna entidad o Municipalidad; no recuerda cuantos giros le hicieron, pero **en total fue por la suma de doscientos cincuenta mil nuevos soles**; a julio del presente año le tendría que haber cancelado la suma de cuatrocientos doce mil nuevos soles incluyendo intereses; como consecuencia de tal incumplimiento la autoridad judicial está ejecutando un bien inmueble perteneciente a su familia, proceso que se encuentra en la etapa de remate del bien. **El dinero que le prestaba a Gilberto Vargas Flores proviene de los negocios que tiene desde el año dos mil uno**; el dinero para hacerle el **último préstamo provino una parte de sus ahorros y la otra parte por querer ganar intereses lo sacó de la Caja Maynas, donde lo obtuvo al 2.5% por préstamo hipotecario, para ella luego prestarlo al 12%, el préstamo se lo hizo de manera directa**, realizando un contrato y firmando una **letra de cambio**; le ha devuelto un poco más de doscientos cincuenta mil nuevos soles con los tres meses de intereses, estos pagos los hacia a su cuenta del Banco de la Nación y también mediante giros a su nombre que los hacia él o mandaba a alguien para que los haga; los contratos de préstamo que celebró con el señor Gilberto Vargas Flores no están legalizados notarialmente ni hubo por medio alguna garantía hipotecaria.

Respecto al último dinero que le prestó al señor Gilberto Vargas Flores, éste **le firmó una letra de cambio en blanco y un contrato privado de préstamo de dinero.**

Valoración: Se advierte que la acusada por su profesión y sus negocios, tenía pleno conocimiento de las actividades de Gilberto Vargas Flores, sabía de los movimientos financieros del acusado en razón de que éste le hacía constantes depósitos a su cuenta en el Banco de la Nación, sabía que el acusado trabajaba en la Municipalidad de Sorochuco.

Testimonial. Testigo impropio.

4.3.-**Examen del testigo impropio** GILBERTO VARGAS FLORES.- Afirma haber trabajado en la Municipalidad de Sorochuco y en otras Municipalidades, como la de Huasmín. Asesoraba también a empresas privadas, ganando cinco a seis soles mensuales; afirma que sí giraba cheques a su nombre, procesaba la información presupuestal para contabilidad, luego a tesorería para su respectivo giro, en síntesis, hacía giros a proveedores y también a su nombre, **parte del dinero** -de la Municipalidad distrital de Sorochuco- **le giraba a la señora Rosa Tenorio Ríos porque le había prestado dinero**; el primer préstamo le hizo en el **año dos mil uno por la cantidad de ciento quince mil nuevos soles**, termino de cancelarle en el año dos mil siete; **en Junio del año dos mil ocho, le prestó ciento cuarenta y ocho mil nuevos soles a una tasa de**

interés **del diez por ciento,** para la compra de un terreno, firmándole una letra en blanco y un documento privado. **Empezó a cancelarle desde el mes de Abril del año dos mil doce un promedio de quince mil a veinte mil nuevos soles mensuales, terminando de cancelar el préstamo en abril del año dos mil trece.** En cuanto a la señora Yhety, la conoce desde mayo del año dos mil doce, porque es contadora pública y trabaja en la Municipalidad de Huasmín cómo Jefe del área de presupuestos, sus funciones son: ordenar, dirigir, ejecutar el proceso presupuestal mediante el SIAF. Afirma que ser verdad que en una oportunidad, le pidió que le hiciera el favor de depositar a la cuenta de la señora Rosa Tenorio Ríos. Del último préstamo de ciento cuarenta y ocho mil nuevos soles, le he pagado un total de trescientos cincuenta mil nuevos soles, pero la señora Rosa dice que todavía le debo.
Valoración: En testigo impropio ha dado una versión adecuada a las circunstancias del estado del proceso y busca favorecer a las coacusadas, para eximirlas de responsabilidad penal.

EXAMEN PERICIAL

4.4.- **Examen del perito Salustiano Chávez Aumada,** quien fue identificado, juramentó y se ratificó de su dictamen pericial, señalando que para determinar que el dinero egresó de la Municipalidad Distrital de Sorochuco se realiza todo un **proceso**, en las instituciones del gobierno, el sistema contable es el SIAF (Sistema Integrado de Administración Financiera) el primer paso es el comprobante de pago, luego libro bancos, y si en el estado de cuenta del banco **aparece el cheque cobrado es señal de que el dinero ha egresado;** se ha determinado que el dinero ha egresado realizando un análisis del SIAF, libro bancos y estado de cuenta, ya que todos son parte del sistema contable. En el presente caso **los cheques salieron con un destino distinto;** indica que **se ha realizado depósitos y transferencias, las personas que han hecho operaciones bancarias para depositar y transferir dinero han sido Vargas Flores Gilberto, Silva Rodríguez Yethy Yovany** y Vargas Flores Dennis Yanet, el primer depósito fue el **diecisiete de diciembre del años dos mil doce,** a favor de la persona de nombre Mestanza Gutiérrez Jesús por el monto de mil quinientos nuevos soles realizado en las oficinas del Banco de la Nación, luego se han hechos **muchas operaciones, en su mayoría fueron a la cuenta de Rosa Yovana Tenorio Ríos; el monto de dinero que se transfirió a esta persona fue de doscientos cincuenta mil setecientos nuevos soles (S/.250,700.00);** a la cuenta de la acusada Yethy Yovany Silva Rodríguez no se depositó ningún dinero, sin embargo ésta realizó un depósito a su coacusada con fecha veintiséis de febrero de dos mil trece por el monto de **quince mil nuevos soles** a través del **Interbank,** mediante **operación N° 00248.** Además el dinero egresado nace de las operaciones de la Municipalidad mediante el SIAF elaborado para la Municipalidad y los documentos que se usan son de la Municipalidad, **se ha encontrado Boucher en los documentos donde figuran depósitos y transferencias a la cuenta de Rosa Tenorio Ríos;** el señor **Gilberto Vargas Flores giraba cheques a su nombre con dinero proveniente de la Municipalidad agraviada,** los cobraba y en **esas mismas fechas hacia depósitos a cuentas,** por lo que **obviamente ese dinero tenía que ser el mismo,** aunque los montos que retiraba eran distintos a los que depositaba. Afirma que el dinero que egresó de la municipalidad y fue cobrado por Gilberto Vargas Flores no volvió a

apropiarse a la entidad, ya que de haber sucedido en el libro caja hubiese egresos y estos no existieron.

Valoración: El examen pericial se determina que el acusado Vargas Flores para apropiarse del dinero de la agraviada, tenía que realizar todo un proceso, en las instituciones del estado, en el sistema contable es el SIAF (Sistema Integrado de Administración Financiera) donde el primer paso era elaborar el comprobante de pago, luego llenar el libro de bancos entre otros, para lo cual se necesitaba la colaboración o apoyo de persona que conocen el manejo del SIAF, evidenciando de ello que las acusadas Tenorio Ríos y Silva Rodríguez tenían conocimiento de las actividades realizadas por Vargas Flores con el dinero de la agraviada, que transfería entre otras personas, a las cuentas de Tenorio Ríos e incluso con la intervención de Silva Rodríguez.

15- ORALIZACION DE DOCUMENTOS.

- Acta de registro personal a Gilberto Vargas Flores fs. 7-10. En el cual se le encontró una emisión de transferencia M.N.A **BCP**, del **12-04-13,** a favor de Tenorio Ríos Rosa Yovana, por S/.24, 000.00 nuevos soles; un Boucher del Banco **Interbank**, poco legible, de la beneficiaria Rosa Yovana Tenorio Rios, por S/.24,8000.00 nuevos soles; un Boucher del Banco **Interbank** del **12-4-13**, por S/24,000.00, otro Boucher del **Banco Continental** con una transferencia del **12-4-13** por S/24,000.00; **una emisión de transferencia de Silva Rodríguez Yethy Yovany a favor de Rosa Yovana Tenorio Ríos por S/.15,000.00 nuevos soles.**

- Acta de registro domiciliario de incautación a Gilberto Vargas Flores, de fs. 11-14. Se encontró dos talonarios de cheques del Banco de la Nación; un Boucher de depósito por S/.24,900.00 nuevos soles del 04-01-2013 cuenta de Rosa Yovana Tenorio Ríos, un Boucher de emisión de transferencia en el BCP, del 03.01-13 a nombre de Rosa Yovana Tenorio Ríos por 24, 000.00 nuevos soles, transferencia en el BCP, del 03-01-13, por S/24,168.00 a favor de Rosa Yovana Tenorio Ríos, un Boucher de transferencia en el BCP, del 08-01-13, por S/7,000.00 nuevos soles a favor de Rosa Yovana Tenorio Ríos., un Boucher de depósito en Interbank, por S/,20,000.00 nuevos soles a nombre de Rosa Yovana Tenorio Ríos, un Boucher de depósito en Interbank por S/:13,065.00 nuevos soles, hecho a nombre de Rosa Yovana Tenorio Ríos.

- Acta de diligencia fiscal del 14-04-13, de fs. 15-17 (oposición fundada en mayoría, con voto a favor en minoría). En la cual el acusado llamo a Yethy Silva Rodríguez para preguntarle por la laptop que contiene información del SIAT de la Municipalidad de Sorochuco, manifestando ésta qué había entregado a la hermana del acusado de nombre Denis Yanet Vargas Flores.

- Acta de comprobantes de pago fs. 31-133. Desde 11-04-2013 (fs.31) hasta 17-10-2012 (fs.133), todos a nombre de Gilberto Vargas Flores, por diversas sumas de dinero.

Oficio 32 del 20-05-13 fs.134-135. En el que se informa que la acusada Yethy Yany Silva Rodríguez ocupa el cargo de Jefe de Planificación y presupuesto en la alcaldía de Huasmin.

Carta de Magaly Gonzales de Negri de la Cía Minera Antamina SA. (fs.136.). En la cual **se indica que ninguno de los acusado Gilberto Varas Flores, Rosa Yovana Tenorio Ríos, ni Yethy Yovani Silva Rodríguez han sido trabajadores de tal empresa minera.**

De cheques fs.137-138. Cheque girados por el acusado Gilberto Vargas Flores.

Tesis desvinculatoria de la calificación fiscal por mayoría.

QUINTO.- DIRECTOR DE DEBATES.- El Colegiado por mayoría, informa a las partes la posibilidad de una calificación distinta de la acusación respecto a la acusada **Rosa Tenorio Ríos**, subsumiendo la conducta en el delito de receptación. **Fiscalía y la defensa de Rosa no aceptan.**

SEXTO.- ALEGATOS DE CLAUSURA.

6.1.- **De fiscalía:** Señala que ha quedado acreditada la comisión del delito de peculado doloso en la condición de cómplices por parte de las acusadas **Yethy Silva Rodríguez** y **Rosa Tenorio Ríos,** porque fuimos testigos de los exámenes al perito y del acusado Gilberto Vargas Flores quienes confirman la comisión del delito, siendo el monto del perjuicio económico S/.2'265,472.39 nuevos soles. El delito de peculado doloso se consuma cuando hay disponibilidad del patrimonio del estado, en el caso concreto el acusado logra transferirlo a las cuentas de la acusada Rosa por acción directa y con la ayuda de Yethy Silva Rodríguez; por lo que ratifica sus pretensiones de la acusación.

6.2.- **Del actor civil:** Se adhiere a los alegatos expresados por la representante del Ministerio Público en cuanto a la pretensión punitiva; así mismo manifiesta su conformidad con la reparación civil solicitada, esperando sea concedida en su integridad.

6.3.-**Del abogada defensor de Yethy Yovany Silva Rodríguez,** señala la defensa empieza preguntándose cuál es el principio de imputación necesaria que hace el Ministerio Público a su requerimiento acusatorio, y lo que se consigna es que su patrocinada es acusada de realizar la transferencia de unas suma de dinero, hecho que considera el Ministerio Público como delito de peculado doloso en el grado de cómplice primario, pero para poder entender qué es el delito de peculado doloso y que es el cómplice es necesario ir a la artículo 25 del Código Penal y en la gaceta jurídica penal de julio de este año, se refiere que habrá complicidad primaria cuando la cooperación es imprescindible de acuerdo a su identidad objetiva en el cual el hecho no se hubiera concretado al momento en que la corte se produce es decir debe ser determinante para el existir de la acción delictiva y ninguno de los que intervienen en la ejecución lo hubieran podido sustituir, por lo que mi patrocinada no encuadra en el elemento subjetivo del dolo ya que incluso el acusado Gilberto Vargas Flores manifiesta que le pidió que deposite ese dinero porque era para un proveedor, es

...eso que solicito que su despacho en su oportunidad expida una sentencia absolviendo a ...patrocinada del delito imputado.

...Del abogado defensor de Rosa Tenorio Ríos.- Señala que a su patrocinada se le imputa ...calidad de cómplice primario, por lo que se ceñirá a ello, e indica que el delito de ...ulado doloso, se consuma cuando se apropia o se utiliza fondos o efectos públicos, en ...e caso ustedes han verificado la conducta de Gilberto Vargas Flores; respecto al ...ue ustedes pueden revisar la acusación fiscal la cual no menciona cuál es el aporte que ...ata su patrocinada para que se consuma el delito de peculado doloso, por lo tanto ...sidera que la conducta de su defendida es de omisión y no de comisión del delito.

...o respecto al delito de receptación, manifestó que sería un delito de omisión y no de ...sión ya que ella sólo dio su número de cuenta para que se deposite un dinero el cual ...le adeudaba del año dos mil ocho, por lo que solicita se absuelva a su patrocinada de ...os hechos imputados.

CALIFICACIÓN JURÍDICA

...TIMO.- **Análisis del delito de peculado.**

...os supuestos fácticos enunciados por la tesis acusatoria, están referidos al tipo penal de ...culado, previsto y sancionado en el primer y segundo párrafo del artículo 387°(***Artículo ...ificado por el Artículo Único de la Ley Nº 29758, publicada el 21 julio 2011)*** del Código Penal, que prescribe:

*"El funcionario o **servidor público** que se **apropia** o utiliza, en **cualquier forma, para sí o para otro, caudales** o efectos cuya ...ecepción, **administración** o custodia le estén **confiados por razón de su cargo**, será reprimido con pena privativa de libertad no ...nor de cuatro ni mayor de ocho años.*

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de ...ertad no menor de ocho ni mayor de doce años. (...)"

7.1.- Patrimonio público.

...En lo que concierne al delito de peculado, debe tomarse en cuenta que la noción de *Patrimonio Público*, está evolucionando, de únicamente considerarse a los bienes del fisco, ó ...el Tesoro Público, pasando por la concepción que lo amplia a los bienes de los distintos ...ntes públicos *Gobierno Central y Dependencias, empresas públicas, organismos autónomos, Gobiernos Locales y Regionales*, hasta llegar a la moderna conceptualización que engloba ...nto a bienes de propiedad pública como de propiedad privada, siempre y cuando éstos ...timos se hallen temporalmente bajo el poder de la administración pública, en condición de ...isponibilidad jurídica y que permite la ampliación del ámbito de la tutela penal"[4]

7.2.- Delito de infracción de deber.

...Sánchez-Vera, citado por José Antonio Caro John, señala que: *"Existen tipos penales que per se no ...precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del ...utor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que -dicho en términos más directos- sólo son imaginables mediante la ...infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el*

[4] Tercera Suprema de 16.09.99.R.N.5295-98.ANCASH.

extraneus puede ser autor. En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que vincula al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de desempeñarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, «el obligado es siempre autor, y precisamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no»."

13.- El delito de peculado doloso constituye uno (delito) especial propio y de infracción de deber. Es especial propio (formalmente reconocido en el artículo 387 del CP), porque el tipo penal restringe su autoría al funcionario público que por razón de la función administra, percibe o custodia el peculado del estado; y, es de infracción del deber (materialmente) en cuanto el fundamento de la responsabilidad radica en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de determinado deber o rol especial. Es decir, en los delitos de peculado, el extraneus responde (penalmente) como cómplice primario, y el intraneus responde como autor (penalmente), al tratarse de un delito de infracción de deber.

14.- La tesis de la unidad de título de imputación es dominante y homogénea en la jurisprudencia nacional.

"11° *Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual* ***se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del "extraneus".***

Esta posición, sostiene lo siguiente:

1. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

2. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: "Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor"[5]

Complicidad en el delito de peculado.

15.- El título de imputación de **cómplices** en los delitos de peculado por infracción de deber, ha sido recogido por la Corte Suprema al establecer que "(...) *la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de la imputación, por lo que, la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo autores y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo nomen iuris delictivo, por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcado en un delito común homologable, no sólo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada (...)*"[6].

VALORACION DE LA PRUEBA PRODUCIDA EN JUICIO

OCTAVO.- Valoración de la prueba producida en juicio.
Prueba de cargo y de descargo.

---

5 ACUERDO PLENARIO N. 2-2011/CJ-116 (6-12-2011). Fj. 11 y 12.

6 R.N. 1203-2000 del 14-01-2003. Caso Camell del Solar. Materia Peculado.

10.1.-La Prueba de cargo del delito de peculado materia de juicio corresponde a fiscalía, su suficiencia o no probanza determina la absolución, lo cual estando a lo probado en juicio no ocurre en el caso sub examine; y como sostiene el tratadista español Vicente Gimeno Sendra, si los cargos de fiscalía están probados, como es el caso, corresponde a la defensa, para obtener una sentencia absolutoria, probar hechos impeditivos, extintivo o excluyentes de responsabilidad penal, extremos éstos que no se han verificado en el juzgamiento del presente caso concreto.

HECHOS PROBADOS EN JUICIO

DÉCIMO.- Hechos probados en juicio.

Autoría del delito de peculado.

11.- No está en discusión la acreditación del delito de peculado doloso por apropiación, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal, ni la autoría del sentenciado condenado Gilberto Vargas Flores en este delito, sin embargo, se señala para demostrar la existencia del autor del delito atribuido a las acusadas en calidad de cómplices.

Complicidad en el delito de peculado.

12.-A partir del concepto de autor, debe determinarse quienes son los partícipes, resultando en el caso materia de juzgamiento que Rosa Yovana Tenorio Ríos y Yethy Yovany Silva Rodríguez tienen la calidad de cómplices primarios del delito de peculado doloso cometido por Gilberto Vargas Flores, materia de acusación, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 del Código Penal; en efecto, ha quedado probado de los precedentes medios de prueba que las acusadas en su condición de terceros contribuyeron dolosamente con Gilberto Vargas Flores para la apropiación de fondos públicos pertenecientes a la Municipalidad Distrital de Sorochuco, razón por la cual el acusado Gilberto Vargas Flores fue condenado en calidad de autor; y a las acusadas les corresponde la calidad de cómplices de conformidad a lo establecido en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal.

10.3.-Medios de prueba con los que se desvirtúa la presunción de inocencia de Tenorio Ríos.

Está probado que el autor del delito de peculado, Gilberto Vargas Flores, ha realizado diversas transferencias y depósitos de dinero de la Municipalidad de Sorochuco a favor de la acusada Rosa Yovana Tenorio Ríos; sí, está probado, con el examen al perito Salustiano Chávez Aumada que determinó la forma del manejo contable para la apropiación por el autor y el perjuicio de la agraviada en la suma aproximada de S/. 2'265,472.39 de nuevos soles, con la testimonial del testigo impropio Gilberto Vargas Flores quien en forma incoherente e inconsistente ha pretendido justificar que era para pagarle una adeuda nunca acreditada; está probado con el Acta de registro personal a Gilberto Vargas Flores (fs. 7-10)., de la cual se advierte que en un mismo día, en diferentes cuentas (BCP, Interbank y continental), transfiere a favor de Rosa Yovana Tenorio Ríos diferentes sumas de dinero (S/.24,000.00; S/.24,8000.00, S/24,000.00), con el Acta de registro domiciliario de incautación a Gilberto Vargas Flores, de (fs. 11-14), en donde se encontró dos talonarios de cheques del Banco de la Nación; un Bauchers de depósitos a favor de Rosa Yovana

...o Ríos, con el Acta de comprobantes de pago (fs. 31-133)., desde el 17-10-2012 ...o el 11-04-2013, todos a nombre de Gilberto Vargas Flores, por diversas sumas de ...o y con la Carta de Magaly Gonzales de Negri de la Cía Minera Antamina SA. ...06.)., en la cual **se informa que Gilberto Varas Flores, Yethy Yovani Silva Rodríguez y ...a Yovana Tenorio Ríos no han sido trabajadores de la empresa minera Antamina S.A.**

...t.-Medios de prueba con los que se desvirtúa la presunción de inocencia de Silva Rodríguez.

...a probado que el autor del delito de peculado, Gilberto Vargas Flores, ha realizado ...sas transferencias y depósitos de dinero de la Municipalidad de Sorochuco a favor de la ...sada Rosa Yovana Tenorio Ríos; sí, está probado, con el examen al perito Salustiano ...ez Aumada que determinó la forma del manejo contable para la apropiación por el autor ...l perjuicio de la agraviada en la suma aproximada de S/. 2'265,472.39 de nuevos ...s; con la testimonial del testigo impropio Gilberto Vargas Flores quien en forma ...osímil, incoherente e inconsistente ha pretendido favorecer a la a acusada Yethy Yovany ...a Rodríguez afirmando que ella sólo le hizo el favor de realizar una transferencia a Rosa ...ana Tenorio Río; está probado con el Acta de registro personal a Gilberto Vargas Flores ...7-10)., de la cual se advierte **una emisión de transferencia de Yethy Yovany Silva ...ríguez a favor de Rosa Yovana Tenorio Ríos por S/.15,000.00 nuevos soles;** con el Acta de ...sto domiciliario de incautación a Gilberto Vargas Flores, de (fs. 11-14), en donde se ...ntró dos talonarios de cheques del Banco de la Nación; con el Oficio 32 del 20-05-13 ...134-135), en el cual se informa que la acusada Yethy Yovany Silva Rodríguez ocupa ...cargo de Jefe de Planificación y presupuesto en la alcaldía de Huasmín, con la ...ración de la misma acusada quien señaló ser contadora, conocer el manejo del SIAF ...icio de **oportunidad**); con el Acta de diligencia fiscal del 14-04-13 (fs. 15-17) ...osición fundada en mayoría, con voto a favor en minoría), en la cual el acusado llamo ...Yethy Silva Rodríguez para preguntarle por la laptop que contiene información del SIAF de ...Municipalidad de Sorochuco, manifestando la acusada Silva Rodríguez qué la había ...rogado a la hermana del acusado de nombre Denis Yanet Vargas Flores (**indicio de ...sesión** de instrumentos para la comisión del delito), evidenciando que la acusada por su ...esión, experiencia y posesión de la laptop perteneciente a la agraviada y en la cual se ...ontraba el sistema del SIAF, ayudaba a Gilberto Vargas Flores en la documentación ...cable necesaria para las evitar ser descubierto, pues tal como lo afirmó el perito ...lustiano **Chávez Aumada**, el acusado necesitaba el manejo de documentos contables para ...gar la apropiación del dinero de la agraviada, sin que se den cuenta; apropiación del ...monio del Estado que no lo hubiere logrado sin la ayuda de la acusada Silva ...ríguez.

...5.-Consumación del delito de peculado en el caso concreto.

...smismo, a criterio de este magistrado, no puede afirmarse, como lo hace la parte ...mandante y el colegiado en mayoría, que la recepción de fondos públicos por parte de la ...sada Rosa Yovana Tenorio Ríos y la colaboración de Yethy Yovany Silva Rodríguez fue ...sterior a la consumación del peculado, esto es, en la fase de agotamiento del delito. Por ...contrario, consideró que la consumación del delito de peculado se da, en el presente

caso, cuando Gilberto Vargas Flores hace entrega mediante diferentes transferencias y depósitos de dinero a las cuentas de la acusada Rosa Yovana Tenorio Ríos, contando con la ayuda de Yethy Yovany Silva Rodríguez, de cuyo acto ilícito conocían las acusadas por su profesión, manejo contables y comunicación con el acusado Vargas Flores; produciéndose el momento consumativo de la apropiación, cuando el dinero de la agraviada sale de la esfera de dominio estatal e ingresa a las cuentas de Rosa Yovana Tenorio Ríos, consumándose recién el peculado. Por tal razón considero que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad por parte de la defensa. [Véase fj. 11, voto en Mayoría. EXP. N.º 7758-2004-HC/TC. LIMA. CASO LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO][7]

Es preciso recordar con Villavicencio Terreros que: "*Participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. (...) Partícipes son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia, en relación a la del autor. El partícipe interviene en un hecho ajeno, por ello, es imprescindible la existencia de un autor respecto del cual se encuentra en una posición secundaria, por ende, no es posible un partícipe sin un autor. Todas las conductas de los partícipes deben juzgarse bajo el mismo título de imputación por el cual responde el autor (unidad del título de imputación o unidad de calificación jurídica). (...) Al partícipe se le puede caracterizar de manera negativa pues no ejecuta la acción, no comete el delito, no realiza el tipo principal. Por ello, los tipos de lo injusto de la parte especial del Código Penal no abarcan el comportamiento de los partícipes en su descripción. El partícipe realiza un tipo dependiente del principal, pues sólo a través de la comisión de un delito, por parte de un autor, se le podrá aplicar lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Código Penal. De esto se deduce que el contenido del injusto de la participación se deriva de lo injusto del hecho principal. Así, las disposiciones vigentes sobre la participación significan una ampliación del tipo a comportamientos que serían impunes de otro modo.*"[8]

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y REPARACIÓN CIVIL

DECIMO PRIMERO.- Determinación de la pena concreta.

Habiéndose probado el delito y la responsabilidad de las acusadas en calidad de complices en el delito de peculado, corresponde imponer la pena y reparación civil.

Para la graduación de la pena entre los límites fijados en el primer y segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal, concordante con el artículo 24 del mismo cuerpo sustantivo, se debe tener en cuenta en el caso de ambas acusadas su formación profesional –contadoras públicas-, las circunstancias del hecho delictivo que le otorgan un plus de reproche en relación al cualquier particular; y en el caso de Yethy Yovany Silva Rodríguez el manejo del SIAF.

Corresponde imponerles pena de inhabilitación de conformidad con lo establecido en el artículo 36.2 concordante con el art 426

Criterios a tener en cuenta para determinar la pena en el caso concreto.

[7] "11. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del delito. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad."

[8] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. , Lima 2009, p. 492 y ss.

11.1.- Por lo expuesto y conforme a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanización de la pena, de acuerdo a los artículos 24°, 45°, 45°-A, 46° y primer y segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076 (19/08/2013); corresponde determinar la pena concreta.

11.2.- **Delito de peculado previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 387 del C.P.**

Pena abstracta: " (...) *será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años".*

11.3.-**Tipo de pena:**

- Pena privativa de la libertad.
- Pena de inhabilitación de conformidad el artículo 426 y 36 1 y 2 del Código Penal, inhabilitación por igual tiempo que la pena principal.

11.4.- ***División por tercios de la pena privativa de la libertad:*** Art. 45°-A CP.

[12-8=4a=48m/3=16m=1a 4m]

Tercio inferior: De 8 años **a** 9 años y 4 meses de pena privativa de la libertad.

Tercio Intermedio: De 9 años, 4 meses y 1 día **a** 10 años y 8 meses de pena privativa de la libertad.

Tercio Superior: De 10 años, 8 meses y 1 día **a** 12 años de pena privativa de la libertad.

11.5.- **Circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, prevista en el artículo 46° del Código Penal:**

- Circunstancias agravantes genéricas: Ninguna.
- Circunstancias atenuante genérica: Agente primario

Estando a las circunstancias genéricas atenuantes, la pena concreta se ubicaría en el tercio inferior (8 años **a** 9 años y 4 meses de pena privativa de la libertad).

Por lo que en atención al principio de determinación de pena intermedia debe imponérsele la pena de 9 años.

DÉCIMO SEGUNDO: Estando a que en el caso concreto no concurren los presupuestos del artículo 57 del Código Penal, la pena debe dictarse con el carácter de efectiva y su cumplimiento debe ser en un establecimiento penitenciario, con el objeto de cumplir con la finalidad de la prevención penal especial positiva para lograr la resocialización de las sentenciadas conforme a lo establecido en el artículo 139.22 de la constitución Política del Perú y cumplir la finalidad de la pena.

Reparación civil:

DÉCIMO TERCERO.- Se establece en los artículos 92 y 93 del Código Penal: *"La reparación civil se determina conjuntamente con la pena"*, y comprende: *"1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y 2. La indemnización de los daños y perjuicios".*

El Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 (trece de Octubre del año dos mil seis), Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido:

"7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un ***daño civil*** *causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con '****ofensa penal****' –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente-[la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción / daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.*

8. Desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales, que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir– menoscabo patrimonial-; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales- tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas –se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno- (Conforme: ESPINOZA ESPINOZA, JUAN: Derecho de la responsabilidad civil, Gaceta Jurídica, 2002, páginas 157 / 159)...".

12- Bajo el término *reparación civil* nuestro ordenamiento penal se refiere tanto a la *restitución* como a la *indemnización*. La primera de tales formas constituye la reparación por antonomasia, *in natura*, la que se constituye por la devolución del bien, la rectificación por el honor y la reputación afectada, entre otros. La indemnización, en ocasiones como mecanismo, en ocasiones como sustitución de una restitución insatisfactoria o impracticable, constituye la forma de componer el perjuicio económico, la disminución del patrimonio e incluso la compensación por daños que no pueden ser estimados ni valorados en dinero.

Respecto al monto que corresponde imponer para resarcir el agravio causado por la conducta de las acusadas en calidad de cómplices del delito de peculado doloso, en relación al principio de dañosidad, es la suma de **S/.70.000.00 nuevos soles** que como concepto de reparación civil deben pagar en forma solidaria, sin perjuicio de devolver el objeto del patrimonio del Estado.

DÉCIMO CUARTO.- Finalmente conforme lo prevé el artículo 500° inciso 1) del CPP, toda sentencia que pone fin al proceso debe pronunciarse sobre las costas – que serán impuestas al acusado vencido culpable–. Siendo así, en el presente caso concreto, corresponde imponer a las ahora

condenadas –además de la reparación civil– el pago de las costas procesales, que deberá calcularse en ejecución de sentencia.

Ejecución Provisional de la pena.

DÉCIMO QUINTO.– Teniendo presente que esta sentencia es condenatoria, la misma que respecto a la pena, debe de cumplirse provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, en aplicación al artículo 402°.1 del Código Procesal Penal. No estando presente las condenadas el plazo debe computarse una vez que sea habidas.

Discrepancia con la defensa de Silva Rodríguez.

DÉCIMO SEXTO.– Discrepo con la defensa técnica de Yethy Yovany Silva Rodríguez. Respecto a que se ha afectado la imputación necesaria, pues tal como lo ha señalado el Tribunal constitucional Peruano, cuando existen suficientes elementos de los cuales se determina que la defensa sí tiene conocimiento de los cargo no existe afectación a la imputación necesaria, lo cual ha ocurrido en el caso concreto, además existen suficiente medios de prueba directos e indirectos que permite desvirtuar la presunción de inocencia de la acusada, tal como se advierte de los argumentos de la defensa en sus alegatos de clausura y de la prueba producida en juicio oral, respectivamente.

Discrepancia con la defensa de Tenorio Ríos.

DÉCIMO SEXTO.– Discrepo con la defensa técnica de Rosa Yovana Tenorio Ríos. Respecto a que no se ha probado que sea cómplice del delito de peculado doloso, cometido por el sentenciado Gilberto Vargas Flores, pues de la carga probatoria debidamente producida en juicio se desvirtúa la presunción de inocencia de la acusada.

IV.- PARTE RESOLUTIVA:

En consecuencia apreciando los hechos, la aceptación de cargos, la pretensión punitiva referida y la inhabilitación como la pretensión económica, corresponde aprobar el acuerdo de conformidad total; y, con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú, en sus artículos 38°, 51°, 138°, 139° incisos 1), 3), 4), 5), 10), 12) y 14); artículos II, IV, VII y VIII del T.P., artículos 1°, 6°, 10°, 11°, 23°, 24°, 25°, 29°, 36°, 45°, 45°-A, 46°, 57°, 92°, 93°, 95° y primer y segundo párrafo del artículo 387, 426° Código Penal –modificado por Ley N° 30076 (19/08/2013)–; concordado con los artículos 356°, 372°, 394°, 399°, 402° y 403° del Código Procesal Penal –Decreto Legislativo 957–, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, **RESUELVE:**

1. **NO EXISTE MERITO** para condenar por receptación a Rosa Yovana Tenorio Ríos y para absolver a Yethy Yovany Silva Rodríguez.

2. **CONDENAR** a las acusadas **ROSA YONAVA TENORIO RIOS y YETHY YOVANY SILVA RODRIGUEZ,** en calidad de cómplices, del delito contra la Adminsitración Pública, en su modalidad de **PECULADO DOLOSO,** en agravio de **EL ESTADO - MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SOROCHUCO -CELENDIN;** *en consecuencia.*
3. **IMPONER** a cada una de las sentenciadas **NUEVE (09) AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EFECTIVA,** efectiva, la misma que deberá computarse una vez que sean habidas las sentenciadas, oficiándose a la policía judicial para su ubicación, aprehensión y conducción compulsiva a efectos de ser internadas en el Establecimiento Penitenciario de Cajamarca o en el que disponga el INPE.
4. **IMPONER, PENA DE INHABILTACION,** por el mismo periodo de la pena principal, consistente en incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
5. **FIJAR** por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** la suma **SETENTA MIL NUEVOS SOLES** a favor de la agraviada, suma que deberá ser cancelada en forma solidaria y en ejecución de sentencia, sin perjuicio de devolución íntegra del patrimonio del Estado.
6. **DISPONER** de conformidad con lo señalado por el artículo 402.1 del Código Penal, la ejecución provisional de la Sentencia en su extremo penal.
7. **IMPONER** el pago de pago de costas a las sentenciadas, que serán determinadas en ejecución de sentencia.
8. **CONSENTIDA o EJECUTORIADA** que sea la presente sentencia, se le **INSCRIBA** en el Registro Central de Condenas, se **GIRE Y REMITA** a quienes corresponda el boletín y testimonio de condena; y se **REMITA** el presente proceso al Juzgado de Investigación Preparatoria respectivo para la ejecución de la sentencia, conforme lo prevé el artículo 489° del Código Procesal Penal.
9. **NOTIFÍCAR** en audiencia pública.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
JUZGADO COLEGIADO DE CAJAMARCA